

HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA E CRÍTICA LATINO AMERICANA: REPENSANDO UM NOVO MARCO TEÓRICO

(Critical Juridical Hermeneutics and Latin-American critic: elements for a new theoretic mark)

Ivone Fernandes Morcilo Lixa¹

*“Lhe vou confessar miúdo. Eu sei que é verdade:
não somos nós que estamos a andar. É a estrada”*

(Mia Couto. “Terra Sonâmbula”)

Resumo.

Hermenêutica relacionada a um saber específico acerca da “compreensão do sentido” e sua relação com a interpretação, no contexto europeu moderno, adquire nova significação, reinventando-se como Teoria Geral de Interpretação sob o marco do paradigma tradicional de ciência. No Direito, indo na mesma direção do modelo de racionalidade dominante, é absorvida a concepção instrumental de conhecimento. Em fins do século XX, os claros sinais de esgotamento do modelo paradigmático de ciência moderna e de projeto civilizatório, vão sendo construídos novos e difusos discursos que apontam para a emergência de modelos que se autodenominam como “críticos”. É neste contexto que o saber subjugado e subalterno, o colonial e colonizado, ganha relevância. Poscolonialismo, mais que uma teoria acabada é uma atitude intelectual de reconhecimento de que a compreensão do Direito é um processo múltiplo e plural que implica em nova perspectiva hermenêutica.

Palavras Chave: Hermenêutica Jurídica; Crítica; Hermenêutica Jurídica Crítica; Poscolonialismo.

ABSTRACT

Hermeneutics related to a specific knowledge about the “comprehension of the meaning” and its relation with the interpretation, however being a constant intellectual unrest though the history of occidental thinking, in the modern European context, gets a

¹Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla - UFSC). Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB).

new meaning, recreating itself a General Theory of Interpretation over the mark of the modern paradigm of traditional science. On Law field, going on the same direction of the model of dominant rationality, is absorbed the instrumental conception of knowledge. In the science and the civilizing project, are being constructed new and diffuse discuss that point to the emergence of new models that describe themselves as “critical”. It is on this context that the subdued and subaltern, the colonial and colonized, gets relevance. Post colonial, more than an ended theory is an intellectual attitude of recognition that the comprehension of the Justice is a multiple and plural process, which implies on a new hermeneutic perspective.

Keywords: Juridical Hermeneutics; Criticism; Critical Juridical Hermeneutics; Post colonialism

I.Hermenêutica Jurídica no marco da tradição: limites e impossibilidades.

O problema da compreensão do sentido e sua relação com a interpretação, ou seja, as questões que envolvem a ação transformativa e comunicativa (o ato de explicar e traduzir, o de mediar a compreensão) – oposto da mera contemplação – bem como os pressupostos e fundamentos de sua universalidade, ao longo da história do pensamento ocidental foi sendo definindo como “Hermenêutica”. Entretanto, somente no contexto europeu dos séculos XVIII e XIX chega a sua dimensão mais autêntica quando, então, abandona seu caráter meramente auxiliar (um conjunto de regras e artifícios de explicação de textos) e desloca sua preocupação para duas dimensões da compreensão humana: o fato de compreender um texto ou discurso e ao fenômeno da compreensão em seu sentido existencial.

Embora a reflexão acerca da “interpretação” enquanto “arte” remonte a um passado muito longínquo, o termo “hermenêutica”, desde seu resgate no século XVII, passou a ter uma intenção de natureza técnica normativa, restringindo-se, até meados do século XX, à tarefa de fornecer procedimentos metodológicos adequados aos distintos campos do conhecimento relacionados a interpretação de textos ou discursos de forma a eliminar possíveis controvérsias.

Resumidamente, é possível construir a história do pensamento hermenêutico que se desenvolve desde a Antiguidade como *ars interpretandi*, até quando, por força do movimento luterano, ocorre uma sistematização do que eram até então regras

esparças de interpretação, tornando-se com Friedrich Schleiermacher (1768-1834) uma doutrina universal posteriormente ampliada por Wilhelm Dilthey (1833-1911) como metodologia das “ciências do espírito” (*der Geisteswissenschaften*). No século XX Martin Heidegger (1889-1976) ancora a questão hermenêutica no terreno fundamental da facticidade humana que se amplia na linguagem e experiência histórica com Hans-Georg Gadamer (1900-2002). É desta hermenêutica, reinventada e ampliada para a universalidade do fenômeno compreensivo, que resultaram elaborações teóricas críticas (da ideologia, da teologia, da literatura, da epistemologia e da filosofia) e assim afasta-se definitivamente daquela “protohermenêutica originária” de caráter estritamente prático.

