

## RESENHA DO LIVRO “FICÇÕES DO DIREITO LATINO- AMERICANO”, DE JORGE L. ESQUIROL

Alexandre Pereira Pimentel<sup>1</sup>

Bruna Pillar Grillo<sup>2</sup>

Juliana Santos Rigo<sup>3</sup>

### 1. Introdução

O livro de Esquirol parte para a quebra de paradigmas a respeito do que se entende sobre Direito e estudo do Direito na visão dos compêndios Norte- Americanos sobre a America Latina. Paradigmas esses que se reproduzem a cada geração acadêmica, se perpetuando uma forma pré-concebida e anacrônica no campo jurídico que tem servido de base para estudos de Direito comparado e transnacionalismo. Gerando assim, uma visão distorcida e de certa forma preconceituosa a respeito de todo arcabouço jurídico Latino Americano.

Os elementos centrais que derivam todas as ficções a respeito do direito latino americano são em tese duas: Uma é a de que o direito latino americano é concebido como mera projeção do europeu, e a outra, que projeta a partir dessa primeira, que tal tentativa de projeção é falida por não conseguir praticá-las como no modelo matriz.

A ideia de que essa importação de um modelo europeu de Direito apenas revela uma sombra distorcida do mesmo, nega todas as particularidades e desenvolvimentos culturais locais pode acrescentar ao modelo inspirado. Nega também a autonomia da ciência jurídica desenvolvida pelos latino americanos. Desta forma, se ofusca a ordem que funciona dentro dessas sociedades, fazendo com que um estudo direcionado para essas nações seja superficial e comprometido.

Como um latino americano nato, Esquirol ao encerrar seus estudos que o regressaram na faculdade de direito e seu posterior ingresso em Havard Law para pós graduação e Doutorado, ele manteve forte empatia aos estudiosos de sua origem natal, o fazendo ingressar com atenção especial e diferenciada ao que se era de costume pelos então grandes nomes e referências nos estudos do Direito comparado e transnacional na America do Norte.

Para isso foi necessário identificar os principais métodos e ferramentas utilizadas até então e desconstruir todo o arsenal epistemológico que deixam de abarcar fatores locais de extrema importância. Que simplesmente por uma postura cosmopolita, se mantinham ignorados.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

O ponto chave de toda essa limitação ao entendimento sobre direito latino americano na visão dos estudiosos do Norte, é a relação geopolítica entre essas nações. A visão verticalizada e periférica que se possui no âmbito político e econômico, se revela também nas concepções jurídicas, onde se dificulta uma troca de conhecimentos horizontalmente, o que para Esquirol é lamentável, pois a riqueza da troca benéfica se limita a imposições de valores e políticas reformistas. As diferenças essenciais do modelo civil law praticado no norte anglo-saxão do modelo de direito civil exegético latino americano poderiam se beneficiarem mutuamente nos estudos do direito comparado, porém o autor vai mostrar que há um forte reflexo pouco diplomático das relações entre os países que os compõem. Desta forma serão estruturados e classificados os principais elementos desafiadores e limitadores à compreensão do que se entende por Direito nas nações latino americanas. O fato de existirem problemas sociais que envolvem violência, tráfico de entorpecentes, governos ditadores, crises políticas entre outros em muitas dessas nações latinas, acabam deixando turva a visão que o norte tem para com os outros do hemisfério, como se todos esses problemas fossem apenas de cunho jurídico.

A partir daí serão apontados filtros que desmascaram essas lentes de cunho elitista para um estudo mais permeável dentro dessas culturas alheias ao norte americanismo. No capítulo 1 serão listados esses filtros que irão ajudar a compreender essas limitações.

## **2. Capítulo 1 – A Elaboração do Direito Latino-Americano**

Com o enfoque no estudo do Direito nacional, Esquirol vai chamar esse campo de transnacionalismo. Ou seja, o ponto de vista discursivo ao direito comparado entre nações. Ao aprofundar nas literaturas a respeito do assunto, ele vai encontrar limitações que geram simplificações deformadas, generalizações controversas e projeções distorcidas involuntárias intrincadas principalmente quando há grande diferença de poder. Gerando dessa forma convenções e paradigmas que na medida em que se aprofundam, não se sustentam.

