POR QUE FALAR DE UMA "TEORIA IMPURA DO DIREITO" PARA A AMÉRICA LATINA?[*]

¿POR QUÉ HABLAR DE UNA "TEORÍA IMPURA DEL DERECHO" PARA AMÉRICA LATINA?

WHY TALK ABOUT A "IMPURE THEORY OF LAW" TO LATIN AMERICA?

Diego E. López Medina[**]

RESUMO: Teoria impura do direito é o título de um texto que publiquei no ano de 2004, no qual pretendi fazer uma reconstrução cultural do desenvolvimento da teoria do direito na América Latina, com particular ênfase no caso colombiano. A "impureza" proposta não provém de reserva alguma que o autor possa ter frente o ideal de "pureza" metodológica e científica como propusera Hans Kelsen ao fazer no século passado sua brilhante reconstrução do positivismo jurídico europeu. A impureza reside em outra parte: a reconstrução cultural da teoria do direito na América Latina que proponho pretende mostrar, por exemplo, em que períodos e por que razões o sincretismo metodológico que aborrecia Kelsen se converteu efetivamente em parte fundamental de entender e fazer direito na região e, logo, quais foram as razões que levaram a estas mesmas teorias ao declínio gradual. No presente texto examinarei somente alguns dos aspectos mais gerais da constituição da "teoria do direito" como disciplina geral e transnacional. De particular interesse será a inserção lenta e conflitiva, na dita "teoria do direito", dos discursos locais produzidos na América Latina que buscam explicar as dinâmicas teóricas subjacentes aos diversos direitos nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Metodologia científica do direito. Cultura jurídica latino-americana.

ABSTRACT: *Impure theory of law is the title of a text I have published in 2004, in which I intended to make a cultural reconstruction of the theory of law development in Latin American with emphasis on the Colombian case. The proposed "impurity" doesn't come from any caution this author might have of the ideal of methodological and scientific "purity" as have proposed Hans Kelsen when he made his brilliant reconstruction of the European legal positivism in the last century. The impurity comes from another part: the cultural reconstruction of the theory of law I propose intend to show, for example, in which periods and for what reasons the methodologic syncretism that bothered Kelsen turned out to be a fundamental part to understand and make law in the region and, then, what were the reasons that made these same theories to face a gradual decline. On the present text I will examine only a few and more general aspects of the "theory of law" construction as a general and transactional area. One particular interest will be the slow and conflictive insertion, in this called "theory of law", of the local discourses produced in Latin America that try to explain the subjacent theoretical dynamics to the many national authors.*

KEYWORDS: *Theory of Law. Legal Methodology. Latin American Legal Culture.*

SUMÁRIO: Introdução: Plano da Exposição. 1 O Giro para uma nova Teoria do Direito e um novo Constitucionalismo na América Latina. 2 O Significado da obra de H. L. A. Hart em dois mundos diversos. 3 A Teoria do Direito como campo Transnacional. 4 Produção, Recepção e Circulação de Teorias do Direito. 5 Originalidade, Influência, Cópia e Transmutação na Teoria do Direito. 6 Cartografias Eurocêntricas da Jusfilosofia Latino-Americana. 7 A Maneira de Conclusão: A Cópia como Espaço de Criatividade. Referências.

[*] Publicação original: LÓPEZ MEDINA, Diego E. ¿Por qué hablar de una "teoría impura del derecho" para América Latina? In: BONILLA MALDONADO, Daniel (org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 37-90. Tradução de Matheus Neres da Rocha (PPGDir-UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (PPGDir-UFRGS).

[**] SJD e LLM (*Harvard University*, EUA), advogado e filósofo (*Pontificia Universidad Javeriana* de Bogotá), professor da *Universidad de los Andes* e da *Universidad Nacional de Colombia*. O autor agradece imensamente ao professor Daniel Bonilla pelos comentários ao presente texto.

INTRODUÇÃO: PLANO DA EXPOSIÇÃO

Teoria impura do direito é o título de um texto que publiquei no ano de 2004[1], no qual pretendi fazer uma reconstrução cultural do desenvolvimento da teoria do direito na América Latina, com particular ênfase no caso colombiano. A "impureza" da proposta não provém de reserva alguma que o autor possa ter frente o ideal de "pureza" metodológica e científica pelo que propugnara Hans Kelsen ao fazer no século passado sua brilhante reconstrução do positivismo jurídico europeu. Os contornos fundamentais desta reconstrução já estavam bem consolidados na obra de Kelsen antes do começo da Segunda Guerra Mundial[2]. Com o tempo, dita teoria chegaria a exercer, especialmente na América Latina, uma influência decisiva na forma como os advogados, juízes e professores de direito entendiam sua disciplina. A "impureza" de minha proposta não consiste, portanto, em que os latino-americanos façamos uma teoria do direito contra Kelsen, por exemplo, (i) a partir de sincretismos metodológicos ou (ii) a partir de esforços por coadunar reclamos morais – embasados no conceito de justiça – e estritamente jurídicos.

A impureza se radica em outra parte: a reconstrução cultural proposta da teoria do direito na América Latina pretende mostrar, por exemplo, em que períodos e por que razões o sincretismo metodológico que aborrecia a Kelsen se converteu efetivamente em parte fundamental de entender e fazer direito na região; e, logo, quais foram as razões que levaram a estas mesmas teorias ao seu declínio gradual. Resulta evidente do que já se mencionou que a teoria impura do direito não pretende opor-se ou refutar a correção normativa da teoria kelseniana. Se a "impureza" de minha proposta não consiste em dita refutação, qual é, pois, seu significado?

O presente ensaio busca responder a esta pergunta. Nele, tão somente exporei o marco geral de uma aproximação à história cultural da teoria jurídica latino-americana que, por seu valor, deve validar-se em seus resultados concretos: isto é, deve contribuir para reconstruir adequadamente o papel que o positivismo teve na América Latina, sua paradoxal e próxima conexão com a Jurisprudência dos conceitos e, finalmente, as resistências – antigas e novas – que estas ideias tiveram na região desde diferentes desafios antiformalistas que se lhes foram lançados.[3] No que se

[1] LÓPEZ MEDINA, Diego E. *Teoría impura del derecho*: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

[2] Estes elementos já se encontram na primeira edição de sua *Teoria Pura do Direito*, publicada originalmente na Alemanha (e na Áustria – *nota da tradução*) no ano de 1934 e traduzida para o espanhol no ano de 1941 por Jorge G. Tejerina (Editorial Losada de Buenos Aires).

[3] Esta oração resume hermeticamente o conteúdo dos capítulos 3, 4, 5 e 6 do meu livro. No capítulo 3 narro a formação do que denomino "a consciência jurídica clássica" a partir da recepção conjunta do ideal francês de legalidade e do

segue, não falarei dos períodos e escolas que, creio, foram fundamentais nesta reconstrução cultural da teoria jurídica local. No entanto, acredito que aí reside, em última instância, o valor que esta proposta possa ter. Esta reconstrução cultural concreta parte de um esforço preliminar por reposicionar a teoria local do direito na América Latina frente às pretensões da jurisprudência geral que se segue exportando, desde os diversos *powerhouses* contemporâneos que a disciplina tem.

No presente texto examinarei somente alguns dos aspectos mais gerais da constituição da "teoria do direito" como disciplina geral e transnacional. De particular interesse será a inserção lenta e conflitiva, na dita "teoria do direito", dos discursos locais produzidos na América Latina que buscam explicar as dinâmicas teóricas subjacentes aos diversos direitos nacionais. Para alcançar este fim, proponho o seguinte caminho: primeiramente, convidarei o leitor a me acompanhar ao longo de algumas páginas de história pessoal, nas quais retomo o processo de investigação e escrita de uma tese de teoria do direito no marco institucional de uma universidade prestigiada do "norte". Neste relato pessoal, busco trazer à luz as exigências e limites que a "teoria do direito" impunha sobre o primitivo material de meus próprios desejos e propósitos expositivos. Estes desejos e propósitos partiam da necessidade de explicar o "giro hermenêutico" que se estava dando na América Latina a propósito da recepção conjunta dos novos textos constitucionais e novas teorias do direito que deslocavam de maneira muito forte a compreensão tradicional da prática jurídica (seção 1). Também ali se mostrará como as estruturas e expectativas convencionais da "teoria geral do direito" terminavam por reduzir muito severamente as possibilidades de investigação e escrita que um discípulo latino-americano considerava adequadas para descrever *corretamente* o entorno teórico no qual se praticava e entendia o direito local. Para explicar esta situação, narrarei as posições divergentes que ocupava o trabalho de H. L. A. Hart na estrutura do discurso teórico jurídico dos Estados Unidos, por um lado, e da Colômbia, por outro. Estas divergências autorizam a falar do desempenho e significado da teoria de Hart em "dois mundos" diferentes. A interpretação estrutural comum do trabalho de Hart no norte impõe severas restrições a uma narração adequada desde o posto de vista local. Estas restrições provêm parcialmente da forma com que se estruturam os canais de circulação pelos quais flui a "teoria transnacional do direito" (seção 3). Por essa razão,

conceitualismo e dogmatismo próprios da ciência jurídica alemã do século XIX. Essas escolas eram originalmente incompatíveis entre si, porém na América Latina terminaram formando uma surpreendente associação a partir da qual se constrói a versão dominante da teoria do direito que se pratica na região. O capítulo 4 expõe a crítica radical que recebeu a teoria clássica na primeira metade do século XX e que revolucionou fortemente a compreensão do direito no caminho para uma compreensão sociológica e social do mesmo. O capítulo 5 narra o impacto neopositivista da recepção da teoria pura do direito de Hans Kelsen na região. O capítulo 6, por fim, examina as maneiras com que a teoria contemporânea do direito e a constitucionalização do mesmo têm desafiado tanto o classicismo como o neopositivismo de cunho kelseniano.

farei uma breve referência à produção, recepção e circulação das teorias do direito. Nela introduzirei os conceitos "local de produção" e "local de recepção" e tratarei de descrever as relações gerais que se dão entre as *powerhouses* da disciplina e as conexões menos prestigiosas que se dedicam ao mesmo tema, por exemplo, no sul latino-americano (seção 4). É comum que, entre as tarefas próprias do direito comparado, os advogados se ocupem do "transplante" de normas; menos comum é, porém, que se faça uma reflexão atenta sobre a questão dos "transplantes" da teoria jurídica e as adaptações locais que nos ditos corpos teóricos são geradas quando começam a "funcionar" em novos contextos. A questão da "recepção" da teoria foi suspeitosamente deslocada do centro de atenção: o esforço hermenêutico por entender plenamente a teoria do direito produzida em outras partes impediu de ver como dita teoria foi implantada e como tem funcionado em concreto nos direitos receptores. Tal funcionamento é sempre uma "cópia" transformada do original, por maiores esforços que se façam em alcançar uma perfeita "assimilação" do geral ao local. Por esta razão dedicarei a seção 5 do presente texto a examinar o trauma que na teoria local do direito ocasionam as relações entre originalidade, influência, cópia e transmutação de teorias. Para ilustrar este ponto com maior claridade, mostrarei uma típica apresentação jusfilosófica latino-americana desde o norte a partir da reconstrução que da mesma fizera Joseph Kunz (seção 6). O objetivo final destes argumentos é ter uma nova visão das relações estruturais entre teoria geral e teoria local do direito, de maneira tal que se destinem recursos a explicar como funciona o direito localmente, como se estrutura uma consciência jurídica local, qual foi o papel que desempenhou nisso os corpos teóricos dominantes provenientes das *powerhouses* da disciplina e como, finalmente, tais teorias têm interagido e se transformado na história e experiência locais do direito (seção 7).

Antes de começar, no entanto, é importante dizer uma palavra sobre a origem do presente texto. Aqui se reiteram, em termos gerais, as teses que exponho no primeiro capítulo de *Teoria impura do direito*. Isso é assim porque se trata de um texto recente e acerca do qual não tenho ainda, no dia de hoje, a distância suficiente que me permitiria fazer variações fundamentais no argumento. O curto tempo que leva publicado o livro seguramente não corrigiu seus erros, que intuo que sejam muitos; infelizmente esse mesmo curto tempo tampouco me permitiu vê-los com maior claridade. Insisto nos argumentos que apresento, por outro lado, e que não se trate como vã obstinação. Os comentaristas do presente livro saberão fazê-lo com toda claridade[***].

[***] *Nota de tradução* – o presente texto é capítulo de livro em sua versão original em língua espanhola, tendo conexão com outros textos no livro coletivo, tanto do próprio autor como de outros autores.

1 O GIRO PARA UMA NOVA TEORIA DO DIREITO E UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Como estudante, primeiro, e em seguida como professor interessado nos campos da filosofia e da teoria do direito, como muitos outros membros de minha geração com interesses similares, acabei lendo livros e artigos escritos por aqueles que, de maneira geral, poderíamos descrever como "teóricos do direito". Entre os mais recentes, por exemplo, pode-se mencionar os nomes canônicos de "grandes pensadores"[4] nesta área: Hans Kelsen, Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy ou Jürgen Habermas. As obras destes autores canônicos, por outra parte, estavam acompanhadas de uma muito abundante literatura secundária que explorava, expandia ou contestava algumas das teses por eles expostas.

A literatura primária e secundária dedicada a refletir sobre a filosofia ou teoria do direito já é bastante grande (mesmo que esta tendência não dê sinais de parar) e se poderia, com toda facilidade, passar-se a vida inteira tratando apenas de permanecer atualizado. Nessa vasta literatura, contudo, havia coisas que me chamavam a atenção com especial força, enquanto que outras me pareciam já obsoletas. Advindo, como sou, de um país latino-americano, e educado entre 1987 e 1991 em uma faculdade de direito de cunho mais tradicionalista, o novo ambiente cultural que parecia estar impondo-se então – ambiente que ainda hoje, no começo do século XXI, o leitor reconhecerá parcialmente como a teoria jurídica ainda "em voga" – alentava uma atenção renovada para alguns aspectos específicos da teoria jurídica contemporânea, a saber, aqueles que pareciam se concentrar em como deveria ser "interpretado" o direito e quais eram os protocolos nos quais se "argumentava" no interior do mesmo. Em termos gerais, pode-se dizer que a nova concepção da interpretação jurídica reconhecia, primeiramente, que os textos das leis ou dos códigos não eram tão claros e categóricos como a teoria tradicional da interpretação parecia crer. Como consequência dessa redescoberta "textura aberta" dos textos, insistia-se no papel ativo do operador jurídico na interpretação da lei e na produção de mudança social. O "lugar" privilegiado de que se extraíam estes textos, ademais, havia sido realocado: esta nova visão argumentativa e interpretativa se articulava a partir da utilização normativa direta da Constituição Política do Estado como

[4] Em sua descrição detalhada da formação de redes intelectuais, Randall Collins identificou diferentes posições estruturais: em primeiro lugar, estão as "celebridades intelectuais" (também chamados "grandes pensadores" ou "filósofos maiores"); em segundo lugar, estão os "filósofos secundários"; e, por terceiro, os "pensadores menores". Filósofos "secundários" e "menores" se localizam dentro da rede como replicadores do líder intelectual do qual dependem. A esse respeito, ver: COLLINS, R. *The Sociology of Philosophies. A Global Theory of Intellectual Change*. Boston: Belknao-Harvard, 2000, p. 57 et seq.

documento em que se expressavam com maior força os fins e propósitos políticos e morais dos direitos concretos concedidos aos cidadãos nos pronunciamentos legislativos ordinários que integram a grande massa dos sistemas jurídico[5].