A incorporação dos fundamentos hermenêuticos no campo jurídico e suas particularidades se estabelecem e adquirem autonomia no contexto da modernidade, quando, uma soma de transformações sociais e epistemológicas dá lugar a um novo paradigma de ciência e de método jurídico. O modelo de ciência que vai presidir o direito moderno (racional e universal) aliado a consolidação das novas formas políticas resultantes da consolidação do Estado provocam uma renovação no método hermenêutico na esfera jurídica.

De um lado, o auge da filologia obriga um maior cuidado com o significado das palavras expressas nos textos e de outro, o desenvolvimento de uma nova lógica jurídica que acredita ser possível descobrir o sentido objetivo da letra da lei no “sistema” normativo positivado conferem ao jurista os elementos para justificar e racionalizar sua tarefa: a de reconhecer e declarar o sentido objetivo da lei.

No entender de Manuel Calvo García podem ser destacadas três consequências com o processo de estatização da lei: a) o direito deixa de ser aquele elemento neutro que se organizava a partir de uma necessidade interior, oculta, derivada de sua condição como *verbum Dei* ou de uma “razão” transformada em direito; b) se rompe com uma sociedade “juscêntrica” que fazia do descobrimento da lei pressuposto da organização do poder e se configurava aos juristas como estamento privilegiado na organização política da sociedade medieval que estaria à mercê de sua intervenção tanto no descobrimento como na aplicação da lei; c) começam a serem definidos os pressupostos do positivismo jurídico. *La ley, producto de um poder terreno, se recalifica como objeto y hace posible la perspectiva de la ciencia en el âmbito jurídico al desviar, en parte, las energias dogmáticas que consumia el esfuerzo de los doctores*

en la creación del derecho. E, portanto, o “direito criado” enfrenta os pressupostos de uma autoridade legisladora sedimentada nas manifestações dos doutos juristas².

Dessa maneira, na medida em que a autoridade quase mágica dos juristas vai perdendo terreno frente às novas formas de exercício de poder do Estado, o direito deixa de ser um “direito de especialistas” no sentido estrito. Portanto, a legitimidade hermenêutica da glosa e do comentário sofria uma dupla perda: a da origem do texto legal e da negação da obscuridade de seu significado. Até então, a autoridade quase divina de um texto legal e a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação de um sentido objetivo da lei. Era necessário fundar uma nova legitimidade ao “velho” direito. Progressivamente o poder político é secularizado e se positiva o “velho” direito e as novas estruturas de poder culmina com um complexo processo de sistematização do direito que o coloca como objeto científico, como algo autônomo, frente ao intérprete.

Definitivamente, como destaca F. Wiecker, a ciência jurídica deixa de ser uma dogmática autoritária para tornar-se uma dogmática racionalista³. O mesmo racionalismo que possibilita descobrir os princípios básicos de uma legislação perfeita permite supor que o intérprete possa atingir hermeneuticamente a essa mesma legislação através de procedimentos lógicos formais. Assim, firma-se a crença de que eliminados os obstáculos lógicos “o sentido” da lei será imediatamente a solução do caso concreto, uma vez que a “verdade” também tornar-se um valor puramente lógico. Salta aos olhos os postulados racionalistas de coerência e plenitude, bem como a noção de sistema, assumidos pela metodologia jurídica.

Desta maneira, as novas concepções racionalistas consolidam os postulados de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e resolver qualquer hipoteticamente reduzido a um número de axiomas abstratos. É essa exatamente a tradição do método jurídico, que segue até os dias de hoje, identificando sua consolidação científica com as teorias positivistas do século XIX.

Na leitura de Lenio L. Streck o *modus* interpretativo vigente/dominante no cotidiano dos juristas atualmente ainda sustenta-se em concepções herdadas na tradição positivista e a busca de sua superação, que em um primeiro momento – chamada pelo

² GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tcnos, 1994, p. 38

³ WIEACKER, F. *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. F. Fernández Jordán. Madrid: Aguilar, 1ª Ed.1957, p. 287.

autor de positivismo primevo resolve o problema da interpretação do direito sob uma perspectiva sintática.

Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas⁴.

No segundo momento, entende Streck, define-se o positivismo normativista, surgindo propostas que aperfeiçoam o “rigor” lógico do cientificismo positivista. Ocorre uma modificação significativa nas primeiras décadas do século XX, quando o poder regulatório do Estado e a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação trazem para o primeiro plano o problema da indeterminação do sentido do Direito, que encontra em Hans Kelsen uma forma de solução dos “desvios” subjetivistas criados pelas correntes hermenêuticas filiadas as Escolas do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses⁵.