A primeira evidência vai tomando forma nos antecedentes literários. Constroem uma plataforma que vai se solidificando ideias pré-concebidas como únicas fontes. O que compromete todo o caminho a ser seguido pela frente a partir dessas fontes locais de pesquisa, encontrando-se aí umas das raízes das ficções.

Ao sair desse ponto, o estudo do transnacionalismo em si já parte comprometido, e posteriormente corroborado por outras fontes indiretas que fornecem elementos que reafirmam tais ideias preconizadas. Essas fontes podem ser, agências de pesquisas, fundações privadas, e outras entidades jurídicas que por interesses políticos e comerciais, fornecem dados altamente

comprometidos com interesses específicos de imposições políticas.

Nesse ponto primário, o pensamento hegemônico gira em torno de que os países latinos americanos possuem sistemas jurídicos nacionais não liberais e fracassados, normas informais e sociais são mais representativas da conduta geral das pessoas do que o direito formal dos Estados e por último, de que as reformas jurídicas liberais são necessárias para o desenvolvimento da democracia nesses países, ou seja, imposição pelo poder.

Como elementos do transnacionalismo jurídicos, nesse caso, temos um engajamento limitado, porque se parte de um ponto periférico liberal, ou seja, se utiliza de uma lente ideológica local para se entender outro sistema, sem se dar o trabalho de rever os padrões estabelecidos, reafirmando desta forma uma posição hierárquica geopolítica. Temos a presença de uma política mistificadora e excludente que exclui um debate horizontalizado entre os Estados Unidos e as nações latino americanas por conta de imposição de poder, sendo antidemocrático. Também se presencia a falta de recursos que se expressa pela falta de importância dada aos conhecimentos jurídicos de origem latina americana, impede que recursos para essa área de pesquisa sejam empregados de forma eficiente, empobrecendo ainda mais essa correlação.

Além desses elementos, o autor apresenta as Convenções Disciplinares, formas que muitos comparatistas perpetuam sob formas de **idéés fixes** que representam algumas generalizações que tomam precedência sobre conhecimentos específicos sobre contextos e situações, como por exemplo, a ideia de que o direito desses países é subdesenvolvido. Propaga-se daí a ideia de que o direito vindo de fontes europeias é mais rico, e que na versão latino americana ocorre uma apropriação indevida, gerando políticas e normas indevidas. Ocorre também nesse contexto a negação de características plurijurídicas sob um tipo de **formalismo jurídico** onde se resume todo corpo formal do direito latino americano em poucos juristas europeus, como Hans Kelsen por exemplo, o tendo como único para base jurídica, ignorando fatores locais. Uma dessas ideias fixas mais infundada é a **falta de independência** do jurista, pois ao se proferir genericamente que o sistema jurídico da América Latina sofre com uma falta de independência, não houve a preocupação de definir um significado para independência. Termo que pode assumir vários significados como independência em relação a outros ramos do governo, políticas partidárias, interesses de litigantes, ou qualquer influência externa que seja diretamente o direito.

Existe também uma crença genérica de que todo o direito flui prioritariamente por uma força política elitista que molda a ordem a seu favor na medida em que interesses são almejados. Mesmo que tal fenômeno ocorra em algumas ocasiões, partir do princípio de que toda a nação

se organiza preferencialmente desta forma incorre num erro grande de julgamento.

Dos fatores importantes que contribuem para essas ficções são apontados como **falsos Cognatos e Dialeto diferentes** os que debruçam sobre o conhecimento do idioma. Ao se estudar o direito latino americano, os transnacionalistas jurídicos muitas vezes não se preocupam com os dialetos, aspectos idiossincráticos e fluente compreensão da idioma, fazendo generalizações que podem beirar a grosseria por interpretação indevida de termos semelhantes com significado de ideias diferentes ou mesmo termos diferentes que se referem a mesma ideia.

