

COLONIALIZAÇÃO JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA

COLONIZACIÓN JURIDICA EN AMERICA LATINA

Débora Ferrazzo ¹

Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte ²

RESUMO

A formação da cultura jurídica na América Latina deu-se pela importação de valores europeus para a realidade do Sul. Não com base em um processo de troca de experiências, mas sim com imposição dos colonizadores e resistência dos povos autóctones, numa luta que levou milhões de pessoas à morte e à extinção de diversos povos, subsistindo deste movimento colonialista, uma forma de racionalidade, a “colonialidade”, que pautada em diversos valores verticalmente estabelecidos, coloca a América Latina em situação de inferioridade e prepara terreno fértil para perpetuação da exploração até os tempos atuais. O direito positivo por sua vez, expande-se pela importação de um sistema dirigido aos interesses e necessidades de uma sociedade diferente de qualquer outra do continente latino americano e é, na perspectiva crítica comprometida com os blocos de excluídos do mundo, mais um instrumental para manutenção da colonialidade.

PALAVRAS-CHAVE: positivismo jurídico; colonialidade; eurocentrismo; teoria crítica.

RESUMEN

La formación de la cultura jurídica en América Latina se debe a la importación de los valores europeos a la realidad del Sur. No se basa en un proceso de intercambio de experiencias, sino de la imposición de los colonizadores y de la resistencia de los pueblos indígenas, en una pelea que llevó a millones de personas a la muerte y la extinción de muchos pueblos, subsistiendo este movimiento colonialista, una forma de racionalidad, la "colonialidad" orientado en varios valores establecidos en vertical, pone la América Latina en posición de inferioridad y se prepara un terreno fértil para la exploración a la perpetuación hasta hoy. El derecho positivo, por otra parte, se expande mediante la importación de un sistema dirigido a los intereses y necesidades de una sociedad como ninguna otra en el continente latinoamericano y está en perspectiva crítica comprometida con los pueblos oprimidos en el mundo, más un instrumental para la manutención de la colonialidad.

PALABRAS CLAVE: positivismo jurídico; colonialidad, eurocentrismo, teoría crítica.

INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) em 2011. Mestranda em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de mestrado da CAPES.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Università di Lecce – Itália, com Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa – Portugal, pela Università di Lecce – Itália; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor titular nos cursos de graduação, pós graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

A formação da cultura jurídica latino americana foi resultado de um processo histórico de colonização bastante controverso, repleto de fetichismos e distorções da realidade que, grosso modo, mostraram-se aptas a ocultar da sociedade a percepção da violência física e moral empreendida contra os povos autóctones e em favor da expansão eurocêntrica. Problematizar esta realidade, lançando sobre ela perspectiva crítica, pode abrir caminho para novas realidades e desta tarefa, muitos teóricos críticos vêm se ocupando nos últimos anos, fortalecendo uma crítica à “descolonização”, motivada pela libertação da cultura latino americana.

Assim, este artigo espera oferecer também sua modesta contribuição neste campo da reflexão crítica, ao reunir alguns elementos sobre o tema. Objetiva refletir sobre a ciência jurídica considerando a história latino americana, o processo de colonização, de expansão do positivismo jurídico e o confronto com a realidade do Sul.

Para tanto, utilizará referências bibliográficas tanto da teoria crítica, como os autores Aníbal Quijano, Boaventura de Sousa Santos, quanto autores clássicos do positivismo. A partir da contribuição destes autores, buscará fazer um confronto dialético entre as teorias clássica e crítica, privilegiando os interesses dos povos do Sul, de modo que, na primeira parte, refletirá sobre o movimento histórico do colonialismo e suas implicações na racionalidade moderna através da colonialidade. Na parte seguinte, refletirá sobre a construção do sistema jurídico positivo (que é a base da cultura jurídica na América Latina) desde sua origem no eixo europeu, apontando elementos de sua estruturação e funcionamento, especialmente seus mecanismos de manutenção, quais sejam, a coerção e as sanções jurídicas (a força).

Finalmente, uma breve reflexão sobre a realidade latino americana, marcada pela opressão do povo e pela supressão e desvalorização de sua identidade, situação em que o direito positivo mostra-se tanto mais voltado aos interesses das elites, quanto distanciado dos direitos dos pobres.

Desta forma, o método de abordagem será o dialético, o método de procedimento será o histórico e a técnica de pesquisa será a consulta à documentação indireta, através da consulta bibliográfica.

1 COLONIALISMO E COLONIALIDADE

A questão do positivismo jurídico, para ser discutida evidenciando a violência que permeou seu processo de construção e expansão pelo mundo, requer algum esforço interdisciplinar, situando este pensamento no tempo e no espaço; investigando a lógica da produção de conhecimento, bem como, os aspectos históricos da origem e da expansão da forma de racionalidade dominante no mundo contemporâneo.

O que ocorreu com o mundo ocidental foi uma colonização do saber, através de uma forma de racionalidade que nasce na Europa e expande-se pelos outros continentes, especialmente pela América Latina, onde os efeitos desta colonização foram mais fortes. Evidenciando estes elementos, a filosofia, sociologia, história, o próprio direito positivo, entre outros, foram instrumentos de inserção (impositiva) e consolidação da cultura europeia neste continente.

Então, antes de buscar a compreensão do positivismo jurídico, é necessário compreender em que contexto ele está situado, como se forma e expande pelo mundo. Entretanto, esta compreensão deve se dar sob uma perspectiva crítica: sem os fetichismos da história oficial, sem o romantismo das grandes expedições. Antes, sob o olhar do Sul, ou seja: o olhar do oprimido pela colonização. A versão oficial, aquela ensinada nas escolas e nos sistemas formais de educação é contada pela voz do colonizador. Pela voz europeia, que naturaliza episódios violentos que marcaram a história. E são justamente estas diferenças que se quer mostrar.

O ponto de partida para esta compreensão é a origem do pensamento científico, do método de racionalização do mundo ocidental: todo conhecimento tido como válido no mundo, especialmente no mundo ocidental, nasce na Europa e expande-se para as regiões colonizadas pelos seus países. Ao longo da história, a cultura do ocidente passa gradativamente a coincidir toda a sua identidade com a cultura europeia e isto não se dá através de influências recíprocas, mas sim, através da expansão da cultura colonizadora, num processo onde a cultura das regiões colonizadas, nascida dos povos colonizados, é tida como conhecimento folclórico, mítico, subordinado. E, na lógica ocidentalizada, este conhecimento não constitui base válida para uma construção científica.

Esta forma de construir cultura no mundo é explicitada pelo peruano Aníbal Quijano em diversas publicações. Este autor apresenta o conceito de Colonialidade do poder, onde denuncia o fato de que os padrões de conhecimento e de construção dos saberes emanam da

cultura europeia e, recentemente, da América do Norte, que também tem cultura fruto da colonização europeia.

Esta cultura que dicotomiza o mundo em oriente e ocidente, coloca a cultura ocidental (notadamente europeia) no topo de uma hierarquia que a própria Europa define. Este fenômeno é classificado por Quijano como “colonização” da cultura, do conhecimento, de toda forma de expressão e relacionamento humano.

Para obter êxito nesta universalização da racionalidade, a Europa vale-se desde o início da imposição de seus saberes e da supressão dos saberes nascidos dos outros povos. Esta supressão se dá sempre através da violência, seja explícita, como ocorreu nas invasões das terras colonizadas, seja implícita, através da desqualificação e desmoralização dos outros saberes. E muitas vezes, de ambas as formas.

A produção histórica da América Latina começa com a destruição de todo um mundo histórico, provavelmente a maior destruição sociocultural e demográfica da história que chegou a nosso conhecimento [...] se trata, primeiro, da desintegração dos padrões de poder e de civilização de algumas das mais avançadas experiências históricas da espécie. Segundo, do extermínio físico, em pouco mais de três décadas, as primeiras do século XVI, de mais da metade da população dessas sociedades, cujo total imediatamente antes de sua destruição é estimado em mais de cem milhões de pessoas. Terceiro, da eliminação deliberada de muitos dos mais importantes produtores, não só portadores, daquelas experiências, seus dirigentes, seus intelectuais, seus engenheiros, seus cientistas, seus artistas. Quarto, da continuada repressão material e subjetiva dos sobreviventes, durante os séculos seguintes, até submetê-los à condição de camponeses iletrados, explorados e culturalmente colonizados e dependentes, isto é, até o desaparecimento de todo padrão livre e autônomo de objetivação de idéias, de imagens, de símbolos (QUIJANO, 2005).