Desde então, superado o positivismo jurídico exegetico e firmado o normativista, criaram-se teses e fundamentos hermenêuticos que entre discussões e aporias (tipo: *voluntas legis versus voluntas legislatoris* ou *objetivismos versus subjetivismos*) acabam por situar a questão hermenêutica no campo metodológico, que mais servem como justificativa (*álibis teóricos*) de legitimação para os resultados que o intérprete se propõe a alcançar ou/e garantir.

É esta tradição hermenêutica que acabou confinando a tarefa hermenêutica no campo epistemológico, especialmente metodológico formal, adquirindo status de instância racional do texto legal de forma a possibilitar a superação das aparentes contradições da ordem dogmática, “adequando” o significado da norma ao contexto de sua aplicação. As teorias hermenêuticas de matriz formal legalista, não dando conta, ou considerando alheio a sua tarefa, elaborar um saber jurídico-normativo adequado a uma justa compreensão do problema concreto, dirigem todo esforço no sentido de elaborar

⁴ STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 120.

⁵ Idem, p. 120-121.

“corretos” critérios, cânones ou procedimentos capazes de produzir uma “boa” interpretação no sentido mais exegético possível. Esta é a hermenêutica jurídica definida por Castanheira Neves como *pura idealidade prescritivo-proposicional manifestada e subsistente numa intencionalidade lingüístico-sistematicamente significativa perante um mundo a relevar só no modo como esta significativa idealidade o pensa*;⁶ ou seja, tarefa compreensiva da norma-prescrição fechada em significação e idealidade.

É exatamente sobre esta tradição racionalista formal legalista que se instaura um discurso crítico de forma difusa e não uniforme a partir da segunda metade do século XX, quando, desde então, a hermenêutica jurídica vem assumindo um inédito protagonismo. Particularmente no Brasil o desmonte institucional Estado após a ditadura militar tornou clara a impossibilidade de sustentação do tradicional discurso jurídico. O direito moderno, nas palavras de Pierre Legendre, idealizado para propagar o desejo de submissão através da grande obra do poder que é fazer-se amar⁷, apenas pôde realizar este prodígio porque pressupôs uma ciência particular, um saber que *constitui a armação desse amor e camufla com seu texto a prestigitação de uma pura e simples imposição de adestramento*.⁸ Em nome da ordem e segurança a história do direito em geral e do pensamento hermenêutico jurídico em especial perpetuou-se uma forma de poder que manteve ao limite do suportável um regime de crenças esfaceladas frente a brutal realidade. Um universo que não encontra defensor que poderia definir-se como feliz, mas tão somente como culpado⁹.

II. Crítica, Teoria Crítica do Direito e Hermenêutica: inevitável aproximação.

É sobre esta culpa assumida com desejo de reinvenção que no Brasil é construída uma corrente crítica no direito mais acentuadamente desde meados da década de 80 quando a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais *que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes* não

⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra Editora, 1993, p. 129.

⁷ LEGENDRE, Pierre. *O amor ao censor – ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad. Colégio Freudiano Brasileiro., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 7

⁸ LEGENDRE, Pierre. op.cit., p. 7

⁹ refiro-me especificamente ao estudo de Pierre Legendre acerca do conceito de *felicidade de Estado* operado modernamente pela ciência do direito que mostra-se como a ciência dos *bons sujeitos*.

conseguiam mais *responder inteiramente às inquietações e às necessidades* daquele momento,¹⁰ produzindo, o que se passou a designar como “crise do direito”. A “crise”, produto da descrença e insegurança jurídica, é definida por Antonio Carlos Wolkmer como *a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes*.¹¹ Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciado pensadores do direito europeus, através das *idéias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder*.¹² Na Europa as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra que projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do positivismo. Antonio Carlos Wolkmer retomando a trajetória do pensamento jurídico crítico europeu lembra que a crítica jurídica consolidou-se inicialmente na França por volta dos anos 70 culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal.¹³

Na América Latina os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80 com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Este movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de direito que acabaram por serem pioneiros de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista e revelando o caráter dominador e centralizador do direito hegemônico.¹⁴

¹⁰WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25

¹¹WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.31

¹²WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.40

¹³WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.40

¹⁴ São inúmeros os pensadores do direito relacionados ao pensamento jurídico crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por Antonio Carlos Wolkmer na obra *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, já citada, lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao direito moderno, buscando tomar o direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas a possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente *submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante*.¹⁵ Mostrava-se assim um horizonte inovador, mas que trazia em si, a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos.