O autor reforça em vários trechos do texto a premissa da hierarquia geopolítica em que, equivocadamente gera uma corrente que prepondera o sistema jurídico norte americano ao latino, de forma a seguir uma linha de imposição justeórica como unica solução para questões sociais. Se espera que esses países latinos sejam subordinados e que de alguma forma devem reconfigurar seus sistemas jurídicos ao modelo norte americano.

Em conclusão às ideias do primeiro capítulo deste livro, Esquirol tenta reforçar que todos esses fatores devem ser superados para que um estudo mais legítimo transnacional entre Estados Unidos e países da america latina possam ocorrer. Certas barreiras vão além do mero espírito científico, pois decorrem de recursos que sempre vem acompanhados de interesses que tendem a perpetuar a relação verticalizada entre nações.

### **3. Capítulo 2 – A Ficção do Europeísmo**

Esquirol aponta para uma oscilação entre ideais reformistas de movimentos sociais fundamentados em composições neo-liberalistas de direita e os de cunho socialistas lastreados pela esquerda, que refletem num efeito pendular sobre o direito e as filosofias jurídicas nos países da América Latina

Na ótica exterior sob a égide transnacionalista dominante ( nas principais correntes justeóricas), ele descreve descreve o direito como um campo ainda imaturo que carece de atualização: “...A imagem ainda corrente do direito nacional na América Latina é de um formalismo pré-moderno,unidimensinal e distante das realidades sociais...”

O ponto principal deste capítulo é justamente essas ideia, ficção sobre o direito na America Latina, visto pela lente Européia sob a transcrição de renomados comentadores transnacionais muito influentes em suas doutrinas.

#### **3.1. O Legalismo Latino-Americano Visto De Fora**

Aqui o autor foca nos estudos de um dos principais comparatistas do século passado, René David. David discorre seu trabalho análito do direito buscando classificar os troncos taxonômicos jurídicos pelo mundo e suas diferentes formas e familiaridades. Desta forma, ele classifica o direito latino americano como oriundo do tronco europeu em que ambos pertencem a família romano-germânica. Associando essas características a aspectos socio- históricos, David vai enfatizar o direito europeu como preponderante ao seu descendente latino americano.

David estabelece uma dicotomia entre um funcionalismo legalista e as razões socio- históricas, ou seja, fomenta a imposição de um modelo de governo sob direito liberal nos moldes europeus, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de aspectos culturais locais que podem colidir com tal modelo.

Esquirol vai sistematizar alguns dos trabalhos do direito comparado feito por René David, dividindo em categorias.

#### **A) Estudos Comparados**

Duas tradições distintas parecem permear os estudos que tangem o direito comparado entre América Latina e a Europa em sua perspectiva. O primeiro baseia-se no direito latinoamericano partindo de sua origem histórica e suas influências enquanto o segundo aponta para uma ineficácia do direito latino americano na sociedade, e que tal ineficácia resultaria de uma má-adaptação entre o direito ( importado do europeu) e a sociedade em detrimento dos choques culturais locais.

#### **B) A América Latina De René David**

O trabalho de René David de reunir em grupos taxonômicos os direitos praticados pelo mundo, organizados pelas suas características e origens ( Famílias de sistemas: Anglo Saxões, Socialistas e as Commom law) ao mesmo tempo que reconhece a familiaridade do direito latino americano, expõe como problemas os aspectos históricos e culturais, que inevitavelmente moldarão a forma do que se espera de um modelo europeu. Ele vai estruturar seus estudos sobre a America Latina vertendo-se sobre ferramentas socio-historicistas de análise tendo como objeto encontrado deformações de uma versão verdadeira proveniente de um excesso de ênfase na materialidade do direito em face ao idealismo. Esse conceito dentro do direito comparado, restringe-se nas ideologias unívocas dos juristas liberais e não na sociedade.