A colonização é o fenômeno histórico onde os países europeus lançaram-se pelo mundo, invadindo as terras e tomando-as de seus habitantes. A colonialidade do poder é um fenômeno epistemológico através do qual a violência deste processo de expansão é escondida e a lógica da dominação cultural, até mesmo como meio de dominação econômica, é sustentada na contemporaneidade. A colonialidade é por sua vez, uma lógica que coloca a humanidade como um todo, num patamar de inferioridade frente ao homem branco europeu e sua descendência. É uma etapa contemporânea e posterior ao colonialismo. Com relação a este fenômeno, o autor classifica como o poder explícito, a dominação clara e evidente exercida pelos colonizadores sobre as terras invadidas. O colonialismo foi rompido, a começar pela insurgência da América Latina e depois Ásia e África. Mas a colonização oprime e explora os povos dos continentes que foram vítimas de um processo de invasão, iniciado há quinhentos anos (QUIJANO, 1992).

Nesta lógica de opressão, os povos indígenas, nas palavras do autor, são “los más dominados entre las víctimas de la Colonialidad del Poder” (QUIJANO, 2007). A desqualificação da cultura é um elemento importante para fundar esta dominação:

A repressão cultural e o genocídio massivo levaram a que as prévias culturas da América fossem transformadas em subculturas camponesas iletradas, condenadas à oralidade. Isto é, despojadas de padrões próprios de expressão formalizada e objetivada, intelectual, plástica ou visual. Mais adiante, os sobreviventes não teriam outros modos de expressão intelectual ou plástica formalizada e objetivada, mas através dos padrões culturais dos dominantes, mesmo subvertendo-os em certos casos, para transmitir outras necessidades de expressão. A América Latina é, sem dúvida, o caso extremo da colonização cultural da Europa (QUIJANO, 1992).

Havia na América Latina uma junção da violência física dos colonizadores contra os povos latino-americanos e uma violência moral, que afetava diretamente a dignidade destes povos, retirando-lhes a qualidade de ser humano. A divisão do mundo em etnias implicitamente hierarquizadas foi criação da Europa, que, como criadora do paradigma, sentiu-se no direito de conferir a si própria o patamar superior desta classificação:

O padre Bartolomeu de Las Casas agitava a corte espanhola com suas inflamadas denúncias contra a crueldade dos conquistadores da América: em 1557, um membro do conselho real respondeu-lhe que os índios estavam nos últimos degraus da escala da humanidade para serem capazes de receber a fé (GALEANO, 2005, p. 62).

É claro que esta lógica é extremamente perversa, e pensar a América Latina, assim como as demais terras colonizadas é um exercício impactante. Primeiro porque se trata de uma visão desconfortável e angustiante de mundo e segundo porque esta perspectiva é inconcebível nas formas [euro] convencionais de pensar. Na escola formal, desde os mais tenros anos, os processos de colonização, as invasões, a catequização dos índios, o ensino do trabalho, a introdução de tecnologias pelos colonizadores, tudo isto é ensinado como se fosse um processo natural. A justificativa utilizada pelos colonizadores para a autoabsolvição de sua violência é difundida até hoje: estavam cumprindo a difícil e nobre missão de salvar o mundo selvagem de si mesmo.

Por esta versão oficial da história, não é dito que milhões de nativos das terras latino-americanas foram assassinados para permitir a invasão de terras deste continente. Ao contrário, as crianças são educadas para pensar que a colonização europeia levou o verdadeiro conhecimento, levou a ciência e o progresso aos povos do mundo. Que estes povos viviam “nas sombras” da evolução, fundando seu conhecimento em mitos e lendas. Com isto a cultura de resistência do negro, trazido à força para a escravidão nestas terras estranhas,

tornou-se expressão irracional, de uma raça incapaz de produzir conhecimento útil para o mundo e a sabedoria indígena tornou-se folclore0.

Para a dominação, exploração e massacre dos índios,

Não faltavam as justificativas ideológicas. A sangria do Novo Mundo convertia-se num ato de caridade ou uma razão de fé. Junto com a culpa nasceu um sistema de álbis para as consciências culpáveis. Transformava-se os índios em bestas de carga, porque resistiam a um peso maior do que o que suportava o débil lombo da lhama, e de passagem comprovava-se que, na realidade, os índios eram bestas de carga. O vice-rei do México considerava que não havia melhor remédio que o trabalho nas minas para curar “a maldade natural” dos indígenas. Juan Ginés de Sepúlveda, o humanista, sustentava que os índios mereciam o trato que recebiam porque seus pecados e idolatrias constituíam uma ofensa a Deus. O conde de Buffon afirmava que não se registrava nos índios, animais frígidos e débeis, “nenhuma atividade da alma”. O abade De Paw inventava uma América onde os índios degenerados eram como cachorros que não sabiam latir, vacas incomestíveis e camelos impotentes. A América de Voltaire, habitada por índios preguiçosos e estúpidos, tinha porcos com umbigos nas costas e leões carecas e covardes. Bacon, De Maistre, Montesquieu, Hume e Bodin negaram-se a reconhecer como semelhantes os “homens degradados” no Novo Mundo. Hegel falou da impotência física e espiritual da América e disse que os índios tinham perecido ao sopro da Europa. (GALEANO, 2005, p. 61-62)

Vê-se assim a contribuição da ciência europeia para a desumanização dos índios, justificativa que serviu mais tarde para a desumanização dos negros. Os índios ficaram conhecidos na história como preguiçosos, inadequados para o trabalho, fator que estimulou a escravização dos povos africanos. A rebeldia e altivez indígena que defendia a sua dignidade à custa da própria vida foi desqualificada como gesto desesperado de gente que não queria trabalhar.

E foi com este olhar que o mundo ocidental aprendeu a ver os povos das Américas. Os poucos que sobreviveram aos massacres, pois “*os índios das Américas somavam entre 70 e 90 milhões de pessoas, quando os conquistadores estrangeiros apareceram no horizonte; um século e meio mais depois tinham-se reduzido, no total, a apenas 3,5 milhões.*” (Darcy Ribeiro apud GALEANO 2005, p 58-59. Grifo no original), e atualmente estes índios enfrentam o mesmo olhar discriminatório que se renova a cada dia com a ideia de raça.

Acerca do massacre dos povos latino-americanos, a princípio foi negado pelos colonizadores, que alegavam que na verdade os índios se escondiam para não pagar impostos e faziam isto num gesto de abuso à liberdade concedida pelos colonizadores, liberdade esta nunca experimentada antes (na época do império inca) (GALEANO, 2005, p. 59).

2.1 A SUPRESSÃO DA IDENTIDADE E DOS SABERES AUTÓCTONES

A questão da escravidão, a violência com que foi imposta aos povos africanos, extirpou a subjetividade destes, da mesma forma que atentou contra a subjetividade dos “índios” – tome-se como exemplo todos os povos que foram, no conceito de raça, reduzidos a qualificação “índios”, tal como os diversos povos africanos foram reduzidos à qualificação “negros”. Entretanto, há registros históricos que contrariam a propaganda ideológica da história. Tanto as civilizações da América Latina, quanto as civilizações da África experimentavam avançadas e complexas formas de estruturação do poder. (QUIJANO, 2005). Com relação aos povos da América Latina, maias, incas, todos, apesar de suas diversidades, reduzidos a “índios” na classificação racial,

Essas sociedades deixaram numerosos testemunhos de sua grandeza, apesar de todo o enorme tempo da devastação: monumentos religiosos levantados com maior sabedoria do que as pirâmides egípcias, eficazes criações técnicas para a luta contra a natureza, objetos de arte que denunciavam um talento invicto. No museu de Lima podem ver-se centenas de crânios que foram objeto de puncturas e curas com placas de ouro e prata por parte dos cirurgiões incas. Os maias foram grandes astrônomos, tinham medido o tempo com precisão assombrosa e descoberto o valor da cifra zero antes de qualquer outro povo na História. (GALEANO, 2005, p. 63-64)

Estes saberes foram suprimidos no processo de colonização. Eram externos aos saberes da Europa e, portanto, não serviam. Foi tolhido desta cultura, o direito de desenvolver livremente seu conhecimento. GALEANO (2005, p. 65), citando Sérgio Bagú, sugere que centenas de escultores, arquitetos, engenheiros etc. foram escravizados nas multidões de índios e forçados a trabalhar na extração nas riquezas levadas pela Espanha.

Os colonizadores descobriram então o ponto fraco dos povos daqui: a integridade. Contra esta foi investida a violência física e moral. Mostraram que “no regime colonial, a gratidão, a sinceridade, a honra são palavras ocas”³ (FANON, 1979, p. 255). A publicação catarinense *Punhos de Aço em Ponta de Faca*, de Fídias Teles evidencia aspectos desta violência. Ao relatar a bravura da resistência latino-americana, o autor chama os povos daqui de “punhos de aço” e denuncia como os colonizadores combateram covardemente esta bravura:

Para enfrentar os punhos de aço do Novo Mundo, os exploradores adicionaram à violência a desmoralização de um valor cultural precioso para os nativos: o cumprimento da palavra. No Peru, Pizarro domina o inca Atualpa e promete libertá-lo em troca de uma incalculável fortuna em ouro. Recebe a fortuna, ordena o estrangulamento do Imperador Inca e ocupa o Peru (TELES, 1993, 12).