Foi exatamente neste contexto que a hermenêutica ganha um novo *status* na discussão jurídica. Entretanto, esta não é uma novidade. Historicamente nos momentos agudos de transição a questão hermenêutica ganha relevância uma vez que mais do que nunca é necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática, qual seja, descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora fez com que fosse instaurada uma discussão que até este início do século XXI permanece em aberto.

O pensamento crítico permitiu ao jurista brasileiro perceber que o *Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa*.¹⁶ A pressa no campo hermenêutico começa a ser a de avançar no sentido de edificar instrumentos e instrumentadores que deem conta de des-pensar re-pensando o paradigma jurídico dominante, construindo *uma nova cultura da alteridade e da pluralidade, através de certas categorias críticas emergentes na perspectiva latino-americana, seja como forma de destruição, seja como instrumento pedagógico de libertação*,¹⁷ resignificando socialmente a moderna epistemologia das ausências. Ausências que chegam a tornar concretamente invisíveis os atores sociais que nos fala Fernando Braga da Costa¹⁸.

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 18

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: Revista Interesse Público, nº 11, Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, p. 45

¹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *A função da crítica no redimensionamento da filosofia jurídica atual*. In: Revista Crítica Jurídica, no. 22, Curitiba: Unibrasil, 2003; p. 176.

¹⁸ COSTA, Fernando Braga da. *Homens invisíveis: retratos de uma humilhação social*. São Paulo: Ed. Globo, 2004.

Neste contexto de transição do pensamento jurídico, um dos desafios é refletir acerca do “espaço” a ser ocupado pela hermenêutica no direito. Constatada a insuficiência do que tradicionalmente lhe foi reservado, o espaço de um saber dogmático acerca do sentido imanente da norma posta, é necessário discutir, para além do método, se haveria um espaço para a reflexão hermenêutica quando se tem em vista a edificação de uma racionalidade emancipatória no sentido de construir um conhecimento prático-normativo adequado para uma compreensão justa de um problema social concreto. Trata-se, portanto, de descobrir a possibilidade de uma hermenêutica jurídica que recuse uma índole exclusivamente a favor da interpretação normativa asséptica.

Emprestando metaforicamente o sentido de espaço definido por Milton Santos¹⁹ como *um conjunto de fixos e fluxos*, considerando, elementos fixos os que permitem ações dinâmicas capazes de modificar o meio e os fluxos ou renovadores os que recriam as condições sociais, a hermenêutica jurídica descobre-se como espaço privilegiado de compreensão normativo prático sobre o direito que pode ser emancipatório. Neste sentido, o espaço hermenêutico tradicionalmente vinculado a preocupação epistemológica de elaboração de métodos objetivos de interpretação transcende e redescobre a subjetividade. Descobre desafios que deverão ser respondidos pela própria reflexão hermenêutica numa perspectiva crítica de direito. A hermenêutica mais além do método e da certeza: para a ação política transformadora.

III.O Pós-colonial: contexto e pretexto.

Embora se tratando de um discurso crítico sobre a modernidade, elaborado a partir do próprio esgotamento da modernidade, é necessário que se chame atenção acerca de um aspecto central no pensamento crítico: a pós-colonialidade. A crise da modernidade e seus infinitos “pós”, auto concebida desde o Norte carrega em si a mesma concepção unilateral de mundo e de história que nega e oculta a colonialidade. Reproduz a ideia monotópica e universal da modernidade para a qual a diferença pós-colonial é considerada passiva. O colonial permanece bárbaro, pagão, subdesenvolvido e incapaz que deve ser tutelado. Desconsidera que as condições históricas não são

¹⁹ SANTOS, Milton. *A natureza do espaço - técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: HUCITEC, 1996, p. 50

apenas locais. Desde o século XV com a expansão do sistema-mundo há um “outro lado” liminar que paralelamente constrói o imaginário social.

Indo nesta direção, pode-se perceber que a “crise” manifestada também nas teorias herdadas pela tradição moderna na Europa é simultaneamente pensada e vivenciada também em suas margens/fronteiras. Há nesta “crise” um duplo movimento: um movimento “local” no “interior” do sistema moderno que idealizou e tratou de colocar-se como centro do projeto da modernidade e um movimento em suas fronteiras que os reinventa.