### C) **Europeísmo Do Direito Latino Americano**

David aqui reforça a conexão do direito latino americano com a Europa através do **legaismo Sociológico**, onde ele promove uma antítese ideária onde se confronta a questão da originalidade do direito latino americano, se munindo de caracteres históricos e sociais moldando uma forma própria, com a ideia persistente dos comparatistas em apenas promover seu ramo europeu no direito Latino Americano na sua condição de região ex-colonial, que ainda se sustenta pelos juristas atuais dessas regiões que se debruçam nos ideais eropeus. Além de enxergar uma **imitação múltipla versus imitação simples**, que ele descreve como originalidade o fato de os juristas mais representativos da America Latina, importarem apenas elementos específicos de várias nações europeias e montarem um mosaico adequado a suas realidades, ou seja, a ideia de imitação simples se daria para elementos importados isolados. Mas, o conjunto da obra de vários elementos resultaria numa imitação múltipla, deste forma assumindo seu carater de originalidade. Porém apesar de reconhecer aspéctos particulares do direito na America Latina, não abre mão de reafirmar a essência epistemológica predominante europeia e, mesmo se mantendo nessa linha, é sensível as escola histórica, que compõe em seu arcabouço, as diferentes manifestações que o direito e as sociedades promovem por terem origens diferentes. Esquirol nesse aspecto aponta em René Davi uma reverência aos Juristas latinos americanos fiéis as exesege do direito europeu que de certa forma, igenuamente se isola da realidade material em que se compõe.

### D) **Solidariedade Com Juristas Liberais**

Tal solidariedade se dá pelo fato de que juristas de sua simpatia reforçam e sustentam toda ideologia jurídica europeia, como parentes partidários que bradam escudos da mesma família, não negando o que ele considera ser a suas origens justeóricas. Essa simpatia acaba por criar uma porta de entrada para o conhecimento das teorias jurídicas sintetizadas no seu objeto de estudo. David faz uma espécie de tributo à lealdade desses Juristas latinos americanos com a Europa.

David se posiciona contrário à ideia de que o direito latino americano deva se emancipar do europeu de forma autônoma e desligar-se do tronco familiar, considera essencial a conexão com seus antecedentes ocidentais. Critica a falta de capacidade desses países de dissociar direito de política, criando dessa forma uma mácula ontológica pelos sistemas políticos preponderantes.

## E) Teoria Do Direito Ou Política

Neste sub-item, Esquirol expõe como o jurista comparatista David discorre sobre a ciência Jurídica latino americana pesando proeminentemente sobre juristas dessa origem conservadores do idealismo europeu, deixando como fatores menos importantes os sociais. Tais juristas pertencem a pequenos grupos sociais nas nações da America Latina, muitas vezes grupos socialmente e/ou politicamente privilegiados, que mantem laços estreitos com a Europa. Dessa forma, Esquirol revela um carater elitista que o juscomparatista concede nos seus trabalhos.

### 3.2. A Reconstrução Europeia

Analisando mais profundamente os trabalhos de David, Esquirol cita seus tratados ( como o *Traité Élémentaire de Droit Civil Compare* e *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* ) e afirma que a medida em que a clareza se põe sobre sua postura política, mais evidente se torna o carater da subordinação política espelhada no direito comparado.

## A) Um Projeto Justeórico

Nesse projeto David tenta colocar o Direito numa posição neutra passando por análises sociais e peculiaridades do direito positivo e natural. Dividindo em 3 partes analíticas: **Direito Natural e Positivismo**, onde o autor descreve como o juscomparatista David se posiciona a respeito do direito natural e positivo com suas teorias. Ele se apega em defesa da universalidade do direito natural e positivo tendo o direito positivo como manifestação material do mesmo. Porém, critica as formas insuficientes de legalidade, indicando fatores que permeiam lacunas entre naturalismo e positivismo, que são constantemente completadas por juristas agentes de execução desse direito. O **historicismo Jurídico**, item em que ele enxerga na escola-histórica algo diferente da America Latina, onde não se resume a vetores sociais, políticos e econômicos. Em sua concepção, o historicismo jurídico não explica apenas a manifestação positivista jurídica, mas também a ideia de legalidade total codificada é por ele refutada por acreditar que nenhum código é capaz de prevê todos os problemas jurídicos, deixando espaços vazios a serem preenchidos sob a forma jurisprudencial. O que pra ele se propicia um momento para força arbitrária jurídica. Fato este que revela uma visão “Kelseana” do direito, em que se deslocaria o

sistema positivado jurídico para uma vertente autoritária política. E por fim, o elemento **sócio-historicista**, em que ele vai expor uma relação estreita do direito com o historicismo jurídico, porém, em vez de citar a escola da exegese, ele vai invocar a relação entre juristas e legisladores que executando o fenômeno da jurisprudência, vão apenas reproduzir produtos de costumes culturais.