³ Frantz Fanon, com sua obra “os condenados da terra” mostra que a colonização fez o mesmo na África.

Sabendo-se que a história, como as demais ciências, é contada pela voz dos colonizadores europeus, refutando as possibilidades de perspectivas críticas, é possível compreender porque os espaços de educação formal “mostram como se deve ler a realidade a partir de olhos estranhos e, ao mesmo tempo, retira a capacidade própria do estudante de entender o seu entorno a partir referenciais da cultura na qual está inserido” (PAZELLO e MOTTA, 2008), porque, se América Latina visse a história a partir de seu próprio olhar, a colonialidade do poder não se sustentaria.

Por exemplo: na segunda metade do século XX, pesquisa realizada no Paraguai mostra que entre cada dez paraguaios, oito acreditam que os índios são como animais, mas quase todos os paraguaios têm origem indígena (GALEANO, 2005, p.63), ou ainda a situação dos *pongos*⁴ que até recentemente sofreram as formas mais desumanas de preconceito: “até a revolução de 1952, que devolveu aos índios bolivianos o esquecido direito à dignidade, os pongos comiam as sobras da comida do cachorro, com quem dormiam lado a lado, e se curvavam para dirigir a palavra a qualquer pessoa de pele branca” (GALEANO, 2005, p. 68)

Por este modelo colonialista de racionalidade, é de fato difícil aceitar que a história do mundo se construiu sobre uma lógica tão perversa e com uma violência que transcende o sofrimento físico, uma violência que sufoca a alma e que privou o mundo de descobrir a diversidade humana que povoava as terras de todos os continentes colonizados. É difícil tão somente porque não foi permitido prosperar no mundo, alcançando nível global, nenhum pensamento concebido fora da cultura europeia.

Como já dito, as diferenças culturais do resto do mundo em relação à Europa, foram admitidas pela lógica colonial como desigualdades hierárquicas e a cultura das outras sociedades tornou-se então objeto de estudo da ciência “oficial”.

E tais desigualdades são percebidas como de natureza: só a cultura européia é racional, pode conter “sujeitos”. As demais não são racionais. Não podem ser nem almejar “sujeitos”. Em consequência, as outras culturas são diferentes no sentido de serem desiguais, de fato inferiores por natureza. Só podem ser “objeto” de conhecimento ou de práticas de dominação. Nessa perspectiva, a relação entre a cultura européia e as outras culturas se estabeleceu e, desde então, se mantém como uma relação entre “sujeito” e “objeto” (QUIJANO, 1992).

O processo de colonização dos saberes pauta-se na lógica da totalidade, que admite no mundo do ser somente aquilo que cabe no modelo de racionalidade europeu e o que lhe

⁴ Até o início do século XX, índios dedicados aos afazeres domésticos e negociados como mercadorias.

foge, compõe a categoria da exterioridade, uma categoria muda, que sequer participa do processo dialético, e “a principal consequência de tal auto referência é deixar uma grande gama de possibilidades de significados de fora: a forma que os indígenas tinham para ler sua própria realidade era completamente ignorada, transformada em algo inexistente” (PAZELLO e MOTTA, 2008).

Resistindo à padronização científica do saber, em meio a poemas e desabafos, TELES cita os índios, os negros, a população escravizada pelos brancos e brancos renegados por sua pátria europeia, brancos desajustados, liberados adoecidos daquelas prisões, criando aqui um “sistema de relações sociais e de produção. Baseado no Senhor-Escravo, no sadomasoquismo, na Casa Grande-Senzala, na Metrópole-Colônia. Esse mórbido sistema foi sendo encarado como normal com reflexos até hoje” (TELES, 1993, p. 283).

E de fato os reflexos do sistema colonial ainda definem as relações internacionais e a vida das nações colonizadas. Entretanto, as estratégias modernizam-se. A totalidade descarta o que não serve mais e rechaça o obsoleto que atrapalha. Foi o caso da Igreja Católica, tão útil na catequização dos índios brasileiros, serviu habilmente aos propósitos colonialistas, mas recentemente, tornou-se um problema, ao associar-se ao imenso bloco de oprimidos destas terras e assumir a libertação como bandeira. Por causa desta opção, a Igreja passou de opressora à oprimida, passou à mártir⁵ das dores do povo:

Uma das mais elevadas provas de amor pelos oprimidos foi dada pelo Frei Tito. Chutado nos órgãos genitais, no estômago, submetido a choques, com fios na boca inclusive, queimado de cigarros, inchado de pauladas nas costas, nas mãos, na cabeça, pendurado no pau de arara [...] Frei Tito não delatou ninguém e ainda anotava o que ocorria e conseguiu que seus escritos percorressem o mundo [...] não consigo aceitar espiritistamente, que o crístico Tito ainda tenha enfrentado outro inferno após a morte, devido ao suicídio. Primeiro porque, aquilo é assassinato cometido pelos órgãos da repressão, segundo porque existe outro criminoso: a loucura, terceiro porque toda a sua luta foi uma luta santa (TELES, 1993, p. 71-72)

É a lógica de um povo que aprende com a violência como violentar. Que reproduz aquilo que a ciência em nome do progresso lhe cunhou no caráter. Para os que rompem com o

⁵ É o caso de Frei Tito, enlouquecido pelas torturas sofridas pela repressão do governo militar, em 10 de agosto de 1974 comete suicídio. Ele, que foi leal aos oprimidos às custas da própria dignidade, ao libertar-se dos porões da tortura, passou o resto de sua vida preso à ela: a lembrança da tortura e de seu carrasco, Delegado Fleuri, lhe acompanharam pelo resto da vida, roubando-lhe a sanidade, a tranquilidade, a paz de espírito. Chegando à Roma, não foi recebido pela Igreja Católica que o considerou “terrorista”, foi em Paris, junto à Ordem Dominicana que recebeu apoio (fonte: Wikipédia).

ciclo, que invertem a lógica, a canção de Chico Buarque de Holanda: *A lei fecha os olhos, a lei tem pudor e espeta seu próprio inspetor*⁶.

Mas, sabendo que esta violência toda ocorreu, como confiar numa ciência que naturaliza tais fatos? Seria o medo de opor-se e enfrentar violência semelhante à que os rebeldes insurgentes do período da colonização enfrentaram? A eles restava o degolamento, o esquartejamento, e as mais diversas formas de punição, tal como ocorreu com Tiradentes, com o imperador inca Atahualpa, já citado, ou ainda Túpac Amaru, cacique mestiço que, após forte resistência, foi traído e capturado, teve sua língua cortada em praça pública, tentaram esquartejar seu corpo amarrado em cada extremidade e puxada por quatro cavalos e, após o corpo resistir, cortaram-lhe os membros e distribuíram um para cada canto do país (GALEANO, 2005, p. 63 3 ss.).

A história naturaliza isto porque nos ensina a pensar de maneira totalitária. Os institutos jurídicos arcaicos da época da colonização absolvem os colonizadores, pois eles não conheciam os direitos humanos e outras proteções universais, hoje, controversas ou não, oferecidas aos homens. Não há pena sem crime. Não há castigo onde não há pecado e naquele tempo, não era crime nem pecado exterminar outros seres vivos em nome do progresso.

2.2 RACIONALIDADE COLONIZADORA

Aponta-se com estas reflexões que, sob uma perspectiva crítica, a hierarquização da cultura, da validade do conhecimento, bem como a subordinação do mundo aos parâmetros europeus, cria uma pseudodependência, que somente se mantém porque se impõe como hierarquia válida, obstruindo a possibilidade de resistência das outras culturas. É por esta pseudodependência, que as diversas comunidades do mundo se submetem ao imperialismo.

O modelo de racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode-se falar de um modelo global (isto é, ocidental) de racionalidade científica que admite variedade interna, mas se defende ostensivamente de duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, potencialmente perturbadoras): o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (SANTOS, 2001, p. 60-61)

⁶ BUARQUE DE HOLLANDA, Francisco. In: *Hino da Repressão*. 1985.

Este modelo de racionalidade continua a serviço dos interesses colonialistas. A rigor, sempre foi a economia o pano de fundo da construção desta racionalidade: antes a extração de riqueza destas terras e o acúmulo das riquezas daqui nas colônias de lá; atualmente o capitalismo, o imperialismo, a globalização. Adaptando-se à superveniente lógica capitalista, a moderna ciência colonial se reformula. Boaventura de Sousa Santos desataca que o prazer foi colonizado pela industrialização do lazer e pelo consumismo (2001, p. 76). É uma lógica que exclui os pobres ao mesmo tempo em que intenta colocá-los a serviço deste consumismo. Os instrumentos disponíveis, com destaque especial ao Direito e ao Estado, de maneiras mais ou menos evidentes contribuem com este processo.