Reconhecer o pensamento pós-colonial forçosamente se retorna aos anos se seguiram a década de 70 do século XX, quando, a perda na tradicional referência de centro geocultural e político, fez com que fosse difícil localizar os centros dos “projetos globais”. E é neste contexto que os saberes subalternos ou/e subjugados, as “outras formas” de pensar a modernidade, tornam-se insurgentes e visíveis. Saberes subjugados é um conceito “emprestado” de Michel Foucault, como lembra Walter Mignolo,²⁰ que introduziu a expressão “insurreição de saberes subjugados” para referir-se e descrever a transformação epistemológica por ele percebida e que carrega duplo significado. Diz Foucault: *Para mim é duplo o significado de saberes subjugados. Por um lado, refiro-me aos conteúdos históricos soterrados e disfarçados numa sistematização funcionalista ou formal.*²¹ Portanto, como um saber ocultado, absorvido e anulado pelo saber dominante e disciplinador que, segundo Foucault ainda tinha um segundo significado:

Creio que se deveria compreender saberes subjugados como outra coisa, algo que de certa forma é totalmente diferente, isto é, todo um sistema de conhecimento que foi desqualificado como inadequado para suas tarefas ou insuficientemente elaborados: saberes nativos, situados bem abaixo na hierarquia, abaixo do nível exigido de cognição de cientificidade. Também creio que é através da reemergência desses valores rebaixados, (tais como os saberes desqualificados do paciente psiquiátrico, do doente, do feiticeiro – embora paralelos e marginais em relação à medicina – ou do delinquente etc) que envolvem o que eu agora chamaria de saber popular (lê savoir des gens) embora estejam longe de ser o conhecimento geral do bom senso, mas, pelo

²⁰MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p44

²¹ Citado por MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. op.cit., p 44 .

*contrário, um saber particular, local, regional, saber diferencial incapaz de unanimidade e que deve suas forças apenas à espereza com a qual é combatido por tudo à sua volta – que é através do reaparecimento desse saber, ou desses saberes locais populares, esses saberes desqualificados, que a crítica realiza sua função.*²²

Walter Mignolo trazendo a concepção de “saberes subjugados” até o limite da diferença colonial quando se tornam subalternos da colonialidade do poder, concebe-os como liminares, como *saberes subjugados em pé de igualdade com o ocidentalismo como o imaginário dominante do sistema mundial colonial/moderno: o ocidentalismo é a face visível do edifício do mundo moderno, ao passo que os saberes subalternos são seu lado sombrio, o lado colonial da modernidade.*²³ O saber liminar é o que também Darcy Ribeiro na década de 60 definia como o subalterno. Aquele que é característico do povo colonizado brasileiro que privado de riqueza e do fruto de seu trabalho, degradados e humilhados assumem como sua a imagem que *era um simples reflexo da cosmovisão européia, que considerava os povos coloniais racialmente inferiores*²⁴, mesmo as elites que serviam os interesses centrais viam-se como destinados a subalternos políticos e intelectuais por ser naturalmente sua posição inferior à européia.

Portanto, a geopolítica do conhecimento moderna é também questionada e reinventada a partir da periferia e num enorme esforço de desconstrução e de busca de alternativas à “crise da modernidade”, vai-se edificando um movimento-pensamento descolonial. Uma experiência até então invisibilizada intelectualmente, mas, presente nos movimentos populares²⁵, ganhando status acadêmico na década de 80, a partir do diálogo com os movimentos sociais e seus saberes. Embora nascido fora da academia, o pensamento pós-colonial entra no circuito das universidades no contexto de uma nova geografia do conhecimento a partir da periferia quando, na América Latina em particular, são anunciadas novas formas de saber. Sem entrar na discussão acerca dos

²² Citado por MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,p 44.

²³ MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*.op.cit.,p. 45

²⁴ RIBEIRO, Darcy. *Las Américas y la civilización – proceso de formación y causas del desarrollo desigual de los pueblos americanos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1968, p. 63

²⁵ Walter Mignolo lembra o Movimento Taky Onkoy no Peru durante o século XVI que promove um regresso ao modo de vida anterior aos incas. Um autêntico movimento indígena anticolonial que extraordinariamente mostram sua capacidade de questionar e resistir. Ou mesmo no Brasil há que se registrar os movimentos de resistência colonial como os Quilombos, Movimentos Messiânicos, e tantos outros incriminados pelo “direito oficial”.

estudos pós-coloniais²⁶, em rápida síntese e tomando por empréstimo a análise de Walter Mignolo²⁷ o início dos estudos pós-coloniais dá-se entre as décadas 50 e 60, quando a atenção está centrada na Guerra Fria. No Sul, o economista argentino Raul Prebisch em 1949 lançava, à convite da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina), a introdução do primeiro Estudo Econômico da América Latina, ("*O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus principais problemas*") causando verdadeiro pânico pela sede central das Nações Unidas. Inovava o pensamento através do conceito de substituição de importações e da relação de preços de intercâmbio. A introdução foi apresentada na segunda Conferência da CEPAL, em Havana foi recebida com entusiasmo pelos países latino americanos, dedicando-se aos estudos econômicos acerca do desenvolvimento e sua relação com a industrialização.