Dentro desta reconsideração, a "interpretação jurídica", como um subcampo do universo da teoria do direito parecia oferecer uma visão alternativa, talvez mais aberta e flexível, que remediava ao menos em parte uma sensação difusa, porém crescente de mal-estar e inconformidade – na verdade, uma reação – contra as formas dominantes de ensinar e analisar o direito em que estávamos sendo socializados. O ensino dominante, contra o qual nos rebelávamos, destacava num nível básico o papel da memorização das regras contidas nas leis e nos códigos como passo indispensável para recordá-las e, assim, mostrar a devida fidelidade. A fidelidade à lei – tecnicamente articulada como "princípio da legalidade"[6] – deveria servir como método de controle social que partia da memória e de leituras textualistas das normas, para continuar um trajeto em que prevaleciam, uma a uma, as técnicas formalistas do direito. O resultado final era uma mescla de memorização de regras, execução de pretensas demonstrações lógicas de conclusões jurídicas, crença acrítica em respostas únicas e corretas, tudo isso num ambiente de rigidez e hierarquização pedagógica, social e pessoal que tendia a reforçar a aparência de rigor, cientificidade e neutralidade do campo jurídico.

A nova ênfase na teoria da interpretação e da argumentação jurídica parecia servir como mecanismo geral de inoculação contra os excessos desse formalismo dominante. Desde este novo ponto de vista, a memorização cedia espaço à argumentação, começava-se a desconfiar da infalibilidade da dedução lógica e se afirmava, em seu lugar, a natureza dialética, problemática, não apodíctica do direito;[7]; de forma correlacionada, problematizava-se seriamente a existência de respostas únicas e corretas no direito. Minha visão do papel renovador da teoria do direito e dos usos que tinham em minha consciência – e na de alguns de meus colegas e pares[8] – os autores já

[5] Aqui se caracteriza, *grosso modo*, o estilo da época, o qual imagino que o leitor reconheça com relativa facilidade. Neste ponto do argumento, pretendo apresentar um esboço bastante amplo deste estilo teórico, o que tornaria muito difícil oferecer justificativa detalhada de cada um dos contornos da descrição. Mais adiante ofereço uma bibliografia geral na qual se encontram exemplos das características teóricas que menciono no texto. Não afirmo, por outro lado, que esta caracterização teórica seja perfeitamente adequada para todos os autores, a partir dos quais descrevo a nova sensibilidade em teoria do direito.

[6] O "princípio da legalidade" é a forma particular que tem assumido, tradicionalmente, na cultura euro-latino-americana, a aspiração política por possuir um "estado de direito" em que governam "leis" e não "homens".

[7] Neste ponto insistem Chaïm Perelman e Lucie Obrechts-Tyteca (PERELMAN, C.; OBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación*: la nueva retórica. Madrid: Gredos, 1989).

[8] É difícil fazer a caracterização intelectual de uma época. Se, em todo caso, obrigado a fazê-lo, creio que o ambiente que descrevo no texto resume as linhas gerais em que se movem os seguintes trabalhos de importantes juristas

mencionados se explicavam por razões *situacionais e contextuais* específicas que eu não percebi no começo, mas que agora me parece fundamental descrever com maior atenção.

Em primeiro lugar, parece agora claro que durante meus anos de formação numa faculdade de direito tradicional, o *vanguardismo* teórico estava constituído por autores e comentaristas que adotavam, dizendo de uma maneira ampla, um enfoque linguístico ou hermenêutico da teoria jurídica.[9] Em todo esse material, a palavra "interpretação" aparecia como a chave com a qual

colombianos. Estes trabalhos são exemplo da recepção, usos e limites, na Colômbia, do novo direito constitucional, do crescente poder da interpretação jurídica e da influência da jurisprudência anglo-saxônica na América Latina. Sem pretender ser exaustivo, ver: AA.VV. *Observatorio de Justicia Constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998; AA.VV. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999; APONTE, Alejandro. La tutela contra sentencias: el juez como garante de los derechos humanos fundamentales. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993; ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005; ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; ARANGO, Rodolfo. Jurisdicción e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 4, 1993, p. 31; ARANGO, Rodolfo. El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 5, 1994, p. 51; ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999; BONILLA, Daniel. Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano. In: ALEGRE, Marcelo; ATRIA, Fernando et al. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: SELA-Universidad de Palermo, 2001; CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993; CEPEDA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992; CEPEDA, Manuel José. Los derechos y la interpretación de la Constitución. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993; CHINCHILLA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999; DUEÑAS, Óscar. *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000; DUEÑAS, Óscar. *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000; GARCÍA, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, César. La acción de tutela. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. *op. cit.*; GARCÍA, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. *op. cit.*; JARAMILLO, Isabel Cristina. El hogar, ¿espacio privado o público? A propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de violencia contra las mujeres por parte de sus esposos o compañeros permanentes. Derecho constitucional: perspectivas críticas. *op. cit.*; LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2001; MORELLI, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; OROZCO, Iván; GÓMEZ, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1997; OSUNA, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998; OSUNA, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; RODRÍGUEZ, César. *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Diké, 1998; RODRÍGUEZ, César. Estudio preliminar. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1997; SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis, 2000; UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. *op. cit.*; UPRIMNY, Rodrigo. El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. *op. cit.*; UPRIMNY, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio. *The Constitucional Court and Social Emancipation in Colombia*. mimeo.

[9] Vários autores tem destacado a preponderância adquirida pela "mudança interpretativa" na teoria jurídica no último quarto do século: "sem dúvida alguma a nossa é a época da interpretação [...] Em direito, a importância do giro interpretativo não pode ser ignorada facilmente. Para além de uma pletora de simpósios, livros e artigos por parte de acadêmicos em todos os campos do direito substantivo, o crescimento do interesse no direito por parte de acadêmicos de humanidades confirma que questões relacionadas ao significado dos textos são a preocupação central, se não a organizadora, de muitos teóricos jurídicos sofisticados" (tradução nossa). PATTERSON, Dennis. Poverty of Interpretative Universalism: Toward Reconstruction of Legal Theory, *Texas Law Review*, n. 72, 1, 2-3, 1993. A responsabilidade de referida mudança é atribuída, especialmente, a Ronald Dworkin. A esse respeito, ver: STICK, John.

poderiam ser abertas as portas fechadas pelo formalismo. Mais ainda, o enfoque hermenêutico estava ligado a uma nova concepção das instituições político-constitucionais na qual se prestava forte atenção à determinação *judicial* de regras e fatos – uma "teoria judicialista do direito" (se assim se quiser) – que acabou por ser muito interessante para pessoas que, como eu, buscavam empreender um ataque às bases teóricas de uma concepção legal formalista e legocêntrica (que batizarei de "classicismo jurídico") que desvalorizava o papel do intérprete na criação do direito mediante o mito da sabedoria do legislador e uma férrea confiança na soberania política e na correção moral dos atos legislativos ordinários.[10]

Dei-me conta então que meus anos de formação foram nutridos num lugar e numa época em que um modelo "interpretativo", "judicialista" e "constitucionalista" do direito estava começando a ser "importado",[11] e que o novo transplante teórico implicava reordenamentos muito importantes no mapa geojurídico do mundo e na compreensão local que se tinha a respeito da natureza do direito. O transplante da teoria, entretanto, não se dava no vazio: a nova teoria do direito era fundamental como "manual de uso" para o transplante de uma nova geração de constituições próprias do pós-Segunda Guerra, que afirmavam seu poder normativo direto por cima do princípio clássico francês de soberania legislativa e seu corolário de estrito respeito à lei (na maioria das vezes, sob a forma racionalista de um "código" sistemicamente completo e coerente). As novas cláusulas constitucionais, agora com efeito normativo direto e com mecanismos específicos de

Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in Law's Empire, *UCLA L. Rev.* n. 34, 1986, p. 371. Sobre a mudança interpretativa em geral, ver: FELDMAN, Stephen M. The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence. *Iowa L. Rev.* n. 76, 1991, p. 661; WEST, Robin. Are There Nothing But Texts in this Class? Interpreting the Interpretative Turns in Legal Thought. *Chi-Kent. L. Rev.* n. 76, 2000, p. 1125.

[10] A imagem mítica do legislador franco-latino-americano se constrói a partir do contratualismo de J. J. Rousseau e sua confiança na assembleia de cidadãos como produtores de normas legislativas: "[s]e segue de tudo o que precede que a vontade geral é sempre reta e tende à utilidade pública [...]" (*O contrato social*, Livro II, capítulo III). Sobre a influência precoce do constitucionalismo rousseauniano na Grande Colômbia, recomenda-se consulta ao livro de Hernando Valencia Villa (VALENCIA VILLA, Hernando. *La constitución de la quimera*: Rousseau y la república jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar. Bogotá: Caja de Herramientas, 1992).

[11] O direito comparado clássico, tal qual exposto por René David na metade do século XX, tem um enfoque estático. Trata-se de analisar "famílias jurídicas" nas quais se divide o globo terrestre. Até meados do século XX as relações interfamiliares eram relativamente escassas. David aconselha ao legislador que, quando necessário solucionar um problema jurídico nacional, recorra a fontes intrafamiliares, evitando assim a contaminação entre famílias distintas. Este enfoque estático, contudo, não é adequado para descrever as dinâmicas contemporâneas do direito (ao que se dá o nome de "globalização"): hoje em dia os empréstimos cruzam com facilidade as fronteiras familiares, sendo assim tanto com as normas como com as teorias. A instauração do "novo constitucionalismo" e da nova teoria nos países latino-americanos é narrada como fruto de processos políticos endógenos. A simultaneidade e o paralelismo deste fenômeno na região desmentem, parcialmente, esta explicação localista. Esta é uma das razões pelas quais um enfoque "regional" e "comparado", por oposição ao "nacional" e "localista", dá-se mais apropriado para entender o fenômeno.

justiciabilidade,[12] constituíram-se em excelentes exemplos de normas de "textura aberta" nas quais a interpretação judicial deveria completar, por necessidade, o sentido de suas disposições generalíssimas. Nas normas constitucionais se consagraram, assim, "conceitos jurídicos indeterminados":[13] o positivismo dominante comumente em sua forma kelseniana, aconselhava tratar estas normas como carentes de sentido, já que desde a perspectiva de uma teoria positivista, estas não cumpriam com os requisitos exigidos para falar-se de norma jurídica em sentido primário.[14] No novo ambiente teórico, porém, os conceitos jurídicos, apesar de sua indeterminação, foram entusiastamente saudados como forma de dar força normativa direta aos fins civilizatórios mais estimados pela teoria política e moral (no sentido de apontar para o alinhamento de todo o direito legal e codificado existente aos princípios jurídicos desejados e a uma interpretação finalista da lei em conformidade com tais princípios).[15] Na nova linguagem constitucional, os conceitos jurídicos indeterminados passaram, prontamente, à consideração como "princípios jurídicos", para terminarem, finalmente, sendo positivados na nova forma de "direitos fundamentais".[16] O direito

[12] A ação contemporânea de proteção dos direitos fundamentais, especialmente no mundo euro-latino-americano, nasce no artigo 19.4 da Lei Fundamental de Bonn. É frequente, e equivocado, segundo acredito, buscar esta origem na recepção mexicana (nascida no século passado e cuja lei vigente remonta ao ano de 1936). Contudo, o amparo mexicano tem diferenças fundamentais com a ação de proteção de direitos fundamentais, embora em vários países da América Latina se tenha conservado o nome de "amparo". A seguinte citação de Konrad Hesse demonstra adequadamente a conversão do significado dos direitos fundamentais em direito público: "El pasado gravitaba intensamente y para la corriente dominante en la doctrina y la jurisprudencia solo regia lo siguiente: se consideraba el contenido jurídico de los derechos fundamentales — siguiendo especialmente a Jellinek, que había visto su esencia en la expresión de una autolimitación del Estado y de un poder de disposición contenido por el Estado – como una meta modificación de las situaciones vigentes hasta ese momento reguladas por leyes especiales, y conforme a ello los concebía más con un carácter jurídico-privado y jurídico-administrativo que estatal. Partiendo de tal teoría, los derechos fundamentales se consideraron en principio como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad. Faltaban salvaguardias jurídicas frente a infracciones, vaciamiento de contenido, modificaciones o abolición; serían incompatibles con esta concepción". HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial-Pons, 2001. p. 86.

[13] A ideia de "conceitos jurídicos indeterminados" advém da filosofia linguística de cunho positivista, de todo modo explicava adequadamente o novo constitucionalismo. A esse respeito, ver: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

[14] A esse respeito, ver: KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. *op. cit*. Capítulo 3.

[15] Em toda América Latina se desenrolou um processo simétrico cuja estrutura básica é a seguinte: o Estado funciona segundo leis formalmente vigentes. Estas leis, porém, conformam total ou parcialmente uma situação social injusta que deve ser transcendida mediante o poder regulatório do direito constitucional, no qual se estabelece uma "ordem moralmente correta, ordem legítima". Ver: HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. Manual de derecho constitucional. *op. cit*. p. 9. Esta descrição estrutural contribuiu com o desenvolvimento de processos políticos em toda a região que, apesar de sua disparidade, foram descritos dentro da mesma matriz: no México de meados da década dos anos noventa, a "transição para a democracia" no processo de desmonte do monopartidarismo do PRI; na Colômbia, a constituinte da paz de 1990-1991; no cone sul, a transição para a democracia; no Equador, Bolívia e Peru, a abertura ao multiculturalismo; na Venezuela da experiência do neoconstitucionalismo bolivariano no texto de 1999.

[16] Isto implicou, ao mesmo tempo, no nascimento de um campo dogmático: diante da nova situação era imprescindível a formação de uma dogmática dos direitos fundamentais. Esta se alimentou, principalmente, da obra de Robert Alexy, o qual já havia mudado, decisivamente, seu enfoque dos problemas teóricos gerais – expostos na obra de Dworkin – para um discurso de nível intermediário que começava a dar respostas mais concretas em relação a utilização dogmática dos

latino-americano recebeu, assim, talvez pela primeira vez, uma estrutura "em dois planos" na qual se tornava possível falar genuinamente da existência de uma "lex superior"[17] e, portanto, de uma ampliada ontologia jurídica na qual se diferenciava claramente entre "princípios" e "regras".[18] É impossível negar, por outro lado, que o direito latino-americano não conhecia e usava os "princípios jurídicos",[19] mas estes se estruturavam no interior do direito civil e a partir de esforços de sistematização das regras legislativas existentes. Este giro hermenêutico e político implicava, talvez pela primeira vez, a recepção de materiais teórico-jurídicos e constitucionais anglo-saxões, rompendo-se assim o santuário imunológico que, unindo a Europa e a América Latina, havia evitado a contaminação jurisprudencial e dogmática fora da família jurídica do direito civil.[20]

Em segundo lugar, é fundamental assinalar que os novos transplantes de teorias do direito possibilitavam a importação de uma nova e específica forma de crítica antiformalista que se opunha ao clima dominante na América Latina, na qual predominava, desde a época da codificação no século XIX, uma visão positivista e formalista do direito. A importação da nova crítica antiformalista forneceu um corpo teórico sólido às preocupações e ansiedades das novas gerações locais que exploravam o caminho para romper o formalismo hegemônico. Nesse contexto cultural e intelectual, a "interpretação" foi, talvez, a "bandeira" que permitiu a recepção de enfoques relativamente *recentes* de teoria jurídica que pareciam confrontar a longa hegemonia desfrutada pelo formalismo na prática e na imaginação dos advogados em toda a região. O *novo* e o *recente* desta teoria, e a *tardia* recepção na América Latina deste material, como verifiquei mais tarde, eram fatos completamente relacionados às necessidades políticas e influências acadêmicas disponíveis.

direitos fundamentais no novo contexto. A esse respeito, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. No mesmo sentido seguem os trabalhos de Martin Borowski (BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), bem como de Rodolfo Arango (ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. *op. cit.*).