## B) Um Projeto De Política Jurídica

O autor aqui mostra como David critica as correntes do idealismo jurídico em oposição ao materialismo jurídico, ambas nas suas formas extremas. Começando pelo **idealismo**, David contesta a escola histórica pelo idealismo radical, e que a influência de fatores sociais ficaram de fora como agentes formadores do direito. Aponta também razões para contestar o **nacionalismo extremo** onde ele chama a atenção para um extremo do materialismo, que pode usar de elementos isolados e unívocos, causando uma deformação enorme na ordem social equalitária, a realidade material precisaria ser balaneada com o ideal pra evitar extremos que culminem em tragédia, como o exemplo do caso nazista, onde o extremo material da raça e nacionalista foram alocados como preponderantes a todos os outros elementos. Contesta também o **marxismo** como um profundo radicalismo econômico que pode levar a regimes de impacto equivalente ao nazismo/facismo. Considera o determinismo econômico como outra potencial deformação da escola histórica. Cabe ressaltar aqui a atenção especial que David concede ao marxismo, ele atrela o determinismo econômico a uma desconexão anacrônica entre a estrutura jurídica e a econômica, com base nesse argumento, ele se mostra receptivo a aceitar as ideias econômicas de Marx em um eixo temporal adequado para coincidir direito e economia .

David percorre no argumento de que o direito deva ocupar um lugar entre o historicismo-social e material, e os idealismos, evitando encostar nos seus extremos para evitar cair na armadilha do determinismo exacerbado capaz de criar regimes jurídicos abomináveis como o caso do nazismo já citado.

## C) Ideologia Material

David tenta encontrar um ponto de equilíbrio para os planos do idealismo e do materialismo. Desta forma concebendo uma matriz mais próxima de um direito geral universalizado. Ele usa o termo “**Montesquieu melhorado**”, invocando a ideia de direito num estado onde o mesmo esteja perfeitamente ajustado ao povo que o compõe de forma a conferir-



lhe autenticidade. Sob essa égide para o direito latino americano, David registra sua discordância à Montesquieu. Montesquieu quando fala em adequação, ele liga todos os costumes, culturais e físicos com a malha jurídica, David vai separar aspectos físicos de humanos, ele acredita que esses não sejam totalmente preponderantes a formação de direito. Ele acredita que o direito vai emergir a partir das relações humanas, e que aspectos físicos como geográficos estariam em segundo plano. Porém, David também vai traçar limites para natureza das relações humanas serem independentes dos físicos, onde relações fortes como as religiosas estariam permeando ambas as características. Logo David sintetiza essa relação como vetor resultante de ambas as coordenadas físicas e humanas. Ele também acredita que através de uma **ideologia compartilhada**, transposições moderadas podem ser feitas entre diferentes sociedades desde que ordens culturais como as religiosas não colidam com ideologias a serem importadas ou exportadas. E para que ocorra uma troca de ideias no plano real, essas ideologias são necessariamente compartilhadas para ambas adequação e formas de reciprocidade.

#### D) A Função Do Direito Comparado

O direito comparado para David é a principal ferramenta para construção de uma ciência jurídica a partir de diferentes ideologias jurídicas que podem se complementar mutuamente. Então, quando essas ideologias forem capazes de se comunicarem, vão gerar uma zona de interseção abrangente o suficiente para englobar uma comunidade ideológica transnacional, promovendo o desenvolvimento da ciência jurídica como um todo. Classificando essa família como uma comunidade transnacional que constitui agentes interpretativos do direito, capazes de estabelecer o intercâmbio jurídico entre as distintas ordens que constitui toda a comunidade. David é adepto do sistema civil law, porém é receptivo ao arcabouço jurisprudencial do common law como fonte do direito. Porém aqui se revela uma posição preponderante do direito europeu sobre o latino americano, pois o mesmo reconhece uma realidade que deve ser mudada, porém ainda presente nos autos dos trabalhos transnacionais europeus:

“Juristas latino americanos não podem mais ser considerados discípulos, cujos trabalhos nós apenas folheamos com um olhar complacente para encontrar ali nossa própria doutrina. Eles são, na atualidade, nossos iguais e não dúvidas de que no futuro teremos tanto a aprender deles quanto eles de nós.” (DAVID, 2002, 148)

No que tange o método científico clássico do direito comparado que incorpora elementos estrangeiros para reconstrução do direito positivo nacional para aperfeiçoá-lo, David afirma que esses métodos esbarram nas dificuldades da viabilidade técnica e o desejo político. Em sua

perspectiva científica, os juristas devem apenas se preocupar com a viabilidade técnica, e deixar a questão política para legisladores. Ele expõe as dificuldades que a ciência jurídica encontra por se encontrar associada à política, e os juristas deveriam purificar esse meio para análise mais precisa. Porém o caminho contrário se torna necessário à execução do que foi importado e quando se trata de direito latino americano, se encontra uma dificuldade de segregação política – jurídica.

#### **E) Direito Não Democrático E Neo-Colonial**

Esquirol usa todo esse trabalho do David, que é um nome de peso nas doutrinas europeias transnacionais para demonstrar que mesmo com o reconhecimento de níveis de autonomia materialistas, a doutrina dominante ainda amarra o direito latino americano como ramificação de um tronco europeu e dependente dele para se desenvolver, e critica a univoquidade de também se amarrar os problemas sociais ao sistema jurídico.

### **3.3. Conclusão**

Este capítulo tenta demonstrar que a ficção do europeísmo do direito latino americano se sustenta em vários níveis enquanto se nega sua autonomia idealista e materialista própria. O fato de as nações latino americanas terem sido em sua essência colônias reforçam essa ficção que se mantém fortemente nas correntes formalistas do europeísmo.

## **4. Capítulo 3: A Ficção de Ausência de Direito**

O sistema jurídico latino americano, marcado historicamente pelo subdesenvolvimento e corrupção, é considerado como grande parte do problema do ordenamento nessa região, e não como a solução. Com uma grande divergência entre as normas e as práticas sociais, surge a sensação entre a população de que há uma ausência de Direito e na verdade este existe, porém não está sendo elaborado de forma correta a atender os anseios dos latino-americanos. Essa percepção também foi obtida pelos estrangeiros que observavam a situação dessa região, entre eles o grupo desenvolvimentista dos Estados Unidos, que nos anos 60 e 70 dedicou seus trabalhos a estudar a sociedade latino-americana com ênfase nos sistemas jurídicos e sociais existentes e a proferir críticas e soluções acerca da situação.

Os desenvolvimentistas são retratados por Esquirol como acadêmicos americanos que

proferiam diversas críticas sobre o sistema-jurídico existente na América Latina, mas que apenas conseguiam realizar análises com referenciais dos Estados Unidos, propondo soluções de desenvolvimento econômico, político e jurídico com base em seu país e não levando em conta os aspectos da sociedade latino-americana, de modo a se contradizer e deixar transparecer que os Estados Unidos teriam sistemas jurídicos superiores e que deveriam ser seguidos pelos demais países. Nesse contexto, vale ressaltar a crítica desenvolvimentista de que o Direito formal existente não era eficaz e não estava compatível com os anseios da população dessa região, pois era embasado em outros sistemas jurídicos, posição que se contrapõe às soluções apontadas pelos acadêmicos de trazer práticas adotadas nos Estados Unidos para a América Latina.

O ponto chave abordado pelo autor do livro foi a opinião dos desenvolvimentistas sobre o grande "fosso" existente entre direito e sociedade, considerado por eles como base do problema no sistema jurídico latino-americano. Entretanto, o autor abordou muito a expressão e expôs pouco a essência dessa grande distinção jurídica social, e não se estendeu a relatar aparentes contradições, a exemplo do apoio dos desenvolvimentistas à inserção de capital estrangeiro na América Latina, fato que possivelmente provocaria o aumento do fosso existente.