De certa forma, as idéias de Prebisch, conhecidas mundialmente, modificaram a geografia do conhecimento dentro da periferia mostrando um novo campo a ser investigado. Nas palavras de Mignolo, apesar de Prebisch estar longe de ser um marxista, era um economista honesto e olhava o mundo a partir da periferia e não desde o centro como tradicionalmente haviam feito Adam Smith, David Ricardo e Karl Marx.²⁸ Após seus estudos, outros surgiram em meio ao otimismo da Revolução Cubana e o duro golpe ao socialismo com fim do governo Allende no Chile. Nestes anos 70 no tumultuoso contexto político, filosófico e epistemológico latino americano e na explosão literária²⁹ surge o Pensamento da Libertação.

Para David Sánchez Rubio³⁰ é no contexto latino americano da segunda metade do século XX que se compreende os eventos epistemológicos que caracterizam o Pensamento da Libertação. O primeiro evento descrito por David Sánchez Rubio é a Teoria da Dependência que embora nascendo com matriz econômica e sociológica, na esteira do trabalho de Prebisch, representa uma reação às teses desenvolvimentistas e funcionalistas que acaba por denunciar o que era ocultado pelo discurso econômico

²⁶ O tema é exaustivamente tratado por pensadores como Walter G. Mignolo, Enrique Dussel, Arturo Escobar, Michel Rolph Trouillot, Aníbal Quijano, Fernando Coronil, Carlos Lenkersdorf, dentre outros intelectuais africanos e indus que abriram as portas das universidades européias e norte americanas aos estudos pós-coloniais.

²⁷ MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Revista Tabula Rasa, nº 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005, p. 61 e seguintes.

²⁸ MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Revista Tabula Rasa, nº 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005, p. 61

²⁹ Escritores latino americanos como García Márquez, Vargas Llosa, Guimarães Rosa e outros são reconhecidos e comparados aos grandes escritores mundiais.

³⁰ RUBIO, David Sánchez. *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. Bilbao: Ed. Desclée de Brower, Coleção Palimpsesto, 1999.

liberal: que o desenvolvimento dos países centrais do capitalismo tinha como contrapartida o subdesenvolvimento para continuar o processo de acumulação. Portanto, era denunciado que a pobreza nas áreas de periferia era efeito da riqueza das nações centrais do sistema. O segundo é a Pedagogia da Libertação de Paulo Freire. Contrariando as concepções dominantes, Freire defende que o sujeito deve ser parte ativa do processo de construção de seu conhecimento e oferece formas de educação à favor dos menos favorecidos. Milita por uma educação libertadora na qual o diálogo e o reconhecimento do saber do Outro iria suprimindo a discriminação e a opressão através de uma pedagogia crítica e emancipatória. O terceiro é a Teologia da Libertação que na mesma linha busca um diálogo com os distintos campos do conhecimento social, especialmente os de matriz marxista, e com base na fé libertadora para além das condições terrenas de existencialidade anuncia a crença numa igualdade cristã. E finalmente a Filosofia da Libertação que, inicialmente com a influência de Leopoldo Zea Aguilar e depois Augusto Salazar Bondy e Enrique Dussel, denunciava a ausência de preocupação da filosofia ocidental dominante e eurocêntrica com a condição do empobrecido latino americano, sujeito a partir do qual deveria ser iniciada a reflexão filosófica.

Mas a colonialidade do conhecimento insiste em absorver e ocultar o pensamento da periferia. Em não raras vezes o periférico é anulado. É comum, mesmo academicamente, um discurso que considera como o único válido o saber europeu, querendo significar que negros e índios latinos americanos possuem cultura e sabedoria, o que é diferente de conhecimento. Evidentemente, nesta lógica, é no Primeiro Mundo se produz conhecimento objetivo e científico já que no Segundo o conhecimento não é objetivo, e o que minimamente há é “ideologicamente contaminado”. E sob este argumento o pensamento periférico foi sendo anulado, desprezado e descartado. A Filosofia e a Teologia da Libertação não foram tomadas à sério pelo conhecimento global: eram mais parte da cultura do que do conhecimento. E desta forma, a colonização do ser ia de mão dadas com a colonização do conhecimento e através de meios sutis é enterrado. Não é saber autorizado, administrado e legitimado pelas instituições que manejam o saber global.³¹