[17] A referência clássica da formação de um direito politicamente estruturado em "dois planos" se encontra em: ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Boston: Belknap-Harvard, 1991.

[18] A esse respeito, ver: DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. In: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984; ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *op. cit*.

[19] Como, por exemplo, os princípios civilistas da "boa-fé" ou de "autonomia da vontade privada".

[20] À exceção de Argentina e México, onde o constitucionalismo nacional havia tido um intercâmbio mais dinâmico com os Estados Unidos desde o século XIX. A esse respeito, ver: MILLER, Jonathan. The Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *Am. U. L. Rev.* n. 46, 1997, p. 1483. A partir de meados da década dos anos sessenta, os justeóricos argentinos, em sua maioria, aclimataram a recepção da nova filosofia anglo-saxônica do direito, reconectando-a, mais uma vez, com as dinâmicas constitucionais. Nesse sentido, em minha leitura, e seguindo a ordem cronológica em que os li, foram fundamentais o estudo preliminar de Carrió e Rabossi (AUSTIN, J. L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1981), o livro de Genaro Carrió (CARRIÓ, G. Notas sobre derecho y lenguaje. *op. cit.*) e, finalmente, a utilização dogmática e constitucional que destas ideias faz Carlos S. Nino (NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980; NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992).

Contudo, a justificativa mais frequente deste transplante teórico tendia a tirar a ênfase nos aspectos materiais – políticos e contextuais – da recepção para afirmar, em vez disso, que a nova hermenêutica, em autores como Hart e Dworkin, era uma teoria analiticamente correta, e que, portanto, servia, sem limites espaciais, para criticar o formalismo legal dominante na América Latina, assim como, se presumia, havia servido para golpear com força o formalismo próprio da tradição anglo-saxônica. A "transplantabilidade" de autores como Hart, Dworkin e Alexy se baseava na crença de que se tratava de teorias antiformalistas de validade universal porque suas conclusões se davam a partir da natureza ubíqua da linguagem e da argumentação jurídica. Essas características, seguia o argumento, são compartidas universalmente por todos os sistemas jurídicos. Por essas razões, sustenta-se que o formalismo jurídico estritamente dominante na região era uma teoria verificavelmente *errônea*.

Pelas razões aludidas, o transplante e o uso da teoria jurídica contemporânea – essencialmente pós-hartiana – terminou convertendo-se em um gesto heterodoxo na América Latina. Os estudantes que tratavam da nova sensibilidade constitucional, linguística e hermenêutica se definiam, quase de entrada, como oponentes diretos das convicções acríticas da consciência jurídica dominante. Assim, para muita gente na América Latina, a filosofia ou teoria do direito não eram uma disciplina acadêmica como as outras. Não se escolhe a filosofia do direito como se escolhe o direito civil, o direito financeiro e o direito comercial. Muito pelo contrário, a filosofia do direito era uma escolha partidária, já que marcava *o caminho* para dar-se conta de que o formalismo, como tal, não era a única possibilidade para conceber os problemas jurídicos. O filosofar jurídico, ao menos no momento do transplante do novo antiformalismo anglo-saxão, era o equivalente a uma versão contracultural e contra-hegemônica, acadêmica e antiprofissionalizante, moderadamente progressista, de qual era o papel que o direito deveria jogar no conflito social de países como Argentina, Colômbia, Bolívia e México. Nesse período de recepção do antiformalismo linguístico, a filosofia do direito não apontava tanto para captar ou descobrir a cultura legal subjacente, nem mesmo como transformá-la. A teoria se moldava, assim, como expressão de descontentamento frente a uma cultura formalista, dogmática e acrítica de seus pressupostos teóricos fundamentais que, apesar dos sinais de crise que já exibia, nunca havia se preocupado com o reexame de suas

bases.[21] A filosofia do direito representava, portanto, o rótulo disciplinar de uma revolta antiformalista e humanista largamente esperada na região.[22]

Nesta nova função, a teoria do direito se converteu de novo em um discurso atrativo e dinâmico. Em sua nova posição contra-hegemônica, houve a impressão, talvez não compartida por gerações anteriores, de que algo de importância estava em jogo na argumentação jusfilosófica. Hoje, no começo do século XXI, a sensação de que a estrutura básica do direito não é a mesma que existia nos séculos XIX e XX continua aportando grande parte de sua energia à reflexão jusfilosófica: na Colômbia, em especial, esta nova energia provém da intersecção, numa frente interna, da nova hermenêutica constitucional e, numa externa, dos crescentes fenômenos de globalização e desnacionalização do direito. A conjunção desses fenômenos contribui para o aumento do interesse – na verdade, de uma moda – da qual desfrutam, hoje, os estudos teórico-jurídicos.

Em terceiro lugar, é necessário ainda mais destacar que a recepção de teorias "hermenêuticas" do direito se deu pela mão de mudanças institucionais muito definidas. Assim como em seu momento, a recepção da obra de Hans Kelsen em teoria do direito apontava, num dos seus usos, para ter o efeito político de dar proteção à profissão e à judicatura das incursões politizantes do fascismo e do marxismo, a recepção do novo antiformalismo hermenêutico galgou na região o projeto de liberalização e constitucionalização da vida como vacina ou remédio frente às enfermidades do autoritarismo e militarismo políticos, abençoados na região pelos imperativos geopolíticos da doutrina de segurança nacional no contexto com a Guerra Fria. O grupo de autores da nova teoria do direito recepcionada – Hart, Dworkin, Rawls ou Habermas – tem claros compromissos com certa versão de constitucionalismo liberal, progressista e tolerante que se alocam por cima da vontade legislativa conjuntural, quanto expressa em leis formalmente válidas. Já que a vontade legislativa tem limites morais e políticos – limites constitucionais –, a nova hermenêutica colaborou na recepção global de um novo constitucionalismo e na expansão de uma

[21] O primeiro herói desta atitude na América Latina é, sem dúvida, L. Recasens Siches, em seu livro: RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1956.

[22] Correndo o risco de uma generalização excessiva, os professores de direito parecem incorrer em duas categorias diferentes: de um lado, estão os praticantes prestigiados – consultores e litigantes – que, com surpreendente frequência, compartilham as teses fundamentais do positivismo. Sua visão do direito enfatiza a necessidade de transmitir uma educação profissionalizante a seus estudantes e, portanto, descartam total ou parcialmente a necessidade de fazer teoria jurídica. Por outro lado, os professores acadêmicos estão interessados na teoria e com uma orientação genérica antipositivista e antiprofissionalizante de característica humanista e interdisciplinar. A reforma da educação jurídica em faculdades de direito *avant garde* gera tendência a transferir certo poder dos praticantes aos acadêmicos. Sobre a sociologia do professorado, ver, em geral: BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. London: Polity Press, 1990.

cultura dos direitos constitucionais – agora diretamente justiciáveis – como nunca se havia visto.[23] A sinergia entre a nova teoria do direito e a globalização do novo constitucionalismo nos últimos quinze anos do século XX constitui um dado fundamental para explicar seu êxito na região. Muito do trabalho de tendência antiformalista que recentemente se levou a cabo na América Latina têm estado vinculado, primeiramente, com o novo constitucionalismo e, dentro dele, com uma nova e dinâmica consciência de que existem direitos constitucionais justiciáveis por fora e por cima da lei comum. As reformas constitucionais da última década construíram um lugar desde o qual o antiformalismo pode ser entusiastamente defendido e expandido como uma teoria jurídica correta.

Esses acontecimentos no contexto jusfilosófico internacional teriam uma rápida tradução no ambiente latino-americano. Nesse contexto, era relativamente natural que o trabalho de muitos filósofos locais do direito se concentrasse em problemas de interpretação jurídica dentro de um modelo analítico pós-hartiano. A contribuição de Hart consistiu, desde meu ponto de vista, em mostrar que os desenvolvimentos nos campos da filosofia analítica e da linguagem teriam consequências diretamente aplicáveis à filosofia do direito. De modo implícito na obra de Hart, há um convencimento de que existe uma convergência entre descobertas filosófico-linguísticas gerais e a natureza da linguagem e a interpretação legal. Assim como Hart havia utilizado os trabalhos de Austin e Weissman para moderar a tese positivista clássica, meu trabalho buscou examinar a dimensão pragmática da linguagem, tal como o filósofo Paul Grice havia enunciado. Este prematuro trabalho pretendia mostrar que o formalismo jurídico tinha características excepcionais, já que suspendia, sem boas razões, o funcionamento dos princípios pragmáticos da linguagem na interpretação e argumentação profissionais. O que pretendo destacar aqui é que era muito pouco consciente em mim a dependência de meus próprios interesses quanto às tendências transnacionais jusfilosóficas e políticas da época.

Para mim, a filosofia do direito era um espaço vazio de argumentos, no qual, mediante uma análise filosófica geral, era possível esclarecer verdades fundamentais sobre a natureza do direito. A verdadeira razão, a "paixão" com que descobrimos a obra de Hart, apesar de sua evidente circunspecção e opacidade estilística, devia-se, por outro lado, não tanto por suas verdades filosóficas abstratas, mas sim a confirmação indireta e, às vezes, excessivamente reservada que dava a nossa inconformidade com os protocolos da cultura jurídica dominante na América Latina. Hart,

[23] Ver, em geral: EPP, Charles. *The Rights revolution*: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago: Chicago University Press, 1997.

nesse sentido, abria uma janela hermenêutica e finalista no direito que parecia não existir no *corpus* do formalismo dominante.

2 O SIGNIFICADO DA OBRA DE H. L. A. HART EM DOIS MUNDOS DIVERSOS

Com o tempo e logo de imitar o padrão de trabalho analítico hartiano no campo da interpretação legal, dei-me conta de que minha própria seleção de tópicos e influências estava fortemente delimitada por meu contexto pessoal e social. A obra de Hart foi perdendo a aparência de verdade abstrata que possuía, ao passo que fui descobrindo sua posição e significado específicos no mapa transnacional da produção de jusfilosofia. Na Colômbia, onde eu havia começado a tentar argumentos como jovem jusfilósofo, este trabalho *a la* Hart era novo, heterodoxo e inclusive contracultural. Animado por esses interesses, contudo, continuei minha formação doutoral nos Estados Unidos onde, a modo de carta de apresentação, apresentei minhas primeiras e incertas considerações hartianas. Meu projeto de tese sobre uma teoria linguístico-pragmática de interpretação jurídica foi aceito, felizmente, mas certa sombra de dúvida, ou talvez de incompreensão, parecia cruzar as mentes de meus professores norte-americanos. Ao tratar de escrever esta tese doutoral, senti-me envolvido por projetos jusfilosóficos diferentes: para a audiência norte-americana, na qual se desenvolvia então a minha socialização jusfilosófica, este tipo de compreensão hermenêutica e linguística do direito estava, por razões que demorei a compreender, fora de moda; meus professores percebiam minha intenção de utilizar a jusfilosofia hartiana como uma fonte emancipadora do direito frente à tirania do formalismo local.

Eles conseguiram perceber que, em Hart, eu encontrava a confirmação de que o direito apresentava, com frequência, uma textura aberta que desmentia o ubíquo rigor silogístico da teoria latino-americana dominante. Mas, enquanto compreendiam o uso emancipatório e antiformalista que eu fazia do giro hartiano, era muito difícil para eles entender como eu pretendia alcançar este gesto emancipatório com um autor – Hart – que para eles parecia militar na direção exatamente oposta às minhas intenções. Para eles, Hart era um crítico severo da revolta antiformalista do direito no mundo anglo-saxônico; e se bem reconhecesse ele a existência de zonas de penumbra na interpretação jurídica, esta "concessão" se dava de maneira relutante e com uma mesquinhez tal que

impedia fazer de Hart o líder da emancipação antiformalista à qual eu aspirava, e muito menos da constitucionalização do direito que se construía a partir do tópico da "textura aberta".[24]

Os norte-americanos não entendiam por que um latino-americano pretendia fazer antiformalismo pela mão de um positivista inglês, da mesma forma como eu não entendi, no princípio, as razões do desdém norte-americano para com a jusfilosofia analítica inglesa. Assim como para mim não era claro o mapa intelectual em que meus professores liam os livros de filosofia ou teoria do direito, da mesma forma eles não tinham a percepção quanto aos contornos da cultura legal e intelectual da América Latina nos quais esses estranhos usos de Hart eram possíveis. Devido à evidente debilidade política do estudante frente o professor, *eu* (o estudante) estava obrigado a aprender a rede intelectual a partir da qual eles compreendiam a teoria jurídica, enquanto que eles não adquiriram uma obrigação simétrica. Grande parte do esforço que pretende realizar uma teoria impura do direito latino-americano é uma exploração de por que razão, em concreto, meus professores pensavam que minha interpretação de Hart era substandard e errônea, enquanto que a deles era mais normalizada e, portanto, correta. Meu projeto antiformalista era, essencialmente, correto, porém minha leitura e utilização de Hart eram, ao contrário, incorretas e estranhas. A leitura latino-americana da filosofia do direito era codificada, nesse sentido, como outro sintoma da dependência e subdesenvolvimento culturais da região, e não como uma rede intelectual alternativa capaz de competir com o rico emaranhado de argumentos jusfilosóficos da cultura norte-americana. Não obstante o erro em que esta incorria, a discussão cultural e política local sobre o direito seguia se desenvolvendo como um embate entre o formalismo tradicional e o discurso hermenêutico e linguístico hartiano, que ainda parecia bastante atrativo para muitos latino-americanos no processo de crítica à cultura jurídica dominante.[25]

[24] Hart tratou deste problema de maneira explícita em seu artigo: HART, H. American Jurisprudence thought English Eyes: The Noble Dream and the Nightmare. In: HART. *Essays on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

[25] O impacto local da teoria do direito de Hart pode ser visto através dos usos que da mesma se fizeram na jurisprudência da Corte Constitucional. Seu primeiro e mais claro uso está presente na histórica sentença nº T-406/1992 (M. P. Ciro Angarita), na qual a Corte cita Hart como base teórica de uma de suas declarações de princípio mais importantes: "Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela". É como se a Corte utilizasse Hart como fonte direta de uma proposição que está muito mais perto do realismo jurídico do que do positivismo britânico. Se lido a partir da cultura jurídica local, o compromisso de Hart entre o ceticismo e o formalismo resulta sendo antiformalista: existe uma clara aceitação de que as regras, ao menos nos casos difíceis, não determinam completamente os resultados jurídicos porque a linguagem possui uma zona de penumbra impossível de eliminar, nem sequer pelo mais consciente legislador. Ademais, Hart seria usado pela Corte para implementar um novo cânone em teoria do direito, como Recasens havia feito em seu livro *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* citado acima. Assim, nas sentenças C-476/1993 (M. P. Martínez Caballero) e C-486/1993 (M. P. Cifuentes Muñoz), a Corte opõe o que chama "positivismo extremo", que se identifica com a teoria de Kelsen, a uma nova tendência na qual se aceita a existência de "realidades preexistentes ao mesmo Estado". A Corte, com a

O leitor poderá observar a situação crítica em que me encontrava: por um lado, queria fazer uma jusfilosofia que pudesse dar conta do clima cultural e dos processos locais que se davam em *minha* jurisdição, mas ao mesmo tempo, vislumbrava que esses desenvolvimentos locais eram substandard, quando se lhes contempla desde a tradição jusfilosófica anglo-americana. Como estudante de *filosofia do direito*, adicionalmente, não tinha muita margem de ação para propor um argumento particularista que restituísse minha identidade e minha confiança nas possibilidades de uma jusfilosofia especificamente latino-americana. Se examinada com atenção, a defesa de um projeto intelectual frente à academia do "norte" poderia desenvolver-se tipicamente de duas maneiras diferentes: (i) em primeiro lugar, poder-se-ia propor uma tese sobre o "ato administrativo na Colômbia", uma tese cujo orientador, suponhamos um francês, codificasse na categoria "direito comparado". O estudante obtém, assim, a vantagem juspositivista de trabalhar com textos legais que sua audiência francesa e internacional não pode verificar independentemente e perante os quais não possui opiniões fortes ou bem informadas. Dessa forma, o positivismo jurídico tem o potencial de particularizar em razão da origem das normas legais. (ii) Ou bem, por outro lado, o estudante poderia falar de um tema comum que compartilha com seu professor, por exemplo, "a defesa dos direitos humanos", mas reivindica para si um "ponto de vista" local porque sua "realidade" ou sua "cultura" introduzem modificações significativas à compreensão standardizada e transnacional do tema. Culmina-se, pois, com uma tese, por exemplo, sobre "a noção dos direitos da mulher no Magreb africano". Em suma, o multiculturalismo particulariza em razão da relativização da cultura.