O modelo de racionalidade é então causa e efeito dos instrumentos de manutenção desta ordem e ensina a pensar, ou eximir-se de pensar para a manutenção das relações colonialistas,

a ciência moderna colonizou as outras formas de racionalidade, destruindo assim o equilíbrio dinâmico entre regulação e emancipação, em detrimento desta, o êxito da luta contra os monopólios de interpretação acabou por dar lugar a um novo inimigo, tão temível quanto o anterior, e que a ciência moderna não podia senão ignorar: a renúncia à interpretação, renúncia paradigmaticamente patente no utopismo automático e também na ideologia e na prática consumistas (SANTOS, 2001, p. 95).

O modelo positivista, o monismo jurídico e o próprio Estado, padrões hegemônicos no mundo ocidental-colonizado, foram idealizados e transformados em modelos de utilidade social pela ciência eurocêntrica. Este processo foi permeado por muita violência, explícita ou não. Junto com a imposição da cultura e do poder europeu, veio esta forma de direito. Esta forma de direito, concebida na Europa, estruturada na América Latina veio para as terras do Sul justamente para reafirmar o colonialismo.

Veja-se adiante, a origem e trações distintivos do pensamento jurídico positivo, a partir de dois marcos teóricos no tema: Norberto Bobbio e Hans Kelsen.

3 ORIGEM E LÓGICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O Direito tal como existe hoje, começou a ser moldado na Europa. O pensamento europeu não somente iniciou a moldagem do Direito como fez todos os reparos e ajustes para que o sistema funcionasse como é conhecido atualmente. A revisão pós-positivista, também foi feita a partir da mesma cultura. Norberto Bobbio, em seu *O positivismo jurídico* descreve o caminho percorrido pela ciência jurídica desde seus primeiros indícios até sua

contemporaneidade. Com relação ao termo “positivismo jurídico”, muito embora esta expressão propriamente dita tenha surgido somente no início do século XIX (BOBBIO, 1995, p. 15), a essência de algumas ideias juspositivistas aparece ao longo de toda a teorização humana, desde a filosofia antiga, inclusive. Estes esboços dos princípios positivistas aparecem na obra citada obra, que servirá de roteiro, para situar o desenvolvimento da teoria positivista no espaço e no tempo.

Como já anunciado, há indícios da perspectiva juspositivista em especulações da filosofia antiga, constatáveis especialmente nas obras de Platão e Aristóteles. Estes autores identificam distinções entre o direito natural e o direito positivo, ou, direito legal. Em seu livro “Ética a Nicômaco”, Aristóteles indica a existência de uma justiça que é inerente ao mundo e existe em toda parte, e também uma justiça que opera somente no âmbito específico de cada comunidade (BOBBIO, 1995, 16-17).

As duas ideias de justiça e seu correspondente direito, se consolidaram na teoria jurídica como “direito natural” e “direito positivo” e por longo período, como se notará, incitaram relações conflituosas e debates acirrados entre os teóricos de cada época, cada grupo em sua busca pela universalização dos seus conceitos e pela superação com negação das divergências.

Avante na descrição da trajetória histórica do positivismo, tem-se a época clássica, em que o direito natural era tido como o comum e o positivo era o específico de uma *civitas*, diante do que, em caso de conflitos, este prevalecia sobre o natural pelo critério da especialização⁷. Já na Idade Média, ocorre inversão, pois o direito positivo passou a ser visto como derivação do direito natural, qual seja, a vontade de Deus, assim expressa no Velho Testamento e no Evangelho, entretanto, ambos eram direito. Obviamente, esta estruturação do direito acaba sendo superada e o direito positivo passou a ser direito em sentido próprio ao passo que o direito natural deixou de ser direito. Como assinala BOBBIO (1995, p. 25-27), a partir deste momento “direito positivo” passou a ser pleonasma, pois não havia direito fora do “direito positivo”⁸, mais que isto: as ordens plurais vigentes, construídas a partir de cada

⁷ O critério da especialização é utilizado até os dias de hoje, como recurso hermenêutico, nos casos de antinomias jurídicas, conflito entre normas que “aparentemente” dão soluções diferentes ao mesmo caso. Grifase aparentemente, porque, para a perspectiva positivista, o sistema não é falho e os critérios hermenêuticos clássicos são demonstrações cabais de que o sistema oferece solução para todos os fatos sociais.

⁸ Acerca disto é interessante remeter às anotações de Celso Ludwig, em sua “Para uma filosofia jurídica da libertação”, que será objeto de estudo nos capítulos finais, mas orientará toda a pesquisa. Na obra, o autor perfaz caminho semelhante ao de Bobbio para descrever o direito, entretanto, sob outra perspectiva que não a positivista: a da totalidade versus exterioridade, onde mostra que a superação das teorizações se deu fundada na negação e supressão, através da distinção entre *ser* e *não ser*. Assim, tudo aquilo que não podia ser subsumido ao

comunidade local foram dando lugar a um modelo monista, universal. O direito seria um só para todos e nasceria de uma única fonte.

Neste processo:

o estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária (BOBBIO, 1995, p. 27).

Tal processo pode ser percebido no direito romano, onde passou a ocorrer uma unificação do direito (nascido das diversas fontes) num processo de positivação: o direito das sociedades, o direito natural, direito dos jurisperitos perdia seu caráter e assumia o da vontade do príncipe. Este modelo totalitário, mas prático, e o prestígio do império romano propiciou a difusão do seu sistema jurídico por diversos países, pois

o verdadeiro fundamento de validade do direito romano era outro: decorria de considerar tal direito como *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica [...] capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos intérpretes, mediante o recurso da aplicação analógica e às outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar normas estabelecidas para um caso a casos distintos (BOBBIO, 1995, p.31).

Já na Inglaterra, a origem do positivismo se dá de maneira diferente e sob pouca influência do direito romano, pois o direito comum (*common law*) foi um limite ao poder soberano⁹. Porém, a sublevação do direito comum ao direito do soberano, gerou polémica na Inglaterra e deu origem a teoria de Hobbes, segundo a qual, o direito comum encontraria limites e perderia eficácia uma vez que só imperaria até o limite em que fosse respeitado por outro particular. Ou seja: o dever de não matar perderia o sentido quando um particular ameaçasse a vida de outro. Estas situações levariam a um nível de anarquia, que só seria evitado, centralizando o direito na figura do Estado: este teria força coercitiva para aplicar as regras, prevenindo a sociedade dos perigos de homens lutando irracionalmente entre si. Esta força coercitiva para fazer valer as normas, engloba ainda a prerrogativa de criar normas que serão impostas para o convívio social.

Com estas proposições, a teoria hobbesiana daria origem a duas características importantes do positivismo jurídico: o formalismo (o direito define-se como tal desde que

modelo formulado e imposto através do positivismo jurídico e de seus pensamentos precursores, simplesmente não existia no mundo do direito.

⁹ Destaque-se a separação dos poderes e o caráter liberalista do país, frisadas pelo próprio autor.

emanado de uma autoridade competente para ditá-lo) e o imperativismo (o direito passa a ser comando inescusável, ligado estreitamente ao Estado absolutista). A teorização de Hobbes motivada por um estado de guerra civil visava ser uma fórmula de paz e ordem. (BOBBIO, 1995, p.32-37).

Ocorre então, uma adaptação no sistema: o liberalismo acolhe a proposta absolutista da *onipotência do legislador* para os conflitos entre as funções de juiz e legislador. O limite da atuação do juiz passa a circunscrever-se estritamente ao texto da lei, e ele não pode inovar recorrendo a critérios interpretativos, o que equivaleria segundo Beccaria apud Bobbio a uma “barragem rompida frente à torrente das opiniões”.

Esta solução previne a sociedade contra os abusos dos juízes, mas ainda resta o problema dos abusos do próprio legislativo, situação que seria ainda mais grave: se o abuso do juiz ressurte a parte vencida, o abuso do legislativo ressurte toda a sociedade. Contra estes abusos, Montesquieu propõe a separação dos poderes legislativos da figura do príncipe (executivo) e propõe a representatividade: transcendendo o poder legislativo das oligarquias e estendendo-o a toda a nação, que deve exercê-lo a serviço dos interesses do povo. BOBBIO destaca este pensamento como a “passagem da concepção estritamente liberal para a democrática” (1995, p. 37-41).

Surge então a escola histórica que, embora no confronto direto de perspectivas, seja contraditória ao positivismo, anticodificista, entre outros aspectos, prestou o importante serviço a ele: dividiu e enfraqueceu as perspectivas jusnaturalistas, abrindo espaço para a consolidação positivista.