No livro, é ressaltada a opinião desenvolvimentista sobre os modelos jurídicos europeus, considerados pelos acadêmicos como ultrapassados e advindos de interesses de pequenas elites. Em diversos pontos do livro são relatadas críticas sobre estrangeirismos europeus no direito da América Latina. Para eles, essa região deveria abordar um sistema jurídico que mais atendesse a particularidades, e possibilitasse um desenvolvimento triplo: da economia, da política e do direito.

Esquirol pôs em evidência em seu livro o grande embate que existiu entre desenvolvimentistas e juristas tradicionais. Os desenvolvimentistas consideravam que os juristas contribuía para um grande atraso do direito e que não geravam evoluções para a população. Os acadêmicos consideravam a necessidade da existência de figuras públicas de estatura semelhante à deles para transformar a situação existente e proporcionar o desenvolvimento da América Latina. Com outra concepção, os juristas tradicionais criticavam os desenvolvimentistas por ideias que de acordo com eles poderiam ocasionar efeitos reversos aos de desenvolvimento pretendidos e sustentar regimes contrários à democracia.

O trabalho dos desenvolvimentistas propôs soluções que se basearam em uma estratégia social, de construir uma "ponte" para o fosso existente entre direito e sociedade, que seria obtida através da introdução do pragmatismo nas escolas de direito e nos tribunais, através da observância às particularidades sociais dos latino-americanos e através da reforma dos métodos

jurídicos, propostas que sugerem imitar o estilo de raciocínio jurídico dominante nos Estados Unidos. Nesse contexto, os acadêmicos proferiram grandes críticas aos juristas tradicionalistas latino-americanos anteriormente citados, os quais, para eles e aparentemente na visão do autor, repudiavam qualquer argumento de cunho social. Para os desenvolvimentistas, era necessária a mudança de pensamento deles a fim de tornar o direito um instrumento efetivo de mudança social no centro do pensamento e da prática na América Latina. De forma a responder às críticas, os tradicionalistas recorreram aos medos do extremismo político, buscando refúgio em seu papel tradicional como defensores do status quo, contendo as massas ingovernáveis de um lado e, de outro, os líderes autoritários. Eles convenceram os latino-americanos que os novos métodos poderiam legitimar facilmente ações arbitrárias do Estado por governos não democráticos. E assim, face à possibilidade de sustentarem ditadores ou regimes marxistas, os desenvolvimentistas fizeram seu próprio projeto ir por água abaixo.

Esquirol expõe a opinião no livro de que os desenvolvimentistas tiveram boas ideias em relação ao objetivo pretendido na América Latina, porém ao estarem tão seguros de que suas sugestões seriam eficazes para a região, por já presenciarem tal situação nos Estados Unidos, se esqueceram das possíveis consequências negativas, que ao serem expostas à população fez com que o grupo de acadêmicos perdesse força na América Latina.

Embasado na opinião do parágrafo anterior, o autor do livro apresenta quatro críticas ao projeto desenvolvimentista, que possivelmente contribuíram para o enfraquecimento de apoio ao grupo na sociedade latino-americana.

A primeira crítica seria a de que os desenvolvimentistas afirmaram, como forma de defesa da inteireza de seu projeto, o direito estatal na América Latina como sendo um artefato inerte e estrangeiro e os povos latino-americanos como sendo detentores de uma particularidade social inimitável, situação que não condizia com a realidade latino-americana. A segunda crítica seria a subestima ao papel dos recursos e da vontade política na execução efetiva do direito, com o destaque à desarmonia social do sistema jurídico, sem considerar o "jeitinho" que os cidadãos arrumam para conseguir o que querem, mesmo que isso implique a inobservância das leis. A terceira seria a crença de que as reais normas aceitas e internalizadas pelos povos da América Latina são bastante diferentes, sociologicamente, daquelas aceitas pelos europeus e ocidentais, sem considerar os pontos comuns existentes entre ambas. Já a quarta crítica indica que os desenvolvimentistas consideravam o sistema jurídico informal politicamente insensível aos interesses sociais e não refletor da normatividade local.