Mas exatamente no momento em que mais se acentua a “crise” da modernidade o subalterno/oprimido/subjugado ganha força. É exatamente nesta direção que emerge a preocupação de pensadores como Boaventura de Sousa Santos em

³¹MIGNOLO, Walter G. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. op.cit., p. 62

Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social a partir do Sul.³² Reconhece Boaventura que para os que vivem no Sul as teorias tradicionais estão fora de lugar e não se ajustam às suas realidades. Os povos do Sul não necessitam simplesmente de um novo conhecimento para superação da “crise”, mas do reconhecimento que é possível produzir conhecimento de uma nova forma. *Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de pensamento alternativo às alternativas.*³³ Trata-se de retomar o pensamento crítico a partir da atitude pós-colonial, que mais que uma construção epistemológica é política e permanece na América Latina, seja nas serras como em Chiapas, seja nas cidades como Fórum Social Mundial, ou nas universidades americanas e européias.

Pós-colonialismo, relacionado a emergência de uma nova geopolítica do conhecimento, deve ser compreendido distintamente do poscolonialismo enquanto luta de emancipação política das colônias européias. Para Boaventura de Sousa Santos *é um conjunto de práticas (predominantemente performativas) e de discursos que desconstruem a narrativa colonial, escrita pelo colonizador, e procuram substituí-las por narrativas escritas do ponto de vista do colonizado.*³⁴ A diferença colonial cria uma condição única de, sob o ponto de vista do subalterno, oferece um novo horizonte crítico para as representações da crítica interna às narrativas modernas hegemônicas. É a superação do discurso linear que vai do moderno precoce ao moderno e ao moderno tardio ultrapassando as fronteiras internas – conflitos entre os impérios – e externas – conflitos nas representações – da própria modernidade.³⁵

Na tentativa de recuperar as experiências do pensamento jurídico crítico para encontrar elementos a serem resgatados e reinventados pela hermenêutica jurídica crítica brasileira é que a seguir se passa a análise das vivências do direito brasileiro no contexto da reação à “crise” da modernidade. Trata-se da descrição e análise do que Mignolo chama de pensamento liminar, o “outro pensamento” acerca da “crise” jurídica moderna. A leitura feita na margem externa no ocidente europeu que busca romper e reinventa a tradição herdada pelo colonialismo latino americano.

³² Trata-se especificamente do projeto desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos que culmina com a publicação em abril de 2007 um livro-manifesto neste sentido que mais adiante será explorado.

³³ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 20

³⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 233.

³⁵ MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. op.cit., p. 11

IV.O giro hermenêutico descolonizador.

Ao longo da construção histórica da sociedade brasileira, o que foi construído sob o nome de hermenêutica jurídica brasileira, definiu-se como parte da cultura jurídica nacional a partir de uma matriz epistemológica que muito bem cumpriu o papel de reprodução do direito hegemônico, e que acabou por tornar-se instrumento de legitimação de um passado colonialista comprometido com a ausência de compromissos de legítima emancipação nacional. Enfim, uma concepção vazia e negadora de referenciais capazes de definir um horizonte compreensivo legitimamente justo para com o que secularmente foi excluído do direito brasileiro: valores e necessidades capazes de promover a emancipação política e social dos empobrecidos, dos ausentes e dos invisibilizados pelo poder. Construiu-se como uma “hermenêutica das ausências”³⁶, concepção que também serviu bem para que a “balança” da justiça sempre tenha pendido para “o lado” “mais forte”, retirando o poder de “linguagem” dos historicamente invisibilizados.

Em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas que se autoreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que inda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências descolonizadoras brasileiras. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermeneuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar

³⁶ Aqui se toma emprestado o conceito de Boaventura de Sousa Santos *Sociologia das Ausências* que define como um *procedimento transgressivo, uma sociologia insurgente para tentar mostrar que o que não existe é produzido ativamente como não-existente, como uma alternativa não crível, como uma alternativa descartável, invisível à realidade. E é isso o que produz a contradição do presente, o que diminui a riqueza do presente.* (SANTOS, Boaventura de. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 28-29).

agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica” são legítimos espaços de luta por dignidade humana.³⁷

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer³⁸ é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas.”³⁹

Em meio a discussão plural e pós colonial nas primeiras décadas do século XXI chegam ao poder em vários países latino americanos governos progressistas que avançaram no campo da democratização, políticas sociais e integração regional. Neste

³⁷ Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Edicioness desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em *Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación Del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa*, a ser publicado na Revista Jurídica Eletrônica nº 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994, p. 155.