A doutrina da escola histórica do direito era marcada pela individualidade e variedade do homem (não existe direito único no tempo e espaço, ele é produto da história); pela irracionalidade das forças históricas (o verdadeiro direito nasce do sentimento de justiça e fica escondido sob a artificialidade das criações do Estado moderno); pelo pessimismo antropológico (o homem não progride, mas regride, no tempo, diante do que as inovações devem ser evitadas mesmo no campo do direito); amor pelo passado e o sentido da tradição. O êxito desta corrente mostra-se em sua oposição à codificação do direito germânico que somente ocorre um século mais tarde em relação aos outros países (BOBBIO, 1995, p. 51-52)

Para ilustrar a perspectiva da escola histórica, e sua divergência com a teoria positivista, bem como alguns dos institutos mais caros ao positivismo, transcreve-se significativa citação de Burke apud BOBBIO (1995, p. 49)¹⁰:

a história consiste em grande parte em miséria, que a soberba, a ambição, a avareza, a vingança, a lascívia, a revolta, a hipocrisia, a avidez descontrolada e as paixões desenfreadas espalharam pelo mundo... Tais vícios são a causa dessas tempestades. Religião, moral, leis, privilégios, liberdade, direitos do homem são os pretextos dos quais se servem os poderosos para poder governar a massa humana mobilizando e jogando com suas paixões.

Se na Alemanha a codificação das normas enfrentou os obstáculos do historicismo (numa implicação paradoxal, considerando o enfraquecimento do jusnaturalismo), o mesmo não ocorreu em toda a Europa e a causa da codificação pelo Estado foi abraçada pelo *despotismo esclarecido*.

Posteriormente, a França ocupa parte da Alemanha e inova ao trazer um código fundado na igualdade formal. Constituiu um fato importante considerando a conjuntura do país, de estrutura parcialmente feudal, que tinha a nação dividida em castas – nobres, burgueses e camponeses. Um dos reflexos foi o movimento pela unificação do código para todo o país, pois a pluralidade de ordenamentos gerava dificuldades no manuseio das normas (BOBBIO, 1995, p.55-56).

No processo histórico de positivação do direito, BOBBIO destaca que a codificação é uma experiência da Europa ocidental e que as que mais influenciaram a cultura jurídica no mundo foram a codificação justiniana e a napoleônica.

O código napoleônico, publicado de maneira unificada em 1804, passou por processo conflituoso, marcado por diversas divergências teóricas e representou a superação do jusnaturalismo. Outro fato curioso atribuído a este código é que o dogma da onipotência do legislador fortaleceu-se muito mais pela atividade dos intérpretes do código, que pela própria atividade dos legisladores. Então, adquiriu força a disposição do art. 4º, segundo a qual um juiz¹¹ jamais poderia deixar de decidir um caso por obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, interpretada no sentido de que o juiz deveria buscar a equidade na decisão e que o recurso às analogias ou outras formas de solução de casos controversos consistiam em aplicação da própria lei e não em inovação do intérprete (BOBBIO, 1995, p. 57-81).

¹⁰ Na obra estudada, Bobbio que critica o historicismo, especialmente pela crítica de Burke aos direitos do homem, vê o historicismo ligado a interesses e mentalidade conservadores.

¹¹ Porque durante a revolução alguns juízes devolviam ao legislativo os casos controversos, para que leis específicas ou claras fossem editadas.

Finalmente, e isto assinala proximidade ao fim do percurso teórico reproduzido pelo autor, surge a escola da exegese, os intérpretes do código civil, incentivada pelo regime napoleônico, que exigia às escolas de direito que ensinassem somente o direito positivo, ignorando o direito natural¹². Para esta escola, a lei não deve ser interpretada a partir de valores inerentes ao aplicador da norma, mas sim a partir da vontade do legislador. Em oposição a esta proposta interpretativa, surge ao fim do século XIX a proposta de interpretação a partir da vontade da lei. Se a primeira é estática e conservadora, a segunda é relacionada aos fatores históricos e admite uma interpretação progressiva e evolutiva do texto normativo (BOBBIO, 1995, p. 81-88).

Os últimos autores considerados por Bobbio (1995, p. 91-111) na visão geral do positivismo são Bentham, que teorizou sobre a unificação de um código claro e simples, tentou difundir sua teoria pelo mundo, mas não chegou a praticá-la em canto algum, nem mesmo na Inglaterra o autor pôde presenciar a codificação e Austin, que traz as decisões dos juízes para o campo do direito estatal, mas como um direito subordinado e que precisa da legislação para orientá-las. Igualmente, centraliza o direito na fonte Estado¹³.

O certo é que no caminho trilhado pelo positivismo jurídico ao longo da história, o direito cada vez mais se afirmou e difundiu pelo modelo do monismo estatal e da totalidade. É a totalidade europeia que define através do direito os parâmetros das relações no mundo ocidental, pois o seu sistema de direito, criado a partir de sua realidade e para atender às suas necessidades, foi o modelo difundido pelo mundo, em especial, para esta análise, América Latina e Brasil.

3.1 O DIREITO POSITIVO SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA: DOGMAS E CONTRADIÇÕES

O grande esforço do positivismo se deu no sentido de transformar o direito em ciência objetiva. O intento dos teóricos do positivismo com isto era difundir a ideia da segurança jurídica, que acabou consolidando-se como um dos dogmas do positivismo.

¹² É um processo de totalização do saber, que não se assemelha, mas é claramente o mesmo processo utilizado para a difusão dos saberes europeus pela América Latina e África, em detrimento dos saberes locais destes povos.

¹³ A título de curiosidade, o autor finaliza o panorama das origens históricas do positivismo jurídico, concluindo que a mentalidade de Jhering, preocupa-se “mais com a lógica e com a estética do que com as consequências práticas de suas construções” e que esta mesma mentalidade é em geral atribuída aos positivistas (Bobbio, 1995, p. 126).

O conteúdo do sentido da norma é o mesmo conteúdo possível do fato real, de modo que a norma, com conteúdo desse fato real, com certeza refere-se ao comportamento humano, tanto no espaço como no tempo, sendo que esse determinado comportamento humano deve caminhar no sentido da norma, e estar de acordo com seu conteúdo (KELSEN, 2001, p. 56)

A Teoria Pura do Direito – como ciência jurídica específica – não dirige o olhar para as normas jurídicas, consideradas como fatos de consciência, nem para a vontade ou a apresentação das normas jurídicas, como estruturas qualitativas voluntárias ou involuntárias. E só concebe alguns fatos enquanto contiverem normas jurídicas, isto é, através de determinadas normas jurídicas. Seu problema é o da legalidade específica de uma esfera de significado (KELSEN, 2001, p. 58).

A respeito disto, é preciso destacar que o dogma da segurança jurídica, enquanto grande propaganda do positivismo, e que possivelmente foi um dos principais fatores de difusão da teoria pelo mundo, na realidade sempre foi uma grande ilusão. Na prática, os conflitos abrangidos pelo direito sempre tiveram a tendência de fazer triunfar o melhor retórico ou técnico e não o fator material em discussão no litígio e com isto, os juristas mais especializados, proporcionalmente mais caros, vem propiciando o êxito jurídico dos interesses de quem tem condições de financiar seus serviços.

Seja como for, com vistas à consolidação do dogma da segurança jurídica, as diversas teorias foram aprimorando e elaborando para o direito tantas regras quantas foram possíveis, numa tentativa de objetivá-lo, tentando separá-lo, enquanto ciência, dos elementos subjetivos presentes nas relações humanas. Mas até que ponto, uma ciência que nasce da subjetividade dos conflitos humanos pode ser objetivada?

Kelsen acreditava que a sua teoria do direito cumpria o papel de transformar o direito em uma ciência segura onde o método imperava sobre as opiniões. Declarou: “Justamente por sua tendência antiideológica é que a Teoria Pura do Direito se manifesta como verdadeira ciência do direito” (KELSEN, 2001, p. 62). E esta ciência era tão objetiva que se fundava em si própria e não na singularidade do homem ou de sua moral. Na mesma obra, o autor defende que não é uma norma moral que funda o delito, mas a própria norma jurídica (KELSEN, 2001). Aliás, as construções dogmáticas do direito definiram seus parâmetros por muitos anos, e em alguns aspectos ainda vem definindo. É certo que diversos dogmas jurídicos já foram superados em virtude da expansão do Estado Democrático de Direito e das reivindicações sociais, que não aceitaram mais as normas simplesmente como motivos para definir o alcance de seus direitos. Entretanto, ainda há casos em que a construção dogmática obstrui os avanços das conquistas liberais, como é o caso da inadmissibilidade das uniões

homoafetivas,¹⁴ tardiamente superada no Brasil, considerando a ordem jurídica que proclama os valores do Estado Democrático de Direito e da garantista Constituição de 1988.