Seja a partir do positivismo, seja a partir do multiculturalismo, o certo é que o estudante proveniente de jurisdições periféricas ou semiperiféricas consegue criar um espaço de particularidade, um status de excepcionalismo positivista ou cultural que, embora possa neutralizar a intervenção de sua audiência disciplinadora do norte, também termina por marginalizar sua produção intelectual. Em teoria do direito, porém, estas opções de particularização e neutralização não eram tão fáceis de usar no meu caso: em primeiro lugar, a particularização positivista na filosofia do direito não parece ser de pronto porque, por definição a jusfilosofia é um discurso sobre a natureza do direito com abstração feita das normas positivas concretas do sistema. Portanto,

necessidade de fundamentar solidamente os direitos constitucionais, trata de fazê-lo por meio da ideia segundo a qual os direitos não dependem do reconhecimento do Estado, como argumentariam acerca do parecer os "positivistas extremos". Surpreendentemente, entre os teóricos que apoiam a tese de existência de direitos pré-estatais incluem-se os nomes de Radbruch, Holmes, Frank, Cardozo e Hart. Mesmo que a Corte não ofereça uma fonte explícita para esta surpreendente declaração, é muito claro que reproduz de muito perto a reorganização que havia feito Recasens do cânone da teoria local do direito a partir de posições mais judicialistas e interpretativistas.

argumentar que um texto preciso, o Código Civil de Bello[****], por exemplo, gera um particularismo jusfilosófico forte é, quando menos, um argumento digno de pouca consideração. Por outro lado, a estratégia multiculturalista em defesa de uma jusfilosofia latino-americana tradicionalmente conduz a identificar algum autor jusfilosófico local para mostrar que, também em terreno nativo, produz-se jusfilosofia exportável. Mesmo que compartindo, sem reservas, o mérito de nossos autores locais, eu queria seguir falando de Hart porque pensava que sua influência era mais potente na configuração de uma cultura jurídica contemporânea que o trabalho, muito meritório, de Carlos Cossio na Argentina ou o de Luis Eduardo Nieto na Colômbia.

3 A TEORIA DO DIREITO COMO CAMPO TRANSNACIONAL

Mas a pergunta persiste: por que não é fácil alcançar uma particularização do discurso no campo da teoria do direito? Primeiro, porque a teoria do direito, como campo essencialmente erudito e acadêmico do direito, foi estruturada desde seu início como uma empreitada verdadeiramente transnacional. Por "empreitada transnacional" quero significar o seguinte: os autores, argumentos e controvérsias chamados "teórico-jurídicos" ocupam um campo acima do nacional, regional ou local, em que certo tipo de conhecimento abstrato do direito pode ser compartilhado e usado por pessoas de diferentes antecedentes e em distintos contextos. Nesse sentido, observa-se, por exemplo, como é relativamente mais fácil que um jurista na América Latina saiba algo a respeito dos teóricos do direito anglo-saxões ou alemães, quando em comparação a escritores dogmáticos destas mesmas tradições. A teoria do direito, acima de tudo, é o mais abstrato de todos os discursos do direito e, por este mesmo motivo, é o tipo de discurso acadêmico que com maior facilidade pode atribuir-se certa forma de desapego frente às particularidades regionais, nacionais ou locais. O excepcionalismo ou particularismo, ou seja, a interpretação ou contribuição local que as pessoas de locais exóticos ou periféricos podem dar a alguns campos da academia jurídica, é mais difícil de explorar na filosofia do direito que em outras subdisciplinas jurídicas. A aceitação do particularismo no direito, seja pelo caminho positivista, seja pelo caminho multiculturalista que esbocei anteriormente, apontam para o seguinte: a aceitação da existência de diversas interpretações locais de um mesmo objeto epistêmico constitui, ao menos implicitamente, uma crítica a uma construção hegemônica e pseudouniversalista do objeto feita por um número

**** *Nota de tradução* – Código civil chileno de 1855, cujo projeto foi elaborado pelo renomado jurista venezuelano Andrés Bello.

limitado de eruditos e de interesses assentados em países centrais que terminam monopolizando, desde um ponto de vista igualmente particular, a leitura standard, objetiva ou universal de um campo jurídico. A difusão e aceitação de estratégias excepcionalistas ou particularistas apontam para uma crítica do conhecimento etno, euro ou anglocêntrico. Esta estratégia foi desenvolvida com grande dinamismo em campos como o dos direitos humanos ou do direito internacional. Estes temas são tratados agora desde diferentes perspectivas culturais, históricas e geográficas.[26] Este crescente processo de fragmentação geográfica de objetos de estudo tem muitas implicações importantes na forma em que se cria e se transforma o conhecimento na academia jurídica. A filosofia do direito, entretanto, está menos inclinada a aceitar esta classe de perspectivismo e segue adotando um tom e uma nova metodologia transnacionais. [27] Os autores, argumentos e países que participam do debate com certo grau de reconhecimento são, contudo, bastante limitados, se comparados com a geografia global em expansão que começa a ser vista em outros campos jurídicos.

Em segundo lugar, vindo da América Latina e segundo nossa própria admissão, não somos suficientemente exóticos ou periféricos para reclamar em nosso favor uma posição excepcionalista ou particularista.[28] É no subcontinente latino-americano onde se tem operado com maior força o projeto assimilacionista do local com o universal ou geral: trata-se, ao menos no imaginário coletivo, de uma parte mais do mundo ocidental, mesmo que seja uma parte "em desenvolvimento"[29], "em transição à democracia"[30] e em que novas oportunidades de investimento

[26] Para uma discussão geral do debate universalista/relativista em direitos humanos, ver: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 192-255; DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism and human rights*: implications for international relations. London/New York: I. B. Tauris, 1998, p. 06-38, 192-199.

[27] Sobre o perspectivismo em ciências sociais em geral, pode-se consultar: FAY, Brian. *Contemporary Philosophy of Social Science*: A Multicultural Approach. London: Black-well, 1999.

[28] Nesta mesma direção se move o argumento de Roberto Fernández Retamar em seu clássico artigo "Calibán", no qual explora a pergunta acerca da existência ou não de uma cultura latino-americana: "A un euronorteamericano podrán entusiasmarlo, dejarlo indiferente o deprimirlo las culturas china o vietnamita o coreana o árabe o africanas, pero no se le ocurría confundir a un chino con un noruego, ni a un bantú con un italiano; ni se le ocurría preguntarles si existen. Y en cambio, a veces a algunos latinoamericanos se los toma como aprendices, como borradores o como desvaídas copias de europeos, incluyendo entre éstos a los blancos de lo que Martí llamó 'la América europea', así como a nuestra cultura burguesa europea ('una emanación de Europa', como diría Bolívar)" (FERNÁNDEZ RETAMAR, Roberto. *Todo Calibán*. Bogotá: ILSA, 2005, p. 35-36).

[29] Para uma análise da "invenção" do desenvolvimento e do Terceiro Mundo, ver: ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo*: construcción y desconstrucción del desarrollo. Bogotá: Norma, 1998.

[30] A esse respeito, ver: NINO, Carlos S. Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America. *U. Miami L Rev.* n. 44, 1989, p. 129; ROSENFELD, Michel. Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example. *Cardizo L. Rev.* n. 19, 1998, p. 1891.

se apresentam sob a forma de "mercado emergentes".[31] Somos, em essência, membros da família jurídica ocidental (uma grande espaço civilizatório que abarca tanto a tradição neorromânica, como o *Common law*) e não possuímos uma filosofia do direito ou um direito distintos que possam ser usados como fundamento para uma contribuição genuinamente exótica ou alternativa à ciência do direito. Poder-se-ia aceitar, por exemplo, que existe um interesse em estudar as ideias jusfilosóficas que subjazem os direitos tradicionais ou religiosos, como o Dharma hindu[32] ou a Sharia islâmica.[33] A América Latina, pelo contrário, encontra-se justamente no meio do mundo ocidental normalizado e hegemônico e o mundo oriental exótico e subalterno, ora argumentando que sua assimilação com o Ocidente é completa, ora reclamando os benefícios e os privilégios da diferença de identidade *frente* ao Ocidente. Apesar do triunfo do projeto assimilacionista na América Latina – ao menos em nossas mentes –, era claro que, por assimilados, não éramos iguais. Na assimilação subjaz uma dinâmica de imitação, ou como diziam os filósofos clássicos gregos, de *mímesis*.[34] Desde Platão, contudo, a ontologia ocidental assumiu, em prejuízo aos imitadores, que o produto mimético ou imitativo é uma *reprodução* na qual o original perde clareza e força existencial.[35] A caverna, no mito platônico, caracteriza-se por ser o mundo da "mímesis" em que tão somente se copiam os objetos do mundo *real* que se situa, literalmente, mais acima, sob a luz do sol. Este aviltamento do mimético empobrece simetricamente as produções jusfilosóficas da América Latina: no começo de nossa vida republicana, quando nossos ideais de direito e Estado imitavam de perto os da República francesa pós-revolucionária, éramos simplesmente reproduções imitativas de acontecimentos europeus; e agora, no começo do século XXI, quando nossos ideais de direito e Estado imitam de perto a "República comercial" dos norte-americanos, nossa jusfilosofia parece agora uma pálida sombra de novos autores e argumentos. Éramos, no princípio, cópias europeias, agora, quiçá, cópias norte-americanas.

Os estudantes latino-americanos de teoria do direito, por conseguinte, tendem a conformar seus próprios estudos e esforços à estrutura que esta visão transnacional lhes permite. Dois caminhos parecem se abrir: para *nós*, em primeiro lugar, é necessário estar ao dia, atualizar-se, standardizar as leituras e os projetos intelectuais. Um exemplo esclarecerá o assunto: eu

[31] TAYLOR, Celia R. Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks. *Am. J. Comp. L.*. n. 45, 1997, p. 71.
[32] Ver, em geral: COULSON, Noel J. *Historia del derecho islámico*. Barcelona: Bellaterra, 2000.
[33] PLATÃO. *República*. passim.
[34] Esta forma de ver o processo criativo tem importantes repercussões para o direito, pois em termos meramente dogmáticos, impactaria a noção de originalidade que se requer para a proteção jurídica de obras mediante o direito do autor. A esse respeito, ver: SUK, Jeannie. Note: Originality, *Harvard Law Review*. n. 115, 2002, p. 1988-2009.
[35] ELKIN, Stephen L. The Constitutional Theory of the Commercial Republic, *Fordham L. Rev.* n. 69, 2001, p. 1933.

pensava, *antes* de viajar aos Estados Unidos, que a obra de H. L. A. Hart era altamente inovadora e antiformalista (em comparação com a de Hans Kelsen), para simplesmente descobrir que na academia anglo-saxônica, e em meio a um contexto de interpretação distinto e mais "normalizado" da obra de Hart, estas duas características que encontrei em minhas leituras locais eram completamente *equivocadas* (ao menos assim julgavam meus professores). Oposta à minha interpretação local – errônea? –, a obra de Hart era para meus professores do Norte um bom exemplo de certo tipo de teoria altamente formalista. Isto, de por si, constituía uma acusação contra esta teoria – especialmente para algumas audiências do mundo norte-americano –, já que o positivismo jurídico europeu não se encaixava facilmente com a direção pós-realista que havia tomado a teoria norte americana do direito depois da Segunda Guerra Mundial.[36] Sua influência, seu posicionamento dentro do espectro de pontos de vista na teoria legal contemporânea era, também, completamente diferente da visão local que nos havíamos formado da mesma: a obra de Hart não era tomada como discurso particularmente crítico, como em princípio pensei, mas sim considerada como uma peça fundamental desenhada para *restringir* ou *moderar* os exageros de uma escola antiformalista de teoria do direito denominada, nos Estados Unidos, "realismo jurídico". Com esta ordem de ideias, estava claro que a obra de Hart tinha diferentes significados em distintos lugares: num cenário teórico-jurídico pós-realista, a obra de Hart era usada como dique de contenção; num cenário teórico-jurídico pré-realista, como continua sendo o latino-americano, a obra de Hart assume o claro potencial de acelerar e animar a crítica antiformalista do direito.

O segundo caminho aberto ao estudante latino-americano de teoria do direito é o seguinte: ao estar em dia com as leituras standardizadas de teoria jurídica transnacional, concede-se agora a *possibilidade* de participar do debate transnacional, ainda que com algumas restrições; de modo geral, seu lugar dentro de uma escola é ser um filósofo secundário ou menor de alguma teoria do direito que tenha se filiado por escolha ou ao azar[37]. É fácil mostrar, por exemplo, como muitas das mais genuínas e importantes contribuições latino-americanas aos estudos em teoria do direito se colocam como continuações e avanços de teorias transnacionais já hiperestruturadas.[38] Por

[36] A esse respeito, ver: KENNEDY, David. Il Kelsen delle "Oliver Wendell Holmes Lectures": un pragmatista del diritto internazionale pubblico. *Diritto e Cultura*, Roma. a. IV, n. 2, 1994, p. 17-47. Este texto oferece uma interessante descrição dos desencontros profundos entre Kelsen e a academia jurídica norte-americana no período imediatamente subsequente à sua fuga da Europa (1940-1941).