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. op.cit., p. 158

marco, os governos populares da Bolívia, Equador e Venezuela em especial, foram implantando um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade, novos direitos vinculados a uma racionalidade reprodutiva da vida que expressamente deseja a vontade descolonizadora como conteúdo fundamental do projeto político em marcha nestas nações.⁴⁰

Neste novo contexto, o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. *As duas zonas de contacto constitutivas da modernidade ocidental são a zona epistemológica, onde se confrontam a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais, dos camponeses, e a zona colonial, onde se defrontam o colonizador e o colonizado. São duas zonas caracterizadas pela extrema disparidade entre as realidades em contacto e pela extrema desigualdade das relações de poder entre elas.*⁴¹ A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Como as práticas sociais de compreensão e solução de conflitos é mais retórica e argumentativa são grandes os desafios a serem enfrentados pelos juristas de profissão. Boaventura de Sousa Santos sugere uma hermenêutica diatópica que em síntese consiste em buscar os *topois* – lugares comuns que constituem o consenso básico e torna possível o dissenso argumentativo – presentes na argumentação, que é normalmente assentada em postulados, axiomas, regras e concepções aceitas por todos. *O trabalho de tradução não dispõe à partida de topoi, por que os topoi que estão disponíveis são os que são próprios de um dado saber ou de uma dada cultura.*⁴² O trabalho consiste em, sem que se tenha um ponto de partida, reconhecer os *topoi* que cada prática expressa como forma argumentativa. *É um trabalho exigente, sem seguros contra riscos e sempre à beira de colapsar. A capacidade de construir topoi é uma das marcas mais*

⁴⁰ MÉDICI, Alejandro. *La constitucionalización horizontal – teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012, p. 56

⁴¹ SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p.130

⁴² SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p. 133

*distintas da qualidade do intelectual ou sage cosmopolita.*⁴³ São dificuldades que se impõe e devem ser superadas pela prática do reconhecimento e da oportunidade de dar voz ao outro, mesmo ao que não quer fazer uso dela, do que permanece em silêncio.

Já Walter Mignolo fala de uma hermenêutica pluritópica⁴⁴ como parte da resistência à semiose colonial, porque a *colonialidade do poder pressupõe a diferença colonial como sua condição de possibilidade e como aquilo que legitima o subalterno do conhecimento e a subjugação dos povos.*⁴⁵ Considerando a construção do pensamento hermenêutico jurídico brasileiro, na linha de pensamento da descolonização e na inclusão dos múltiplos atores sociais no processo de construção do saber jurídico, sua perspectiva é monotópica, ou seja, é edificada sob a perspectiva de um único sujeito cognoscente – o jurista de profissão – e com uma posição de quem fala de um lugar virtual uma terra-de-ninguém universal, como chama Mignolo. A intenção de sua hermenêutica é apagar a concepção de que interpretar é descrever a realidade a partir de seu horizonte compreensivo. *O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre um objeto “híbrido” (o limite como aquilo que é conhecido) e um “puro” sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve.*⁴⁶ Uma hermenêutica que assume-se como dialógica que numa perspectiva pedagógica emancipatória, caminha para a conscientização e auto construção.

Com estas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão é elaborada com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado.

⁴³SOUSA SANTOS, Boaventura. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.*, op. cit., p. 133.

⁴⁴MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais.* op.cit., p. 37

⁴⁵MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais.* op.cit., p. 40

⁴⁶MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais.* op.cit., p. 42

Referências.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Revista Interesse Público, nº 11, Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, A . **Metodologia jurídica – problemas fundamentais**. Coimbra Editora, 1993.

COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: retratos de uma humilhação social**. São Paulo: Ed. Globo, 2004.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tcnos, 1994.

LEGENDRE, Pierre. *O amor ao censor – ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad. Colégio Freudiano Brasileiro., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MÉDICI, Alejandro. *La constitucionalización horizontal – teoria constitucional y giro decolonial*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

MIGNOLO, Walter D. *Histórias Locais/Projetos Globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Revista Tabula Rasa, nº 3: 47-72, Janeiro-Dezembro de 2005.

RUBIO, David Sánchez. *Filosofia, Derecho y Liberacion en América Latina*. Bilbao: Ed. Desclée de Brower, Coleção Palimpsesto, 1999.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço - técnica e tempo, razão e emoção**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WIEACKER, F. *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. F. Fernández Jordán. Madrid: Aguilar, 1ª Ed. 1957.

WOLKMER, Antonio Carlos. **A função da crítica no redimensionamento da filosofia jurídica atual**. In: *Revista Crítica Jurídica*, no. 22, Curitiba: Unibrasil, 2003.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.