Com relação à neutralidade, outro fundamento de validade da teoria positivista, destaca-se em seus próprios termos que “a ideologia, porém, encobre a verdade, com sua intenção de preservá-la, de defendê-la, transfigura-a, ou, na intenção de agredi-la, de destruí-la, substituí-la através de outra, desfigura-a.” (KELSEN, 2001, p. 62-63). A busca pela neutralidade e negação da predominância ideológica no positivismo jurídico é justamente o aspecto controverso da teoria que se pretende investigar. Aqui é indispensável ponderar sobre a função do juiz no positivismo jurídico. Perceba-se que ao longo do desenvolvimento desta teoria, sempre pareceu problemática a delimitação das prerrogativas do juiz, bem como a definição de seu papel dentro do sistema.

Parece que o grande problema reside no ato interpretativo. O positivismo espera que o juiz tão somente aplique a norma, entretanto, esbarra-se no problema das lacunas, onde a interpretação é imprescindível, sem a qual o positivismo não é completo. Por outro lado, a interpretação é ato de vontade e não é possível obter normas justas através da interpretação (KELSEN, 2001, p. 118-119). Antes de arrematar esta reflexão, vejam-se, para compreender a dimensão da contradição que se conjectura aqui, alguns alicerces do positivismo: os dogmas da completude, da neutralidade e da segurança jurídica.

A complexidade dos conflitos humanos, ainda que reduzida à ciência objetiva, não pode ser por esta abrangida sem a articulação de diversas regras através de um sistema organizado de normas. Para a ciência positiva, “não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente” (BOBBIO, 1989, p. 22). Ou seja: a norma por si só não é capaz de constituir o direito. É necessário um complexo de normas, que garantam eficácia umas às outras e regulamentem-se mutuamente. A isto se chama ordenamento jurídico.

Neste complexo de normas, BOBBIO (1989, p. 31-34) localiza três modalidades normativas: as normas de caráter obrigatório, permissivo ou proibitivo. Não é possível pensar

¹⁴ Como exemplo, recorta-se a posição doutrinária dominante acerca do tema, representada por importantes juristas pátrios do direito positivo, tais como Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa e Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual “Embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todo tempo. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa” (PEREIRA, 2004, p. 131). Neste caso, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é admitido porque as normas, que recepcionaram a doutrina internacional, dizem “homem e mulher” e a doutrina traduz isto como diversidade enquanto requisito extraído exclusivamente da norma e uma corrobora a outra, numa argumentação tautológica.

um ordenamento, nos termos positivistas em que falte uma destas modalidades ou tente-se unificar todas as formas de regras numa destas unicamente, pois isto implicaria em uma norma que proibisse uma conduta, permitisse e obrigasse ao mesmo tempo. Assim, estas três modalidades se estruturam para funcionar na seguinte lógica: mandar ordenar; proibir ordenar; permitir ordenar; mandar proibir; proibir proibir; mandar permitir; proibir permitir e permitir permitir. (BOBBIO, 1989, p. 47-48).¹⁵ As normas assumem construção altamente técnica, do ponto de vista de uma ciência precipuamente humana e nem toda esta construção e aprimoramento são capazes de lhe conferir eficiência e segurança metodológica.

Todas estas normas que estruturam o ordenamento jurídico precisam se harmonizar, funcionar coerentemente. “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.” (BOBBIO, 1989, p. 80. Grifo no original). Não houvesse a organização entre as normas, que no caso do positivismo é obtida através do escalonamento proposto por Kelsen, como será verificado mais adiante, o que se teria seria na verdade um amontoado de normas e não um ordenamento. É a hierarquia entre as normas que garante a eficácia para harmonizar as regras e refutar do ordenamento as antinomias e esta organização é o que confere ao positivismo o caráter de sistema, na concepção de BOBBIO (1989, p. 48-53).

Então a ciência positiva precisa propõe critérios para resolver estes conflitos, e sobre esta tarefa, debruça-se especialmente a hermenêutica jurídica. Considerando que o positivismo confere às normas quatro âmbitos de validade, sendo estes: temporal, espacial, pessoal e material, a antinomia se configura quando as normas circunscrevem-se no mesmo âmbito de validade. (BOBBIO, 1989, p.87). As antinomias podem ser solúveis (quando são aparentes) e ou insolúveis (quando são reais). Este é o caso em que a antinomia não pode ser resolvida por nenhuma regra de interpretação ou pode ser resolvida por duas ou mais regras diferentes (BOBBIO, 1989, p. 92), problema com que frequentemente se depara o sistema positivo. No caso das antinomias insolúveis, os critérios propostos pelo positivismo são insuficientes e o juiz tem fundamental importância para não deixar lacunas no ordenamento.

Estes recursos demonstram o esforço do positivismo para dar resposta a todos os questionamentos jurídicos, e ao mesmo tempo manter coerência para conferir credibilidade à

¹⁵ Predomina significativamente nesta construção o caráter imperativo do direito, que é o meio de manutenção do sistema positivo e que será objeto de estudo adiante, ainda neste capítulo.

sua proposta de cultura jurídica, pois “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento” (BOBBIO, 1989, p. 113. Grifo no original).

Parte-se do pressuposto que todas as regras do positivismo para estruturação das normas e resolução dos conflitos são intensamente produzidas justamente para afirmar o caráter científico da Teoria Pura do Direito, ou seja, do Positivismo Jurídico, conferindo a neutralidade, que foi durante muito tempo difundida como dogma do positivismo kelseniano, até que em revisão pelo pós-positivismo, foi desmistificada, contando para isto com a contribuição de Ronald Dworkin em análise ao papel do juiz na interpretação e criação do direito.

O que importa destacar no momento, é que a neutralidade era um dos alicerces do positivismo jurídico e que detinha fundamental importância na construção do dogma da segurança jurídica. Logicamente, a neutralidade não poderia basear-se na omissão. Diante do que o direito deveria se posicionar sobre todos os conflitos que buscassem resposta no sistema, ainda que não previstos por ele. O direito positivo precisava ser completo. Eis o dogma da completude, outro ponto fundamental da teoria em análise.

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica européia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico (BOBBIO, 1989, p.119).

Afastar o juízo subjetivo do julgamento destes conflitos foi um esforço homérico dos juspositivistas. Entretanto, a consciência de que seria impossível prever num rol de regras todas as possibilidades de conflitos e todas as soluções para estes conflitos, sempre esteve presente na mentalidade dos mesmos, aliás, Aristóteles já havia lecionado sobre o assunto, antes mesmo dos primeiros passos do positivismo.

O problema é que para o positivismo ser eficaz e fugir das contradições que ele mesmo preparou para si, precisaria dar conta destas tarefas. Não sendo possível, uma série de justificativas foram construídas para o tema. Neste sentido, “até onde o direito alcança com suas normas, evidentemente não há lacunas; onde o direito não alcança, há o espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do direito, mas a atividade indiferente ao direito.” (BOBBIO, 1989, p. 129). O autor entende que não é a falta da norma que enseja a lacuna, mas sim a falta de critérios sobre qual regra aplicar.

O direito positivo então, não estudava a esfera do “dever-ser”, mas sim do “ser”. E as lacunas situavam-se nesta e não naquela. As lacunas “derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser” (BOBBIO, 1989, p. 140) e isto forma as lacunas ideológicas, segundo o autor. Ao ordenamento jurídico não interessam as lacunas ideológicas, mas as reais. Para se completar o ordenamento, propôs-se então dois métodos: heterointegração e autointegração. O primeiro consiste em recorrer a ordenamentos diferentes do que se pretende completar ou a fontes diferentes da dominante (no caso a lei) e esta fonte externa poderia ser o direito natural. O segundo ocorre quando se integra através de recursos disponíveis no próprio ordenamento e com mínimos recursos fora da fonte dominante. (BOBBIO, 1989, p. 146-147).

O método mais importante da heterointegração é a atuação do juiz, usando seu poder criativo como intérprete da norma para o caso concreto. (BOBBIO, 1989, p. 149). Sendo que o direito deveria ser onipotente, tal como o Estado do qual emanava, se fosse admitido ao juiz recorrer a fontes externas ao Estado para resolver lacunas, o sistema admitiria sua incompletude, admitira uma fonte concorrente. Por isto, foi se consolidando o dogma da completude, junto à monopolização do direito pelo Estado (BOBBIO, 1989, p. 120-121).

Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal de direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes do direito que não fossem a Lei ou ao comando do soberano. A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano (BOBBIO, 1989, p. 120).

Surge então, a crítica da completude, na *escola do Direito Livre*. Essa escola defende que existem muitas lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e é contrária ao estadismo jurídico. No final do século XIX essa escola surge e se desenvolve ao simultaneamente à passagem do tempo e defasagem dos códigos, ensejando cada vez mais lacunas no direito positivo, fenômeno vivenciado em todas as ordens jurídicas que adotam esta cultura. No caso da escola livre do direito, houve ainda a revolução industrial, que abalou bruscamente as relações sociais¹⁶ e deste estudo ocupou-se a sociologia positivista por um lado e bem como o marxismo, por outro, que se dedicou a criticar o monismo estatal. (BOBBIO, 1989, p. 122-127)

¹⁶ É possível, em termos de comparação, pensar na revolução tecnológica experimentada nos dias atuais, que deixa o sistema jurídico recorrentemente sem respostas específicas e força o magistrado a recorrer aos recursos hermenêuticos, notadamente a analogia, para dirimir estes conflitos.