[37] Sobre o conceito de "filósofo menor", ver supra nota 4.

[38] Os jurisconsultos locais têm se preocupado demasiadamente em interpretar *corretamente* os autores internacionais, ao passo que têm se interessado muito pouco pela consciência jurídica que os rodeia. A produção teórico-jurídica recente na América Latina parece manter essa orientação. Isto, em si mesmo, não é questionável; porém aos jurisconsultos locais faz falta ter êxito para serem reconhecidos como atores com voz própria no espaço transnacional da teoria

conseguinte, tende-se a pensar que a teoria jurídica mexicana esteve muito preocupada com a recepção e, em ocasiões, com o melhoramento e refinamento da teoria pura de Hans Kelsen; da mesma maneira, pode-se dizer que a teoria jurídica argentina trabalhou na aclimatação e no desenvolvimento da análise e da lógica jurídicas, primeiro de maneira informal, como se percebe nos trabalhos de Carrió e Nino,[39] até chegar a altos graus de formalização, como os de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin.[40]

4 PRODUÇÃO, RECEPÇÃO E CIRCULAÇÃO DE TEORIAS DO DIREITO

Por razões de definição disciplinar, é difícil particularizar a análise teórico-jurídica. A filosofia do direito apresenta uma grossa blindagem frente a um possível assalto do perspectivismo teórico. Dessa forma, gera-se a impressão de que a filosofia e as teorias do direito são discursos abstratos de alcance global. Nesse sentido, pessoas do Japão, Gana, Alemanha ou Colômbia podem participar sem maiores obstáculos da discussão transnacional sobre um mesmo cânone de leituras, autores e argumentos. Este campo intelectual transnacional em que os teóricos do direito nos encontramos imersos poderia ser denominado Teoria Transnacional do Direito (a que me referirei daqui em diante pela sigla TTD). Com este conceito, faço referência a certo tipo de leituras, ideias e argumentos teórico-jurídicos que cruzam as fronteiras nacionais muito mais facilmente que os livros e análises de doutrina ou comentários legal-positivo. O significado da TTD é habilmente capturado por um dos mais importantes teóricos transnacionais do direito, Hans Kelsen, quando na primeira edição de *Reine Rechtslehre* (1934) insiste no fato de que sua obra não versa sobre um sistema legal específico, e sim sobre as bases teóricas de qualquer sistema legal possível. A TTD foi adequadamente caracterizada assim também pelo teórico do direito alemão Theodor Viehweg, para quem a jurisprudência pertence às *ciências internacionais* do direito que podem ser estudadas por

jurídica. Seguindo esta tendência, ver: ATRIA, Fernando. Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*. v. 18, issue 5, 1999, p. 537 (Atria é professor na Universidade de Talca, Chile); LINDAHL, Hans. Authorithy and Representation. *Law and Philosophy*. v. 19, issue 2, 2000 (Lindahl, de ascendência europeia, estudou Direito em Bogotá e agora ensina na Universidade de Tilburg na Holanda); ARANGO, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el derecho? *op. cit*. (Arango é professor de direito na Universidade Nacional da Colômbia).

[39] CARRIÓ, Genaro. Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld. Notas sobre derecho y lenguaje. *op. cit*., p. 303-320; NINO, Carlos S. Introducción al análisis del derecho. *op. cit*. p. 63-100.

[40] ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

fora do país em que se exerce a profissão, em oposição às *ciências nacionais*, que estão exclusivamente conectadas com a dogmática, as regas e a técnica de um sistema legal nacional.[41]

A TTD se produz comumente num *lugar*, o qual eu gostaria de caracterizar abstratamente como "lugar de produção".[42] Um lugar de produção parece ser um meio especial em que se produzem discussões teórico-jurídicas sobre a natureza do direito com altos níveis de influência transnacional. Os lugares de produção estão usualmente vinculados em círculos intelectuais e instituições acadêmicas de Nações-Estados centrais e de prestígio. Por conseguinte, os países centrais geram os produtos mais difundidos da TTD, produtos que, com o tempo, circulam pela periferia, para finalmente constituir um cânone normalizado do campo em escala global.

Cuidadosamente examinadas, é patente que as teorias do direito formadas nos lugares de produção são também o produto de circunstâncias políticas e sociais muito concretas. Contudo, sua transplantabilidade global e seu valor "geral" e "objetivo" dependem do fato crucial de obscurecer ou minimizar os contextos específicos em que tais teorias jurídicas se forjaram. Uma possível razão que justifica a minimização da contextualidade em que nascem as teorias jurídicas nos lugares de produção parece ser que tais localidades os leitores de teoria do direito leem ou decodificam os textos em *ambientes hermenêuticos ricos*: nesses ambientes, o leitor tem acesso a uma rica bagagem de informação extratextual e contextual que compartilha com o autor do argumento teórico-jurídico aparentemente abstrato. Esta informação, que completa a que os textos tão somente sugerem, compartilha-se entre autor e leitor a partir de uma experiência social e jurídica comum, expressa particularmente numa compreensão compartilhada da educação jurídica e das práticas, fontes, instituições, tradições, polêmicas, políticas e desafios do direito dentro de uma mesma experiência jurídica. Este conhecimento pressuposto entre autor e leitores nos lugares de produção permite um duplo processo: os argumentos teórico-jurídicos pressupõem um contexto – problemas ou preocupações sociais, doutrinários, econômicos específicos ao autor –, mas na medida em que esse contexto se supõe culturalmente alcançável pelo leitor no lugar de produção a partir de alguns poucos traços escriturais específicos, termina-se por supor que o leitor terminará fazendo uma leitura correta ou, pelo menos, normalizada da teoria do direito que se oferece.

[41] VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 36-37.

[42] Quero insistir na existência de uma distinção teórico-jurídica relevante entre os lugares de produção e lugares de recepção. Vários autores têm trabalhado as consequências para a teoria do direito que derivam da distinção entre "contextos de descobrimento" e "contextos de justificação". Ver: NORRIS, Christopher. Sociology of Knowledge. In: *Cultural and Critical Theory*. Oxford: Blackwell, 1996. A mesma distinção tem sido amplamente utilizada por Martin Golding (GOLDING, Martin. Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century America: Major Themes and Developments. *J. Legal Educ.* n. 36, 1986, p. 441).

A face oposta dos *lugares de produção* são os *lugares de recepção*. Num lugar de recepção, de modo geral, a teoria jurídica ali produzida não possui já a persuasividade e circulação ampla da TTD; pelo contrário, alguém poderia estar tentado a falar de teoria do direito "local", "regional", "particular" ou "comparada".[43] Com esses nomes, quero fazer referência aos conceitos ou sistemas teórico-jurídicos particulares que dominam em países periféricos ou semiperiféricos.[44] Em teoria do direito, como em muitas outras áreas do direito, estes países transplantam ou usam ideias originadas em jurisdições de prestígio. Estas jurisdições prestigiosas, segundo os comparativistas, são as figuras parentais de *famílias jurídicas.* As jurisdições periféricas são os *filhos* das famílias e, sua missão, como nas famílias humanas, é aprender com seus pais a partir da "mímesis".[45] Nos lugares de recepção, a atividade de leitura da teoria do direito se realiza em meio a *ambientes hermenêuticos pobres*. Com isto quero dizer que o autor e seus leitores periféricos compartem muito pouca informação contextual acerca das estruturas jurídicas subjacentes ou das conjunturas políticas ou intelectuais específicas em que nasce o discurso teórico-jurídico. A invisibilidade de uma rica informação contextual e material reforça, ao menos para o leitor periférico, a aparência de que a filosofia do direito é uma reflexão abstrata sobre a natureza de qualquer sistema legal possível. Contudo, quando confronta sua leitura com a feita em *ambientes hermenêuticos ricos*, recebe a desanimadora notícia de que sua compreensão é substandard.

[43] Uma das poucas disciplinas em que a América Latina tem feito um aporte ainda não 'exotizado' pela academia internacional é o Direito Internacional. A prematura independência das colônias da Espanha no século XIX ajudou a criar um sistema de Estados em que surgiu um costume de amplitude regional. Esse costume regional tem certo prestígio no discurso jurídico internacional. Ver Liliana Obregón em seu "Derecho internacional criollo" (nos arquivos do autor). Igualmente, a citação completa do discípulo australiano de Hart que aparece no prólogo deste texto ilustra adequadamente o ponto. Diz a citação completa: "[H. L. A. Hart] pertencia a Oxford, é claro, mas também possuía uma cercania com aqueles que viam o mundo em termos mais simples e menos inteligentes, com aqueles que provinham de lugares em que os prados estavam menos bem cuidados. Os jogos que muitos de nossos jogávamos não lhe interessavam, creio. Estou tentado dizer que as teorias que tanto nos satisfaziam não lhe interessavam também, exceto como ponte para as realidades sociais" (tradução nossa). Citado por: LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart*: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 360.

[44] Tomo este conceito da teoria do "sistema-mundo". Ver, em geral: SHANNON, Thomas. *An Introduction to World-System Perspectives*. London: Westview, 1996. Esta terminologia tem sido usada por Boaventura de Sousa Santos. Sua obra, contudo, é usualmente classificada como "sociologia do direito" e não como teoria jurídica. Para que algo seja considerado teoria jurídica deve conformar-se a certos critérios de abstração. A localização particular de um texto (especialmente se esta localização é periférica) o relega ao discurso descritivo, nunca normativo. Creio, por outro lado, que há muito mais que sociologia do direito nas teorias do direito locais. Na teoria jurídica periférica existe um autêntico conhecimento acerca da natureza geral do direito do qual podem beneficiar-se pessoas em outros locais. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 373-454.

[45] O direito comparado, na vertente cultivada por René David, serve precisamente para identificar essas filiações genealógicas. Tão forte é a definição das famílias, que David chega a afirmar que "la mejor manera de familiarizarse con el conjunto de los derechos civiles y mercantiles de América Latina es, sin duda alguna, acudir ante todo a extraer de Europa, y en especial de Francia, el conocimiento de los principios generales que dominan en todos esos derechos y de los métodos que permiten estudiarlos y conocerlos" (DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 252).

A atividade de transplantar, ler e usar literatura acadêmica no mundo periférico ou semiperiférico tem chamado recentemente a atenção das ciências sociais. O velho modelo que antecipava que a teoria das disciplinas sociais era una, objetiva e universal, começa a ceder frente à ideia contraposta de que não existe um só cânone teórico em todos os lugares. As ideias sofrem alterações na viagem e estas alterações são fundamentais para explicar a diversidade na fundamentação das crenças e das práticas dos diferentes atores sociais. Frente ao modelo que prediz a convergência e homogeneidade do *corpus* universal da teoria – em filosofia, em sociologia, em direito – dá-se passo a uma atitude que destaca as divergências mutantes das teorias e dos cânones de leitura particulares e heterogêneos. Diferentemente do cientificismo antigo, que não poderia aceitar nem prever, parece existir, agora, uma crescente certeza em que as particularidades nacionais ou regionais podem ter um impacto importante na construção acadêmica de discursos.

5 ORIGINALIDADE, INFLUÊNCIA, CÓPIA E TRANSMUTAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Ao distinguir entre lugares de produção e de recepção de teorias, abre-se um interessante espaço para a reconstrução da reflexão teórico-jurídica. A forma tradicional de descrever a distância entre produtor e receptor consistiu em fazer uma diferenciação hierárquica entre eles: ao produtor ou autor, reconhece-se a originalidade da criação; ao receptor, leitor ou imitador, outorga-se, por outro lado, um papel passivo mediante as palavras, por vezes pejorativas, de "influência" ou "imitação". É importante notar como estas noções reiteram a hierarquia implícita entre lugares de produção – jurisdições de países centrais, e lugares de recepção – jurisdições de países periféricos. Convém agora examinar alguns desses conceitos.

A *influência* é, primeiramente, uma ferramenta utilizada na história das ideias que se concentra no conjunto de leituras que uma nação, autor ou cultura fez e que marca, por sua vez, o estilo com que este receptor se expressa. Contudo, o conceito de "influência", às vezes análogo ao de "transplante" que se utiliza no direito comparado, simplifica exageradamente a análise: observa-se com frequência que, caso se descubra uma "influência", está permitido deixar de falar do objeto de interesse – o influenciado, para prosseguir examinando sua fonte – o influente. Com esta fácil esquematização, a teoria jurídica latino-americana é facilmente descartada e classificada como um subproduto das teorias jurídicas nascidas em outras tradições. Assim como em direito comparado se predica a influência que o sistema legal latino-americano recebeu do Atlântico Norte, assim também

a sua teoria jurídica parece ser um fenômeno dependente de elaborações surgidas em outros lugares. Comparando-se com outros lugares periféricos de recepção, a América Latina parece ser um dos lugares jusfilosóficos menos interessantes, já que é considerado com um mero apêndice do pensamento jurídico produzido nos âmbitos culturais europeu e anglo-saxônico. Com a noção de *influência* também aparecem os conceitos de *escola e discípulo*. Um mestre, o fundador, possui ideias poderosas que por via da influência são aceitas por discípulos de uma "escola". Esta linguagem metafórica, proveniente do trabalho artesanal, foi importada das dinâmicas intelectuais de difusão e influência.[46] Nessa ordem de ideias, a teoria latino-americana do direito pode ser descrita como a influência que a TTD teve na região. O resultado foi a formação, por parte de *discípulos*, de *escolas* locais que pretendem, não tanto transformar uma doutrina, como também defendê-la e aplicá-la aos sistemas legais que se presumem convergentes com os contextos de produção da teoria.[47] Para os discípulos periféricos, as opções são estreitas: podem, primeiro, reproduzir a obra original, tratando de mostrar uma compreensão standard de seu significado e direcionalidade. Nesta forma de recepção, evidencia-se a aplicação, mas não a originalidade. Esta opção é difícil de executar logo de realizado o transplante teórico, dada a distância que sempre existe entre os lugares de produção e os lugares de recepção. Em segundo lugar, o receptor periférico pode produzir – este termina sendo o cenário mais comum – uma leitura substandard da obra original: faz uma *leitura equivocada* ou uma *transmutação* que exige correção e standardização. Esta forma de barbarização do conhecimento se expressa em leituras locais *vulgares* que se distanciam do *verdadeiro* significado do autor. Finalmente está o caminho de acesso à originalidade, isto é, a participação ativa na produção teórico-jurídica, já seja numa escola ou fora dela – por exemplo, como fundador de uma tradição intelectual autonomamente identificável.[48] Este caminho da originalidade, em qualquer de suas duas formas, raramente se lhes reconhece a jusfilósofos latino-americanos, que são sistematicamente classificados como discípulos de escola, e ainda pior, como vulgarizadores – transmutadores – de ideias.

[46] A esse respeito, ver: COLLINS, Randall. The Sociology of Philosophies: A Global Theory of Intellectual Change. *op. cit*.

[47] Kelsen e Hart tem sido "mestres" de duas das mais importantes "escolas" na região: Kelsen tem sido determinante na configuração teórica do direito mexicano, por exemplo, e Hart de certas características do clima teórico argentino, até o ponto de falar de uma escola analítica no Rio da Prata. A esse respeito, ver: ATIENZA, Manuel. *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984. Apesar da evidente proximidade teórica de Kelsen e Hart na TTD, parecem ser inimigos mortais em teoria jurídica regional.