Bem, o direito livre, que defendia a autonomia do magistrado para buscar o direito em outras fontes para além do Estado, foi refutado, pois a legalidade, que era na propaganda positivista, um princípio construído em defesa do indivíduo, seria relegada caso fosse admitida a livre pesquisa do direito. Ao direito livre, teoria positivista respondeu justificando que existia o espaço do vazio jurídico, onde o homem é livre para fazer o que quiser, sendo este campo localizado fora do espaço jurídico pleno. O que acontece no vazio jurídico acontece fora do direito e é irrelevante para este. Com relação a isto, o próprio BOBBIO reconhece que a liberdade de agir de um encontra sempre o direito de defesa de outro, diante do que não existe espaço vazio (BOBBIO, 1989, p. 127-132).

O fato é que, por mais detalhadas que sejam, há espaços de indeterminação nas normas, alguns propositais para que o direito adapte-se mais facilmente às necessidades humanas, e estes limites são estabelecidos pela norma superior. Como se fosse uma moldura, dentro destes limites as normas inferiores devem ser editadas. Além do espaço de indeterminação das normas, também haverá um espaço para interpretação quando o sentido linguístico da norma comportar variações, ou quando o sentido da norma e a vontade do legislador não são unívocos (BOBBIO, 1989, p.113-115). Nestes casos, o juiz deverá completar o ordenamento jurídico para responder ao caso individualizado que tem sob seu julgamento.

Acerca deste processo de “preenchimento” das molduras do direito, Kelsen defende:

Uma vez que, pela aplicação da lei na necessária verificação da moldura, dentro da qual o ato estabelecido deve estar contido, não há uma atividade cognitiva, um conhecimento do direito positivo, mas sim de outras normas que podem desembocar aqui, no processo da produção jurídica; normas de moral, justiça, de juízos sociais de valor, que costumam ser designados com os chavões “bem do povo”, “interesse do Estado”, “progresso”, e assim por diante. Sobre a validade e possibilidade de verificação deles, do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer. Vistas sob esta ótica, tais determinações só podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não se originam do próprio direito positivo (KELSEN, 2001, p. 119).

É oportuno adiantar que estes princípios abstratos refutados pelo positivismo kelseniano vêm afirmando sua importância cada vez mais na atividade jurídica, intensificando cada vez mais a atividade e importância da interpretação. Então a interpretação que foi veementemente rejeitada da ciência positivista no passado, por contradizer o dogma da neutralidade e também da segurança jurídica, em virtude da necessidade de completude do ordenamento, acabou entrando pela porta da frente do direito com o pós-positivismo. Mas o que se quer evidenciar neste momento, é que o positivismo guarda em si estas contradições.

Em breve relato: o positivismo difundiu-se e se fortaleceu na teoria de Kelsen como ciência objetiva, capaz de solucionar todos os conflitos nascidos das relações sociais, nos termos de suas normas e regras de aplicação pré-determinadas, as quais conferiam segurança jurídica para a sociedade, o que compensaria a cota de sacrifício da liberdade individual, para acatar as ordens do Estado, o qual somente agiria em favor dos interesses coletivos.

Ocorre que, nem o ordenamento poderia ser completo, como se viu, nem o positivismo jurídico poderia ser uma ciência objetiva e neutra: a aplicação do direito sempre passou pela necessidade/habilidade em manipular as complexas regras, que foram ficando cada vez mais complexas, e em última instância, pelo arbítrio de um juiz. Com isto, o direito sempre comportou justificativas e fundamentos de toda sorte para decisões divergentes. É o que leva os juristas até os dias atuais às pesquisas jurisprudenciais, por exemplo, onde é possível encontrar para casos similares ou idênticos, decisões completamente diferentes. É por isto que se repete: o dogma da segurança jurídica sempre foi uma ilusão.

Afora isto e contrariando a perspectiva de Kelsen, há também o caráter ideológico que o positivismo assume ao ser imposto como comando inescusável e enquanto teoria que serve de apoio à manutenção das relações socioeconômicas tais como são.

3.1.1 Mecanismos de manutenção da ordem positiva: sanção jurídica e força coercitiva

A teoria positivista de direito garante sua aplicação através de meios coativos, que submete as pessoas que vivem sob um determinado Estado à ordem normativa emanada deste. É neste sentido que o Estado assume função primordial no direito, pois o sistema de normas deve contar com uma instituição capaz de submeter as diversas classes sociais e diferentes grupos e indivíduos à mesma ordem.

O direito, dentro desta lógica, é fundado na coação. A ordem jurídica é uma ordem coativa, onde se obtém a conduta desejada ou evita-se a conduta tida como nociva para a sociedade coagindo o indivíduo através da sanção. Até há em alguns ordenamentos recompensas para certos serviços, mas este é um recurso subordinado ao sistema coativo em que se funda o direito (KELSEN, 1979, p. 60-61).

Para BOBBIO (1989, p. 27) determina-se a “norma jurídica através da sanção, e a sanção jurídica através do aspecto de *exterioridade* e de *institucionalização*, donde a definição de norma jurídica como aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” (grifo no original). A instituição capaz de impor esta sanção é o Estado. É

que o Estado é difundido como uma instituição responsável pela concretização de direitos, ou uma instituição a qual compete promover os meios adequados para que o direito se realize. Ao menos o é na sua configuração [pós] moderna. É a instituição legítima, portanto, para impor as sanções, pois, em tese, não age em interesse próprio ou de alguma oligarquia, mas somente na defesa do interesse coletivo.

Sanções [...] são estatuídas por uma ordem normativa para garantir a *eficácia* desta ordem. A eficácia de uma ordem normativa [...] consiste em que suas normas impõe uma conduta determinada, e efetivamente são observadas, e quando não cumpridas são aplicadas.

Quando uma ordem normativa estatui sanções, pressupõe-se que o desejo de evitar o mal estatuído para o caso de violação da norma, de obter o bem estatuído para o caso do cumprimento da norma, é um motivo da conduta adequada à norma (KELSEN, 1986, p. 176. Grifo no original)

Então, a formulação do positivismo é que toda a comunidade que se organiza num mesmo Estado concorda, num processo democrático, em se submeter a esta força coativa, pois é esta força coativa imposta pelo direito que garante a segurança das relações sociais.

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o acto estatuído pela ordem como consequência de uma situação de facto considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo. (KELSEN, 1979, p. 61-62)

O uso da força é um recurso imprescindível e é de fato utilizado (todo Estado tem suas forças repressoras, suas polícias e outros mecanismos de coação). A lógica positivista enseja e fomenta conflitos e estes conflitos. Estes conflitos são, na maioria das vezes, dirimidos pelos juízes e tribunais. A certeza de que a força será utilizada é o que confere relativa eficácia às decisões judiciais, administrativas e legislativas. Entretanto, na formulação moderna do Estado, esta força encontra limites em outras garantias do ordenamento jurídico.

Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não se deve absolutamente ser interpretada no sentido de que devemos nos submeter à violência, mas no sentido de que devemos nos submeter àqueles que têm o poder coercitivo. Mas esse poder coercitivo pode estar nas mãos de alguém por consenso geral. Os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Neste sentido, a força é um instrumento necessário do poder. (BOBBIO, 1989, p. 66)

Neste sentido, Bobbio destaca a preocupação com o reducionismo possível do direito à força, assinalando que a partir da proposta da norma fundamental esta é uma preocupação com justiça e não com direito. O que o autor informa estudar é uma definição de direito que

não coincide com justiça. “A norma fundamental está na base do direito como ele é (o Direito Positivo), não do direito como ele deveria ser (o Direito Justo)” (BOBBIO, 1989, p. 67).

Kelsen defende a força coercitiva nestes termos (em que a força é requisito fundamental para manutenção do direito. Para o autor, embora direito e poder não sejam a mesma coisa, o direito não pode existir sem o poder (KELSEN, 2001, p. 101).