[48] A autonomia intelectual, por óbvio, não é absoluta. Trata-se, em verdade, do posicionamento de uma tradição no centro da disciplina, seja como tradição hegemônica, seja como competidora nas "escolas" centrais que esgotam a aproximação canônica dentro do campo.

6 CARTOGRAFIAS EUROCÊNTRICAS DA JUSFILOSOFIA LATINO-AMERICANA

Uma forma privilegiada de revelar a estrutura epistemológica e política com que se vai criando uma Teoria Transnacional do Direito (TTD) consiste em analisar a *20th Century Legal Philosophy Series* (de 1945 a 1970), publicada por Harvard University Press. O objetivo da série, que chegou a um total de oito volumes, era o de contribuir para a erradicação do reconhecido paroquialismo da cultura teórico-jurídica norte-americana mediante a seleção e tradução ao inglês da teoria do direito que se produzia em outras partes do mundo. A série constitui, nesse sentido, um claro esforço de "internacionalizar" a filosofia do direito, muito em consonância com o clima intelectual geral dominante depois da Segunda Guerra Mundial. Por essas razões, é um excelente laboratório para examinar a formação de uma filosofia internacional do direito (TTD), ao tempo que põe em clara evidência o funcionamento interno então dominante dos conceitos de "influência" e "transplante teórico". A publicação desta coleção é tanto mais reveladora ao considerar-se que o terceiro volume da série esteve dedicado à filosofia jurídica latino-americana num livro de mesmo nome, *Latin American Legal Philosophy,* editado por Josef Laurenz Kunz, professor da Universidade de Toledo (Ohio, Estados Unidos). Os demais volumes, por contraste, destinaram-se exclusivamente a explorar o significado de ideias jusfilosóficas europeias que se consideravam novidade no ambiente teórico-jurídico dos Estados Unidos. O tomo sobre a América Latina é excepcional: é o único que tenta dar conta das ideias jusfilosóficas dominantes nos países periféricos;[49] mas, como ficará claro na análise subsequente, o propósito final de Kunz era mostrar como a América Latina era uma clara extensão do projeto civilizatório do Ocidente, e em particular, de sua concepção de juridicidade. Esta afiliação era assaz importante precisamente no segundo pós-guerra, pois a pretendida convergência teórico-jurídica facilitava o projeto de um direito mundial que se desprendia dos novos desenvolvimentos em direito internacional (como a potencial criação de um direito mundial com base na institucionalidade da Organização das Nações Unidas).

A introdução ao volume sobre jusfilosofia latino-americana contrasta notavelmente com as páginas que, para o mesmo fim se ocupam, por exemplo, dos livros dedicados a Kelsen (volume I)[50], à

[49] Somado à latino-americana existe somente outro exemplo de teoria jurídica "exótica". Em 1951 foi publicado um volume dedicado à teoria jurídica soviética: BABB, Hugh. *Soviet Legal Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1951. Na Guerra Fria, contudo, a teoria soviética do direito não pode ser considerada como "periférica".
[50] KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

Jurisprudência alemã dos interesses (volume II)[51], à jusfilosofia de Lask, Radbruch e Dabin (volume IV)[52], à teoria soviética do direito (volume V)[53], à tradução de passagens de interesse teórico-jurídico de *Wirtschaft und Gesellschaft* de Max Weber (volume VI)[54], ao livro de Petrazycki sobre a relação entre direito e moral (volume VII)[55], e, finalmente, aos institucionalistas franceses (volume VIII)[56]. As introduções a esses livros dão a impressão de estar lidando com tradições teórico-jurídicas autônomas, complexas e altamente transformadoras da cultura jurídica local – neste caso, a dos Estados Unidos –. Essas escolas são assim o produto de processos endógenos de evolução teórica, sendo firmemente assentadas e com vocação de influir mais além de seus próprios limites sobre a prática cotidiana do direito. Frente a estas tradições *fortes*, os norte-americanos demonstram curiosidade de aprender e destacam, antes de tudo, a diferença e a originalidade que exibe a teoria jurídica estrangeira.

No volume sobre a América Latina, por outro lado, a ênfase é posta não tanto na autonomia, diferença e originalidade, mas antes na continuidade e influencia que os *criollos*[*****] exibem quanto aos europeus. Por isso, a América Latina e seus autores, ainda que sejam tratados com respeito, constituem uma tradição teórico-jurídica *débil*, cujo mérito consiste, precisamente, no mimetismo e o alinhamento com o europeu. Igualmente notável é o alto nível de abstração da jusfilosofia latino-americana, verdadeiras reflexões professorais que, à diferença de suas contrapartes europeias, situam-se à grande distância das preocupações correntes da prática profissional.

Nesta ordem de ideias resulta ilustrativo analisar a introdução que Joseph Kunz escreve para o volume *Latin American Legal Philosophy*, de 1948. O texto começa citando a um jurisconsulto e comparativista latino-americano, Enrique Martínez Paz, quem aceita como pressuposto a obviedade de que "em todas as nações latino-americanas, o pensamento jurídico filosófico seguiu em sua evolução, ainda que com certo atraso, o ritmo do pensamento europeu continental"[57]. A jusfilosofia, assim entendida, é uma empreitada conjunta, universal, que se encaminha progressivamente para revelar a essência do direito. Alguns, contudo, por situarem-se em regiões periféricas do mundo,

[51] SCHOCH, Magdalena (ed.). *The Jurisprudence of Interests*. Cambridge: Harvard University Press, 1948.
[52] WILK, Kurt (ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbrunch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.
[53] BABB, Hugh. Soviet Legal Philosophy. *op. cit*.
[54] RHEINSTEIN, Max (ed.). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1954.
[55] PETRAZICKY, Léon. *Law and Morality*. Cambridge: Harvard University Press, 1955.
[56] BRODERICK, Albert (ed.). *The French Institutionalists*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
[*****] *Nota de tradução* – "criollos" aqui tem o sentido hispano-americano daquele que nasce ou é da América, sendo diferente de quem é peninsular (da Península ibérica).
[57] KUNZ, Joseph (ed.). *Latin American Legal Philosophy*. v. III. Cambridge: Harvard University Press, 1948, p. xix.

parecem empenhar-se em reinventar a roda com certo atraso[58]. Logo de estabelecer esta premissa de continuidade teórica, Kunz faz uma apresentação dos principais tópicos de jusfilosofia latino-americana da primeira metade do século XX. Esta apresentação ajudará a definir a modificação de enfoque que quero propor para a jusfilosofia latino-americana. Em especial, a introdução de Kunz coloca para a superfície as condições de possibilidade das teorias jurídicas locais e periféricas dentro da estrutura cognitiva da Teoria Transnacional do Direito em voga a meados do séc. XX.

A primeira e muito importante caracterização que faz Kunz da jusfilosofia latino-americana é que esta não é, em qualquer sentido da palavra, *propriamente* latino-americana. O pensamento jurídico na região pertence a uma comunidade mais ampla de pensamento europeu[59], pelo menos de duas maneiras: por um lado, a jusfilosofia local pode ser esquematizada e periodizada em fases que são uma mera projeção dos esquemas e períodos próprios do pensamento europeu; por outro lado, a jusfilosofia local responde ao predicamento geral do "homem moderno", quem termina sendo, uma vez mais, uma projeção da crise da modernidade que o pensamento europeu começava então a articular no período de Entreguerras, tal como em seu momento o descreveu a fenomenologia husserliana[60]. A continuação, examino em detalhe esta dupla projeção.

Em primeiro lugar, Kunz oferece uma periodização do pensamento jusfilosófico latino-americano que está claramente marcada não por eventos ou circunstâncias próprias da região, mas bem pelo marco de referência da filosofia geral europeia. La periodização resultante é estranha e a sincronia transatlântica é difícil de compreender, inclusive para os latino-americanos que aceitam sem objeção o projeto de assimilação regional à Europa. De acordo com Kunz:

> [...] no período colonial da América Latina, a filosofia escolástica prevaleceu. Depois do começo da independência, a influência francesa foi essencial em toda a América Latina. Isso significou, na filosofia do direito, a predominância do direito natural francês do século XVIII.[61]

Justo depois desta época de jusnaturalisrno, "os pensadores latino-americanos trataram de destruir as doutrinas teológicas e metafísicas e, para alcançar este fim, fizeram uso de Herbert

[58] Ver: BLOOM, Harold. *A Map of Misreading*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Neste livro, Bloom destaca a relevância do "atraso" e do "chegar tarde" na dinâmica da influência poética.
[59] A mesma comunidade é destacada por J. Mayda ao fazer o mapa dos diferentes usos da palavra "jurisprudência" no pensamento legal. Ao mencionar o jurisconsulto brasileiro Miguel Reale, Mayda fala da ideias legais "formuladas no contexto da *tradição europeia-latino-americana*" (MAYDA, Jaro. *François Geny and Modern Jurisprudence*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 1978, p. 109).
[60] Uma leitura husserliana das tarefas da teoria jurídica, uma leitura da razão em crise, manifesta-se na América Latina, por exemplo, no trabalho do colombiano Luis E. Nieto Arteta (NIETO ARTETA, Luis E. *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*. Medellín: Universidad Bolivariana, 1941).
[61] KUNZ. Latin American Legal Philosophy. *op. cit*.

Spencer y, especialmente, de Auguste Comte". Este período, que vai de 1870 a 1925, esteve dominado "por um positivismo agnóstico, desdenho pela metafísica, hostilidade para com o direito natural, repúdio da especulação metafísica por seu caráter acientifíco, e pelo crescente prestígio das ciências naturais". Depois de 1925, a dominação da filosofia de Comte começa a desvanecer-se, seguindo novamente os sucedidos europeus:

> *A situação atual* – diagnostica Kunz em 1948 – caracteriza-se pelo fato de que a filosofia geral e a filosofia do direito latino-americanas seguiram de novo o ritmo do pensamento europeu continental, especialmente um desenvolvimento dual da filosofia e a jurisprudência alemã e austríaca.

Este "desenvolvimento dual" se refere, segundo Kunz, ao transplante científico-jurídico do neokantismo de Marburg[62], em primeiro lugar, e em seguida à teoria pura do direito de Hans Kelsen[63]. A partir da preponderância regional deste desenvolvimento dual, o volume editado por Kunz pretendia dar uma visão global do pensamento jurídico de vanguarda na região. Por tal razão, o livro é uma vitrine de autores latino-americanos para o nascente mercado norte-americano da Teoria Transnacional do Direito. Os autores escolhidos são o guatemalteco-espanhol Luis Recasens Siches; o argentino Carlos Cossio; o mexicano Eduardo García Maynes e o uruguaio Juan Llambías de Azevedo. Ainda que nestes autores a hegemonia de Kelsen era óbvia, também era certo que eles estavam transplantando para a região outros tipos de filosofia acadêmica contemporânea, a saber, a fenomenologia (Husserl)[64] e o existencialismo (Heidegger). Esta marcada influência tanto da filosofia como da jusfilosofia alemãs gera a ficção de um espaço transnacional no qual o comentarista local pode divagar livremente em companhia de seus colegas europeus:

> [p]osto que a filosofia do direito dos autores acima citados aceita, em distinto grau, as filosofias de Husserl, Scheler, Hartman, Dilthey, Heiddeger e Ortega y Gasset, *é pertinente considerar o status destas filosofias*.[65]

A voz dos influenciados deixa de falar por si mesma, e os influentes retomam a prioridade:

---

[62] "O *mesmo* movimento [a exemplo da Europa] contra o positivismo e a partir do neokantismo, teve lugar na ciência do direito da América Latina".
[63] "Pero la mayor influencia en la teoría latinoamericana del derecho la ejerce en la actualidad Hans Kelsen" (Ibidem. p. xxi).
[64] "La fenomenología juega un papel importante en la filosofía del derecho contemporánea en América Latina, y más aún como consecuencia del hecho de que las teorías de valores y la filosofía de la vida dominantes han sido desarrolladas fenomenológicamente" (Ibidem. p. xxiii).
[65] Ibidem. p. xxxv.

> É o movimento fenomenológico o que inspira a maior parte da jurisprudência latino-americana. *Por conseguinte, seria de ajuda descrever brevemente certas características destacadas da filosofia fenomenológica já que os escritos apresentados neste volume estão muito relacionados com ela.*[66]

A partir deste expediente, Kunz cria uma comunidade intelectual imaginada e a América Latina se move agora imaginariamente até o coração mesmo da discussão intelectual na Europa: entender a jurisprudência local coincide com a compreensão do neokantismo de Marburg ou a fenomenologia de Husserl. Forma-se assim uma tradição teórico-jurídica *euro-latino-americana*.

A introdução de Kunz, coerente com seus pressupostos, descreve com maior cuidado os influentes europeus antes que os influenciados americanos, não obstante o objetivo explícito do livro fosse difundir nos Estados Unidos o trabalho de ponta da filosofia do direito latino-americana. Assim, os quatro autores locais escolhidos são reduzidos a meras extensões dos mestres europeus:

> A filosofia da vida, especialmente nas ideias de Ortega y Gasset, é básica na filosofia do direito de Recasens (sic) Siches. O existencialismo de Heidegger e, especificamente, seu conceito de 'temporalidade', é um dos cimentos da 'teoria egológica do direito' de Cossio.[67]

Na sequência, o leitor se dá conta que os argumentos de García Maynez são "*exatamente* o raciocínio de Verdross, e, como Verdross, García Maynez é inevitavelmente levado por ele ao direito natural"[68]. No caso de Llambías de Azevedo, "o autor é um seguidor próximo de Scheler e Hartmann", mas "*ele não leva a cabo uma verdadeira investigação* fenomenológica no sentido de Husserl". A influência europeia na jurisprudência local constitui sua nota central: "As ideias de Husserl, Scheler e Hartman são, nas palavras dos próprios autores, aceitas como os pressupostos básicos de seus ensaios"[69].

Como um segundo meio para gerar a comunidade que se necessita para formar a TTD, Kunz afirma que, quanto a seu propósito intelectual y político, "é como homens modernos da cultura cristã ocidental neste período histórico que os filósofos latino-americanos do direito aceitam estas filosofias"[70] europeias. Este "período histórico", segundo Kunz, é

> [...] uma época de imensa crise para a totalidade da civilização cristã ocidental. A historia da axiologia moderna [...] é, em certa forma, a história de uma cultura – a cultura europeia – lutando por sua vida.[71]

[66] Ibidem. p. xxii.
[67] Ibidem. p. xxv.
[68] Ibidem. p. xxxiv (ênfase nossa).
[69] Ibidem. p. xxxiii (ênfase nossa).
[70] Ibidem. p. xxxvi.
[71] Ibidem. p. xxxvi.

Esta crise da "cultura europeia", que sofrem também os latino-americanos, caracteriza-se pela transformação dos valores, pela destruição da fé no progresso e na ciência, pelas mudanças que a tecnologia produziu, pela ansiedade da burguesia ante as ideias políticas e econômicas que antes pareciam ser estáveis, por novas guerras de uma magnitude nunca antes imaginada, e, inclusive, pela permanente ameaça da bomba atômica. Todas estas circunstâncias afetam à comunidade de uma América Latina europeia, cristã e civilizada – mesmo em estado de crise –. Esta é uma forma de aceitar que o trabalho da jusfilosofia está enraizado nas circunstancias materiais da vida. Contudo, este enraizamento é, na verdade, estranho, inventado, imaginário, o produto de uma crescente comunidade de pensadores jusfilosóficos interessados em convergir em torno a uma TTD de alcance euro-latino-americano. A América Latina parece estar respondendo com as mesmas teorias e aos mesmos objetivos que vive o homem europeu depois da Segunda Guerra Mundial. O latino-americano e seu direito, segundo esta imagem, encontram-se também em crise logo da Segunda Guerra Mundial.