A teoria jurídica do século XIX concordou, de modo geral, em que a norma jurídica seria uma norma coercitiva, no sentido de que é uma norma de coação e, por isso mesmo, se distingue de outras normas. Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria jurídica positivista do século XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica, contida em determinada condição, é o ato coercitivo estatal. Isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificadora de antijurídica, e a condicionada, de consequência da antijuridicidade. (KELSEN, 2001, p. 69)

O ordenamento jurídico parte, notadamente, do pressuposto de que os homens, cuja conduta ele regula, consideram esse ato coercitivo um ato que procuram evitar. O objetivo do ordenamento jurídico é, portanto, o de motivar os homens a uma conduta, através da representação deste mal que os ameaça, no caso de uma determinada conduta, a uma conduta contrária. [...] somente um homem dotado de razão e vontade pode ser motivado pela representação de uma norma a uma conduta de acordo com ela. (KELSEN, 2001, p. 72)

De um modo geral, o panorama que se obtém da verificação dos meios de manutenção do positivismo é este: trata-se de um sistema de normas que se mantém pela universalidade de disposições e pela obrigatoriedade de que cada uma delas seja observada e cumprida: todos os homens e mulheres de uma sociedade que compõe um determinado Estado, devem observar e cumprir todas as normas deste Estado e caso não o façam, estarão sujeitos às sanções e penalidades, bem como à submissão à própria força para que o cumprimento destas ordens seja efetivado.

Embora o positivismo jurídico se construa nas sociedades latino-americanas como uma conquista democrática (característica mais evidente se contrastada com as inúmeras e perversas ditaduras que marcaram este continente), este modelo foi introduzido na América Latina da mesma forma que a cultura e ciência em geral, através da colonização europeia, como já se observou no início deste capítulo. Não é um sistema que se construiu na troca de experiências, mas sim na absorção de uma experiência externa a aplicação às condições internas. No Brasil fala-se muito em direito alemão, em direito espanhol, direito norte-americano, mas e o direito dos povos latino-americanos?

A aparência democrática, por sua vez, é uma construção da cultura europeia, desenhada para os povos de lá. Conveniente para os povos de lá. Para os povos daqui, há a

opressão e a exploração pelo acúmulo econômico e sempre há a possibilidade e lamentável probabilidade que de o direito seja conduzido em direção à realização dos interesses econômicos e não às necessidades humanas em geral.

4 AMÉRICA LATINA E OS LIMITES DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo, se considerado por si só, apresenta profundas contradições, especialmente a contradição entre seus pressupostos e suas promessas de resultados. É uma proposta que mesmo em seu restrito contexto de formação, a Europa, será controversa. A tentativa de pré-determinar todos os conflitos e todas as respostas em fórmulas anteriores aos eventos humanos que ensejam a intervenção judicial (como última solução de conflitos oferecida pelo sistema positivo) constitui uma tarefa impossível e esta consciência foi ficando cada vez mais evidente e a promessa do positivismo, por consequência, cada vez mais insustentável.

Aliado a isto, as exigências sociais, cada vez mais persuasivas, foram gerando uma necessidade incontornável de acolher no ordenamento jurídico formas de contemplar novos direitos, de propiciar terreno para o desenvolvimento da dignidade humana.

SANTOS (1997) faz uma reflexão sobre a transição de paradigmas da modernidade para a pós-modernidade. O autor identifica nas estruturas sociais, espaços que chama de emancipação social e de regulação social. Pode-se dizer que as exigências impostas pela sociedade pela via organizada foram se contrapondo às necessidades do sistema econômico capitalista. As exigências nasciam então nos espaços de emancipação, mas precisavam ser realizadas nos espaços de regulação. Com isto, a mega-armadilha da modernidade é que transforma incessantemente as energias emancipatórias em energias regulatórias (SANTOS, 1997, p. 93).

É com este olhar crítico que se busca mostrar que os celebrados avanços do positivismo escondem também problemas. Como alerta QUIJANO (2000), as desigualdades sociais aumentam cada vez mais, cada vez mais pessoas morrem de fome enquanto as novas ordens jurídicas dos Estados preconizam a erradicação da pobreza, incentivam a fraternidade e difundem uma série de promessas infelizmente ineficazes.

Neste sentido, “o projeto da humanidade cumpre-se assim em excesso porque em tudo que cumpre excede a todas as expectativas (basta ver o fulgurante avanço do

conhecimento científico) e em tudo que não cumpre é suficientemente convincente para negar que haja algo ainda a cumprir” (SANTOS, 1997, p. 86).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contradições do positivismo são um fator relevante para o estudo da sua proposta, mas muito mais relevantes são as promessas não cumpridas, pelas quais as comunidades excluídas do sistema colonial, continuam não conseguindo acessar à distribuição de renda e aos benefícios que ficam cada vez mais restritos às classes e países dominantes. São estas as promessas que oprimem a América Latina e é a mesma ilusão difundida pelo positivismo, com algum refinamento e alguma habilidade retórica, que é difundida pelo pós-positivismo.

Também não se pode perder de vista, o processo de expansão da cultura eurocêntrica e de supressão das culturas autóctones, pois com base neste processo, a América Latina construiu uma “identidade” da qual não participa, mas tão somente assume. Trata-se de assumir e defender valores que não são seus e a rigor, tampouco lhe servem.

Talvez por isto, a ciência jurídica positiva precise fundar sua eficácia em mecanismos de coerção e sanção, pois uma ordem que reflita as necessidades humanas, seria mantida pelo sentimento de pertencimento e de retribuição e não pelo ânimo de evitar a penalização.

Note-se que a incompatibilidade entre o sistema jurídico positivo e as necessidades latino americanas fica cada vez mais evidenciada e os sintomas disto são os avanços de diversos países deste continente que, para atender aos anseios populares, vêm adotando cada vez mais, modelos alternativos de organização social, alguns, em suas próprias constituições, como é o caso da Venezuela, Equador, Bolívia, entre outros.

Não é o caso do Brasil, dito por muitos, como o autor peruano Aníbal QUIJANO (2009) como um país imperialista no âmbito da América Latina. A constituição brasileira, embora apresente algumas diferenças de ordem estrutural (por exemplo, a subdivisão do território nacional em municípios) não avança nas questões centrais do modelo constitucional e na própria ordem jurídica: importou o modelo europeu e o aplicou com espantoso zelo. A descrição do sistema positivo feita no modelo idealizado por Hans Kelsen (1979) em sua *Teoria Pura do Direito* é fielmente aplicada na ordem jurídica brasileira.

Ocorre que a ordem jurídica brasileira, assim como diversas outras da América Latina, é marcada por profundas contradições de classes e interesses. E nestas contradições, o sistema jurídico pátrio privilegia os interesses de uma elite que, não somente tem condições econômicas para manipular os recursos e instrumentos jurídicos, como é protegida por toda a lógica deste mesmo sistema¹⁷.

Finalmente, é por não servir aos modestos interesses populares (manter em sua vida, a mínima condição necessária para sobreviver: vestir-se, ter alimentação, ter dignidade) que algumas nações têm optado por caminhos inversos, buscado “justiças mais justas”, mais factíveis, a partir da realidade de quem precisa e não mais, a partir da realidade de quem oprime.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. 184p.

_____. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. 275p. (Perspectivas do homem. Serie política, 42). Tradução de: Les damnés de la terre.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 45. ed. trad. Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2005. 365 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.126

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. Dr. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1979. 484p.

_____. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 159p.

PAZELLO, Ricardo Prestes. MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. **LIBERTAÇÃO E EMANCIPAÇÃO: uma revisão conceitual para a América Latina**. 2008. Disponível em: < <http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo64.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva, 1945. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 585 p.

¹⁷ Basta analisar a estrutura do Código Penal, as leis, até pouco vigente, que penalizavam a “vadiagem” das gentes que não tinham condições de sobreviver sem trabalhar – como se a miséria fosse uma opção – entre outros dispositivos e o próprio sistema de acesso à justiça e processo judicial, tão convenientes a quem tem condições financeiras de obter os juristas mais caros e mais habilidosos na manipulação deste sistema. Amplamente difundida no Brasil é a cultura de que “rico não vai para a cadeia”; “cadeia é para pobre”. Seria infundada esta cultura?

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade e Modernidade/Racionalidade**. 1992. Disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade> >. Acesso em: 17 fev. 2011.

_____. **Colonialidad del poder, globalización y democracia**. 2000. Disponível em: < <http://alainet.org/active/1382&lang=es> >. Acesso em 17 fev. 2011.

_____. **Colonialidade, Modernidade e identidade na América Latina**. Disponível em: < <http://www.brasilautogestionario.org/> >. Acesso em: 17 fev. 2011.

_____. **Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina**. 2005. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v19n55/01.pdf> >. Acesso em 06 mar. 2011.

_____. **De la resistencia a la alternativa**. 2007. Disponível em: < <http://alainet.org/active/20421&lang=es> >. Acesso em 17 fev. 2011.

_____. **Des/colonialidad del poder: el horizonte alternativo**. 2008. Disponível em: < <http://alainet.org/active/24123&lang=es> >. Acesso em 17 fev. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1997. 348 p.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001. 415 p.

TELES, Fídias. **Punhos de Aço em Ponta de Faca: a superfície e os porões da vida latino-americana**. Florianópolis: Estúdio 4, 1993. 297p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2009. 483 p.