Outra característica importante desta continuidade imaginada de pensamento jusfilosófico entre Europa e América Latina tem que ver com o fato de que a jurisprudência se concebe como a atividade erudita de estudiosos filosóficos que reflexionam sobre o direito em condições de extrema abstração e afastamento da prática diária. Neste sentido, a filosofia do direito latino- americana contrasta notavelmente, por sua abstração e academicismo, com a produção análoga que se faz na TTD da época: pense-se, por exemplo, no típico *Freirechtler* alemão[72], ou no institucionalista francês, ambos dispostos a desenvolver uma *jurisprudência aplicada* com altos níveis de rendimento prático. A periodização jusfilosófica que Kunz faz para a América Latina pode ter sido verdadeira nas bibliotecas pessoais de certos jusfilosófos e professores de direito, mas carece de sentido nos circuitos efetivos que conformam o direito em sua prática diária. Na descrição de Kunz, uma jusfilosofia está constituída *exclusivamente* pela alta teoria de eruditos e não pelas ideias que penetraram na profissão legal – a que quisera denominar "*jurisprudência pop*". A alta teoria, tal como a praticam muitos jurisconsultos latino-americanos, é principalmente "teoria de teóricos", v.g., o exercício de envolver-se "em polêmicas teóricas que o pouco que conseguem é alimentar um metadiscurso perpétuo, autorreferencial e frequentemente vazio sobre conceitos tratados como totens intelectuais"[73]. Os teóricos do direito de

[72] Sobre isso, ver: FOULKES, Albert. On the German Free Law School (Freirechtsschule). *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. v. 55, n. 3, 1969, p. 367-417.

[73] Tomo a expressão "teoria de teórico" de Bourdieu e Wacquant – BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: Chicago University Press, 1991, p. 161.

"alta teoria" pensam seguidamente um modo de "discurso profético ou programático que se origina na dissecação ou amálgama de outras teorias com o único propósito de confrontar outras 'teorias de teóricos' puras"[74]. Esta direção para o predomínio da "alta teoria" na filosofia do direito é necessária para criar a comunidade internacional de pensamento que se estrutura em torno à TTD. Para a TTD, seria muito mais difícil formar um campo transnacional de filosofia jurídica se, em vez de teoria de teóricos, fossem examinadas com profundidade as convicções teórico-jurídicas efetivas dominantes numa comunidade jurídica realmente existente. Este é precisamente o vazio que busca encher uma teoria impura do direito para a América Latina.

Nesse sentido, se a verdadeira missão da filosofia do direito fosse a de explorar a "jurisprudência pop" de uma jurisdição, a TTD não se entenderia como uma atividade universal sobre a definição do direito. A jurisprudência pop[75], com sua transmutação de insumos aparentemente universais, exige,

[74] Ibidem. p. 161.

[75] A "ciência do direito (jurisprudência) pop" é minha própria maneira de recriar uma forma de ver a ciência do direito que tem uma arqueologia que não expliquei no texto. Brevemente, farei nesta nota de rodapé uma memória dos estratos da formação que ainda sou consciente: primeiro, o trabalho de Savigny foi pioneiro em seu esforço de definir uma teoria legal que não fosse uma mera continuação de posições filosóficas gerais. A reflexão de Savigny mostra que a teoria do direito pode ser importante e autônoma, já que existem objetos nela que por si mesmos merecem atenção. A ciência do direito pop, pois, participa do deslocamento da filosofia do direito até a teoria jurídica, deslocamento logrado do nascimento, na Alemanha, de uma *Methodenlehre* – ciência de métodos jurídicos (Ver: CASANOVAS, P.; MORESO, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, p. 8). Em segundo lugar, e de certa forma paralelo às preocupações de Savigny, François Gény insiste no fato de que a filosofia legal não deveria ser "filosofia profissional" e sim "filosofia progressiva do sentido comum [...] filosofia do direito no sentido de crítica filosófica da ciência do direito, seguindo o modelo de crítica em várias ciências naturais e sociais.", e, por conseguinte, levada a cabo "em termos próprios da mesma". A *philosophie du sens commun progressif"* nasce espontaneamente da reflexão atenta e é polida por si mesma por meio de uma contínua integração de elementos da experiência coletiva" (GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*: nouvelle contribuition à la critique de la mèthode juridique. Paris: Sirey, 1912. p. 73). Esta maneira de ver a filosofia do direito, como uma "filosofia de ação" (ibidem. p. xiv), está relacionada com a "filosofia experimental" de Dewey e, provavelmente, com a "sociologia reflexiva" de Bourdieu. Savigny e Gény são, contudo, exemplos bastante raros do pensamento jurídico europeu, no qual o pensamento abstrato segue sendo a prática corrente. Para eles o ponto de vista essencial é poder relacionar a teoria e a prática jurídicas: para Savigny o importante era poder estar em posse da "verdadeira experiência". Para possuir uma "experiência verdadeira é necessário ter um conhecimento claro e vívido do todo, [e assim] poder compreender efetivamente em sua totalidade o caso particular: somente o teórico fazer com que a prática seja frutífera e instrutiva" (SAVIGNY, F. C. von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1977, p. 142). Gény, por sua vez, rechaça a noção segundo a qual "a teoria não [tem] influencia no desenvolvimento verdadeiro da prática jurídica [...] a alternativa não é sacrificar a prática em prol da teoria. A pergunta é se a prática ilustrada não alcança suas metas com grande certeza e de forma mais completa que a prática cega [...] quando a pergunta se faz desta maneira, não pode haver dúvida a respeito da resposta" (GÉNY, Fr. Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribuition à la critique de la mèthode juridique. *op. cit.*, p. xiv). Na ciência do direito anglo-americana, por outro lado, a ideia "jurisprudência pop" está vagamente inspirada na insistência de Llewellyn de identificar o "estilo" de uma época mediante a leitura da literatura por ela produzida. Logo de Llewellyn, muitos outros teóricos do Direito insistem, implícita ou explicitamente, o desenvolver a teoria jurídica com o propósito não de construir a erudição do estudante, e sim o de oferecer uma análise pontual da cultura jurídica dominante. Ver: LLEWELLYN, Karl, *The Common Law Tradition*: Deciding Appeals. Boston: Little, Brown & Co., 1960, p. 6 ("Demonstraremos também que as decisões judiciais de hoje, em si mesmas, dão excelentes indicações de que tipo de sentido jurídico está funcionando"). Llewellyn também decide estudar "o estilo geral de um período geral sua promessa futura". (Ibidem. p. 34). O esforço

portanto, a reivindicação da teoria local ou particular do direito desde uma concepção perspectivista e difusionista. A alta teoria, por outra parte, aspira a uma transferência mais expedita de conhecimento através de canais transnacionais, pois, segundo seus pressupostos, a filosofia do direito é necessariamente universal ou general.

7 A MANEIRA DE CONCLUSÃO: A CÓPIA COMO ESPAÇO DE CRIATIVIDADE

Deixando por agora de lado o tópico bastante mais tradicional da "influencia" intelectual, quero apresentar outra maneira de conceitualizar o espaço aberto entre a produção e a recepção por meio da ideia, devida ao crítico literário Harold Bloom, de *leitura equivocada*, *leitura tergiversada* ou, melhor ainda, *transmutação*[76].

Ainda que Kunz pretenda apresentar a natureza mimética da jusfilosofia latino-americana como uma fortaleza em meio da divisão geopolítica entre blocos ideológicos, nos imaginários correntes é amplamente aceito que a jusfilosofia latino-americana é uma reprodução carente de brilho de suas contrapartes do norte. A repetição e mimetismo, contrário ao que opinam Kunz e outros pensadores ideologicamente motivados, é uma *desvantagem notável* na execução das tarefas científicas da jusfilosofia. Mais ainda: a jusfilosofia local carece totalmente de interesse devido a que, ademais de copiar, raramente se aventura a ir mais além de leituras parciais e tergiversadas de autores que são "melhor" compreendidos em ambientes hermenêuticos ricos. Os transplantes teóricos de outras partes, por conseguinte, substituem a produção de uma jusfilosofia local que faça as tarefas próprias da teoria. Adicionalmente, as importações ou transplantes jurisprudenciais são escassos, ao azar, episódicos e fragrnentários: a difícil empresa hermenêutica de entender o *corpus* jusfilosófico de uma tradição ou de um autor é substituída por una recepção a granel de livros e argumentos isolados, geralmente extraídos de seus contextos materiais e intratextuais. Estas porções de informação são lidas, ademais, sem o benefício de compartilhar com o autor as *pré-compreensões* que permitem a leitura standardizada de seus argumentos[77]. Os jusfilósofos que trabalham desde tradições acadêmicas *pouco prestigiosas* e periféricas usualmente não participam de maneira crível na empresa hermenêutica de entender e desenvolver os argumentos jusfilosóficos que circulam na TTD. Eles participam, se é que o fazem, na

de uma teoria impura do direito para a América Latina pode ser vista como uma reconstrução dos estilos e períodos dominantes dentro de uma ciência do direito local.

[76] Bloom utiliza, em inglês, os termos *misreading* e *misread* para se referir ao processo de mutação que executa o leitor forte a partir de uma obra original. Esta transformação, ainda sendo uma "má leitura", não é simplesmente uma falta de compreensão: é, de fato, a única possibilidade de originalidade.

[77] Ver: GADAMER, H. G. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1991.

transmissão e reprodução locais de novas doutrinas e ideias de pretensões mais universais. Neste modelo de dependência e subordinação teórica, os atores locais são despojados de agência na produção válida de saber teórico-jurídico. As jurisprudências locais parecem estar condenadas ao vaivém de modas intelectuais que não se relacionam completamente com as circunstâncias e os contextos político-jurídicos concretos que se supõe que têm o dever de teorizar e explicar.

As influências e as leituras tergiversadas conduzem aos conceitos, ainda mais pejorativos, de *cópia* e *plágio*.[78] Os conceitos que até aqui utilizei – influência, leitura equivocada, transmutação, imitação, cópia e plágio – definem, ainda que com matizes, o espaço vazio entre produção e recepção em jurisprudência. Marcadores geopolíticos e hierárquicos como centro e periferia, lugares de produção e lugares de recepção, jurisdições prestigiosas y não prestigiosas, tradições fortes e tradições também ajudam a definir preliminarmente o sentido em que ocorre o fluxo de ideias e teorias. A trajetória das ideias começa usualmente em lugares de produção no Ocidente – França, Alemanha, Estados Unidos –, prossegue por lugares intermediários de tradução e difusão na semiperiferia – México, Argentina, e agora talvez a Colômbia, são exemplos destes lugares intermediários na América Latina – para chegar, por último, a lugares de (aparentemente) passiva e total recepção.

Meu argumento não consiste em denunciar que a estrutura internacional do saber venha a despojar de agência às teorias locais produzidas na periferia. O argumento que proponho não conduz à emancipação intelectual pelo caminho sugerido pelos teóricos da dependência[79] ou a subalternidade[80]. Meu objetivo é mostrar como, sem necessidade de variar a estrutura universal de produção de conhecimento, os teóricos locais do direito podemos fazer muito para redimir as tarefas científicas da teoria jurídica nos países periféricos ou semiperiféricos. Para começar a mudar a visão segundo a qual a América Latina é dependente do centro em jusfilosofia, não se necessita iniciar por negar o óbvio: que o pensamento local se formou em processos miméticos, em cadeias translatícias frente ao jusfilosofar do Atlântico Norte; não se requer, portanto, tratar de mostrar um vibrante

[78] Os matizes de significado nestes conceitos podem ser vistos, por exemplo, entre Kelsen e seu emblemático seguidor latino-americano, o argentino Carlos Cossio. A relação ódio/amor entre pai e filho se desenvolveu sob o sutil tema de que tanto o pensamento de Cossio era criativo e de que tanto era simples plágio, como finalmente Kelsen chegou a pensar. O passo inaceitável de Cossio, segundo Kelsen, foi a publicação de um único volume intitulado "Kelsen-Cossio", um texto que reproduzia as conferências de Kelsen em Buenos Aires em 1949 e as opiniões de Cossio. Tal como o conta o biógrafo de Kelsen, Rudolf Metall, "[aquél] tuvo que tomar fuertes medidas para hacer que se retirara de circulación este libro no autorizado, además de verse involucrado *por* Cossio en una controversia que duró hasta 1953" (METALL, Rudolf. *Hans Kelsen, vida y obra*. México: Universidad Autónoma de México, 1976. p. 94). Nessa ordem de ideias, Metall rechaça a teoria de Cossio, a assim chamada "teoria egológica".

[79] Ver, a esse respeito, a obra do economista Celso Furtado (FURTADO, Celso. *Obras escogidas*. Bogotá: Plaza & Janés, 1982).

[80] Ver, a esse respeito, a obra de H. Bhabha (BHABHA, Homi K. *The Location of Culture*. London: Routledge, 1994).

mundo intelectual local, *criollo* ou pré-colombiano, para justificar uma originalidade independente da influência do centro; não faz falta reconstruir uma legalidade ancestral e de raiz que se oponha à legalidade ocidental. Esta via, *criolla* e pré-colombiana, foi tentada também por autores locais interessados na fundação antagônica de uma filosofia periférica própria[81].

As duas estratégias assim esboçadas me parecem insatisfatórias: a primeira, supor que a América Latina é tão somente uma extensão de ideias universais, conduz efetivamente, como o assinalam os teóricos da dependência, a uma posição intelectual alienada na qual a reflexão não cumpre o trabalho essencial de diagnosticar as realidades e necessidades locais para oferecer-lhes caminhos de debate e solução; a segunda, negar a dependência e reinventar, usualmente mediante a história do mais nativo ou próprio, o caráter completamente original do local. Não se trata, pois, nem de mera cópia nem de pura originalidade. O espaço entre produção e recepção de teorias é muito mais interessante que o que tendem a indicar os conceitos de influência, leitura equivocada, imitação, cópia e plágio. Na realidade, a teoria jurídica particular é em si mesma uma atividade de produção e não de mera recepção. Uma de suas principais limitações, a leitura dentro de ambientes hermenêuticos pobres, origina ao mesmo tempo uma de suas características mais fascinantes: a teoria jurídica latino-americana não simplesmente copia ou imita; em vez disso, muda e transforma – tergiversa ou transmuta no sentido muito especial de Bloom – tudo o que toca. Desta forma, *pode* ser que, ao final, as teorias meramente imitativas de países não prestigiosos em jusfilosofia terminem sendo tão ricas em sugestões e desenvolvimentos como as das tradições fortes e reconhecidas.

Estas considerações permitem anunciar agora o esquema argumentativo geral que segue uma teoria impura do direito para a América Latina: nos lugares de recepção de jusfilosofia ocorrem importantes transmutações ou tergiversação das ideias provenientes dos lugares de produção. Essas ideias, ainda que sejam transmutações ou tergiversações, não podem ser desestimadas, assim no mais, por tratarem-se de produtos miméticos ou translatícios. Não se trata de "erros" que requerem correção mediante o ajustamento à leitura standardizada que se faz em outros lugares. As transmutações terminam sendo, para bem ou para mal, o inventário de ideias jusfilosóficas disponíveis numa jurisdição. Nesse sentido, as leituras tergiversadas não podem ser substituídas por leituras normalizadas. As leituras tergiversadas impulsionam práticas jurídicas locais, e, portanto, estão imbricadas com a cultura local e produzem dinâmicas passadas e futuras – que já não se podem desfazer. Mas ainda há mais: não é simplesmente por fatalidade que devemos nos conformar com a

[81] Exemplos disto se dão especialmente em temas como o marxismo político e a etnoecologia, etc.

transmutação eidética que produz a recepção. Não se trata simplesmente de um erro teórico que as tergiversações locais tenham feito moeda corrente, como usualmente se denuncia da recepção *vulgar* da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Muito pelo contrário: a leitura tergiversada abre a possibilidade de variação, adaptação e verdadeira criação. O estudo cuidadoso destas transformações revela usos locais tão ou incluso mais interessantes que a história natural dessas mesmas ideias nos lugares de produção. Para somente mencionar alguns dos *efeitos transmutativos*, vale a pena ressaltar, por exemplo, como as teorias jurídicas consideradas aliadas ou próximas a TTD terminam convertendo-se nas insígnias de lutas e dissensos na jurisprudência local. Escritos e autores teórico-jurídicos mudam seu significado normalizado nos lugares de produção e assumem novas responsabilidades e direções nos lugares de recepção. Desta maneira, e só como um exemplo preliminar, as obras de Kelsen e de Hart, que desde a visão de uma TTD normalizada ocupam o espaço comum do positivismo jurídico, terminam sendo enfrentadas na jurisprudência local muito mais além das diferenças de detalhe já conhecidas pelos acadêmicos do norte do Atlântico. Nos usos que se fazem destas teorias na jurisprudência regional, Hart e Kelsen são totens teóricos de um sério conflito jurídico que vai mais além das diferenças internas de matizes facilmente aceitáveis dentro do campo positivista: de fato, nos lugares de recepção, Kelsen e Hart podem ser alocados em campos opostos da teoria jurídica. Para agregar à surpresa, também é importante mostrar como Hart e Dworkin, cujas teorias jurídicas são frequentemente descritas como um "debate", na América Latina terminam sendo aliados no processo de crítica e transformação da teoria local do direito no último quarto de século XX. Estes *efeitos transmutativos*, parece-me, chamam à surpresa e não ao desdém. A *resposta adequada* frente a estes fenômenos deve apontar para o estudo sistemático de como se produzem transmutações teóricas e como estas dão forma a culturas jurídicas reais; a *resposta inadequada* é o desprezo pelo erro e o mimetismo de tradições teórico-jurídicas pobres, a correção imediata mediante a adoção de leituras standardizadas e a reconstituição fictícia de uma TTD que, finalmente, *não pode* explicar o inventário efetivo de ideias que constituem a cultural jurídica local.

Não obstante, quero esclarecer um ponto da maior importância: não estou interessado, de per se, em leituras tergiversadas ou transmutações de autores do norte do Atlântico. Não me interessam, de per se, as transmutações do pensamento kelseniano: interessa-me como a transmutação do pensamento kelseniano é importante para entender o conceito local que do direito se forjou a teoria jurídica do lugar onde eu pratico e ensino direito. O detectar e a descrição da forma como a transmutação gerou cultura jurídica local é uma maneira privilegiada, primeiro, de cumprir com os fins científicos aos que qualquer teoria está chamada, e segundo, de gerar um sentido de tradição, relevância e autoestima

que a teorização periférica foi incapaz de obter, sufocada, no externo, por certa marginalidade incompetente que resulta de uma inegável ansiedade de absorver a TTD como forma definitiva da teoria jurídica, e no interno, pelo totalitarismo da concepção profissionalizante do direito ainda dominante entre professores e estudantes da região.

Qual é a possível utilidade desta estratégia que consiste em estudar as transmutações teóricas? Temos, como parece ser a opinião majoritária, que endereçar e corrigir as leituras equivocadas que se produzem nos lugares de recepção? Penso que não. Penso, pelo contrário, que ao menos por duas razões temos que explorar sistematicamente essas leituras equivocadas. Em primeiro lugar, esta história de leituras equivocadas constitui *a jurisprudência relevante e efetiva dos sistemas jurídicos locais*. Existem sistemas jurídicos reais na América Latina, sem dúvida, e estes sistemas *têm* práticas que são, em algum nível, mediadas ou articuladas por proposições abstratas (de natureza teórica) sobre o que é em geral o direito. Sustento que este sistema de proposições teóricas que transpassam as práticas locais não forma sem mais um contínuo com a TTD, ainda que, por outro lado, não se trata de uma tradição indígena independente daquela. As jurisprudências realmente dominantes na América Latina, com efeito, absorveram muitos dos elementos centrais da TTD, mas no sentido criativo que tratei de estipular, estes transplantes teóricos foram transmutados em formas muito complexas.

A descrição e a análise dos processos de transmutação constituem um passo inevitável na autoapropriação consciente das teorias jurídicas locais, usualmente invisibilizadas pela ficção de uma continuidade acrítica com a TTD. Penso, em segundo lugar, que as leituras tergiversadas são importantes, já não só para a refundação de teorias locais com altos níveis de autoestima e relevância, mas inclusive também para a animação e dinamização da discussão na TTD. Apreciando-se o valor das tergiversações e transmutações teóricas, os países teoricamente periféricos poderiam terminar aportando à TTD novos pontos de vista sobre a riqueza e possibilidades de em autor, uma ideia ou em argumento. Nesse sentido, as jurisprudências locais teriam muito que aportar a um caleidoscópio universal de transmutações em teoria jurídica, em vez de assumir que certas leituras standard centrais têm direito à hegemonia universal. François Gény, para só colocar um exemplo, foi tão utilizado na reconstrução do direito egípcio como na do direito latino-americano no primeiro terço do séc. XX. No Oriente, seu texto serviu para compaginar o direito islâmico tradicional com o direito civil moderno construído a partir de um "sentido comum progressivo"[82]; vale dizer, de outro lado, que sua centralidade em terras americanas obedeceu a razões completamente diferentes. Pode-se inclusive ir

[82] Ver, a esse respeito, Amr Shalakany (SHALAKANY, Amr. *The Analytics of the Social in Private Law Theory*: A Comparative Study. S. J. D. Dissertation, Harvard Law School, 2000).

mais longe e afirmar que aquelas teorias, argumentos e autores que foram elevados ao espaço de uma TTD objetiva e universalmente válida são, por sua vez, simplesmente o produto de jurisprudências também locais; claro está, de umas jurisprudências altamente prestigiosas que de alguma maneira foram sendo elaboradas para converter-se em mercadorias transnacionais.

Em resumo: uma teoria impura do direito para a América Latina tratará de sustentar a tese geral segundo a qual é necessário, tanto em escala local como translocal, revelar os processos de transmutação teórico-jurídica que se produzem entre os lugares de produção e de recepção. Estes tipos de estudos são necessários localmente, primeiro, porque sem uma análise das transmutações, não é possível reconstruir uma teoria cultural do direito na América Latina que cumpra para com os objetivos científicos de qualquer discurso teórico. E este enfoque é necessário translocalmente, ademais, porque se trata de mostrar como para o caso da América Latina as leituras transmutativas, apesar de sua natureza heterodoxa e substandard, podem ser tão fascinantes e enriquecedoras como a experiência de empreender leituras ortodoxas e standards de autores jusfilosóficos. Desde este ponto de vista, poderíamos tentar fazer mapas globais do impacto e importância das novas teorias da argumentação/interpretação jurídica e seus "autores-emblema", pois na experiência constitucional contemporânea de países tão diversos como África do Sul, Hungria, Coreia do Sul, Egito ou Colômbia aqueles se globalizaram. As leituras tergiversadas criam a mesma experiência de satisfação e êxito que se sente quando alguém *entende* uma argumentação teórica num sentido mais estrito e tradicional. Paradoxalmente, uma vez mais, este tipo de leituras poderiam terminar enriquecendo de uma maneira muito mais dinâmica aqueles estudos de autor que empreende a TTD – dando-lhe quiçá mais diversidade às ainda florescentes empresas de exegese kelseniana, hartiana ou dworkiniana – nos que os eruditos periféricos muito poucas vezes têm êxito profissional.

REFERÊNCIAS

AA.VV. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999.

_____. *Observatorio de Justicia Constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998.

ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Boston: Belknap-Harvard, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APONTE, Alejandro. La tutela contra sentencias: el juez como garante de los derechos humanos fundamentales. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1999.

_____. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

_____. El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 5, 1994.

_____. Jurisdicción e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*. v. 4, 1993.

ATIENZA, Manuel. *La filosofia del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ATRIA, Fernando. Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*. v. 18, issue 5, 1999.

AUSTIN, J. L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1981.

BABB, Hugh. *Soviet Legal Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

BHABHA, Homi K. *The Location of Culture*. London: Routledge, 1994.

BLOOM, Harold. *A Map of Misreading*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

BONILLA, Daniel. Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano. In: ALEGRE, Marcelo; ATRIA, Fernando et al. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)-Universidad de Palermo**,** 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. London: Polity Press, 1990.

_____; WACQUANT, Loïc. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: Chicago University Press, 1991.

BRODERICK, Albert (ed.). *The French Institutionalists*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASANOVAS, P.; MORESO, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.

CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

_____. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992.

_____. Los derechos y la interpretación de la Constitución. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes*. set 1993.

CHINCHILLA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999.

COLLINS, R. *The Sociology of Philosophies.* A Global Theory of Intellectual Change. Boston: Belknao-Harvard, 2000.

COULSON, Noel J. *Historia del derecho islámico*. Barcelona: Bellaterra, 2000.

DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism and human rights*: implications for international relations. London/New York: I. B. Tauris, 1998.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

DUEÑAS, Óscar. *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000.

_____. *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Librería del Profesional, 2000.

DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. In: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

ELKIN, Stephen L. The Constitutional Theory of the Commercial Republic. *Fordham L. Rev.* n. 69, 2001.

EPP, Charles. *The Rights revolution*: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago: Chicago University Press, 1997.

ESCOBAR, Arturo. *La invención del Tercer Mundo*: construcción y desconstrucción del desarrollo. Bogotá: Norma, 1998.

FAY, Brian. *Contemporary Philosophy of Social Science*: A Multicultural Approach. London: Black-well, 1999.

FELDMAN, Stephen M. The New Metaphysics: The Interpretative Turn in Jurisprudence. *Iowa L. Rev.* n. 76, 1991.

FERNÁNDEZ RETAMAR, Roberto. *Todo Calibán*. Bogotá: ILSA, 2005.

FOULKES, Albert. On the German Free Law School (Freirechtsschule). *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. v. 55, n. 3, 1969.

FURTADO, Celso. *Obras escogidas*. Bogotá: Plaza & Janés, 1982.

GADAMER, H. G. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1991.

GARCÍA, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

_____. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

_____; RODRÍGUEZ, César. La acción de tutela. In: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*: nouvelle contribuition à la critique de la mèthode juridique. Paris: Sirey, 1912.

GOLDING, Martin. Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century America: Major Themes and Developments. *J. Legal Educ.* n. 36, p. 441, 1986.

HART, Herbert L. A. American Jurisprudence thought English Eyes: The Noble Dream and the Nightmare. In: HART. *Essays on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial-Pons, 2001.

JARAMILLO, Isabel Cristina. El hogar, ¿espacio privado o público? A propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de violencia contra las mujeres por parte de sus esposos o compañeros permanentes. *Derecho constitucional: perspectivas críticas*. Bogotá: UniAndes/Tercer Mundo, 2000.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KENNEDY, David. Il Kelsen delle "Oliver Wendell Holmes Lectures": un pragmatista del diritto internazionale pubblico. *Diritto e Cultura*. a. IV, n. 2, Roma, 1994.

KUNZ, Joseph (ed.). *Latin American Legal Philosophy*. vol. III. Cambridge: Harvard University Press, 1948.

LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart*: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LINDAHL, Hans. Authorithy and Representation. *Law and Philosophy*. v. 19, issue 2, 2000.

LLEWELLYN, Karl, *The Common Law Tradition*: Deciding Appeals. Boston: Little, Brown & Co., 1960.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2001.

MAYDA, Jaro. *François Geny and Modern Jurisprudence*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 1978.

METALL, Rudolf. *Hans Kelsen, vida y obra*. México: Universidad Autónoma de México, 1976.

MILLER, Jonathan. The Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *Am. U. L. Rev.* n. 46, 1997.

MORELLI, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

NIETO ARTETA, Luis E. *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*. Medellín: Universidad Bolivariana, 1941.

NINO, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

_____. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

_____. Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America. *U. Miami L Rev.* n. 44, p. 129, 1989.

NORRIS, Christopher. Sociology of Knowledge. *Cultural and Critical Theory*. Oxford: Blackwell, 1996.

OROZCO, Iván; GÓMEZ, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1997.

OSUNA, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

OSUNA, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

PATTERSON, Dennis. Poverty of Interpretative Universalism: Toward Reconstruction of Legal Theory. *Texas Law Review*. n. 72, 1, 2-3, 1993.

PERELMAN, C.; OBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación*: la nueva retórica. Madrid: Gredos, 1989.

PETRAZICKY, Léon. *Law and Morality*. Cambridge: Harvard University Press, 1955.

RECASENS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1956.

RHEINSTEIN, Max (ed.). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1954.

RODRÍGUEZ, César. Estudio preliminar. In: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1997.

_____. *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Diké, 1998.

ROSENFELD, Michel. Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example. *Cardizo L. Rev.* n. 19, 1998.

SÁCHICA, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 1998.

SAVIGNY, F. C. von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

SCHOCH, Magdalena (ed.). *The Jurisprudence of Interests*. Cambridge: Harvard University Press, 1948.

SHALAKANY, Amr. *The Analytics of the Social in Private Law Theory*: A Comparative Study. S. J. D. Dissertation, Harvard Law School, 2000.

SHANNON, Thomas. *An Introduction to World-System Perspectives*. London: Westview, 1996.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

STICK, John. Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in Law's Empire. *UCLA L. Rev.* n. 34, 1986.

SUK, Jeannie. Note: Originality. *Harvard Law Review*. n. 115, 2002.

TAYLOR, Celia R. Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks. *Am. J. Comp. L.* n. 45, 1997.

UPRIMNY, Rodrigo. El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2001.

UPRIMNY, Rodrigo; VILLEGAS, Mauricio. *The Constitucional Court and Social Emancipation in Colombia*. mimeo.

VALENCIA VILLA, Hernando. *La constitución de la quimera*: Rousseau y la república jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar. Bogotá: Caja de Herramientas, 1992.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.

WEST, Robin. Are There Nothing But Texts in this Class? Interpreting the Interpretative Turns in Legal Thought. *Chi-Kent. L. Rev.* n. 76, 2000.

WILK, Kurt (ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbrunch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

Submissão: 30/07/2016
Aceito para Publicação: 30/07/2016