O capítulo finaliza com a afirmativa de Esquirol de que nenhuma alternativa coerente e acabada para o direito estatal Latino-Americano foi revelada e dizia que os desenvolvimentistas

desistiram quando seus métodos provaram-se igualmente responsáveis por promover objetivos conservadores e fortalecer ainda mais ditadores militares. Ele relata ainda que, apesar de tudo, alguns acadêmicos continuam, em pleno século XXI, a tradição de criticar a discrepância entre o direito estatal formal e o funcionamento da cidade, porém tentam elaborar novas compreensões acerca da dicotomia, que segundo ele deixa transparecer, abordam de forma mais profunda a questão do efetivo cumprimento do direito, mas ainda não encontram soluções para os problemas livres de possíveis consequências negativas. No concluir o livro, é notório que ao longo dos anos o direito latino americano se modificou de modo a adequar-se melhor às necessidades da população e a viabilizar maior desenvolvimento econômico da região. Também é notório que o trabalho desenvolvimentista foi de fundamental importância para isso, ao fazer com que o Estado como um todo se tornasse aberto à contestações e acusações de irrelevância, tornando assim possível grande evolução jurídica, social e econômica da América Latina.

#### **5. Capítulo 4: O Direito Fracassado da América Latina**

Esquirol começa o quarto capítulo pontuando que o direito latino-americano fracassa em diversos aspectos. O direito estatal é visto pela Europa e Estados Unidos como ineficaz, inapropriado e o Judiciário como corrupto. Por isso, nos últimos 50 anos de assistência internacional foram propostos vários projetos de reforma patrocinados principalmente pelos Estados Unidos. O significado de fracasso, porém, é muito distinto do tradicional. Sinaliza a ineficácia generalizada do direito na região. A literatura do programa de direito e desenvolvimento busca sempre criticar esse direito, como por exemplo, aponta limitações comuns do direito como deficiências específicas do direito latino americano, não reconhecem as particularidades configurações jurídicas locais e a identificam como defeitos, além de generalizar problemas de um só país como pertencentes a toda América Latina. Logo, esse discurso facilita os projetos de reforma.

O objetivo das reformas muda ao longo das décadas. Por exemplo, nas décadas de 60 e 70, o objetivo era aumentar a autoridade regulatória e corroborar o pragmatismo jurídico de modo a apoiar o crescimento comandado pelo Estado. Já nas décadas de 80 e 90, foco do capítulo, procura-se adotar novas instituições e práticas judiciais que promovam os mercados abertos e direitos privados, aumentem os direitos humanos e as persecuções penais e reduzam a corrupção pública. Porém, ao invés de trabalhar para que os temas como políticas alternativas, provável impacto de regras diferentes e reivindicações de participantes políticos sejam tratados, esforçaram-se para que fossem substituídos por instituições alternativas como as norte-

americanas. Contudo, esse “fracasso” que essas reformas se propõem a enfrentar é fruto de avaliações dependentes de opiniões políticas. Essa imagem é prejudicial principalmente por três fatores: (1) Enfraquece a legitimidade do direito e das instituições estatais. O direito e desenvolvimento ataca a posição do sistema jurídico ao invés de ajudar a desenvolvê-lo. (2) Mantém uma série de decisões fora do debate. (3) Enfraquece a posição política dos países latino-americanos nas relações jurídicas internacionais.

A ideia de direito fracassado tem uma ideia de ficção jurídica, pois é uma noção construída para servir a um propósito instrumental. Nos capítulos anteriores foram apontadas visões comumente aceitas de que o direito latino americano tenta imitar a Europa e de que há uma lacuna que separa o direito escrito e o que é praticado. Logo, não apresentam explicações de causa e efeito e sim oferecem uma razão de ser e legitimidade contínua para as reformas. Os tipos de fracasso podem ser divididos em: fracasso funcional, fracasso jurídico e fracasso político.

O fracasso funcional engloba descrições comuns de falha no sistema, falta de aplicação, ineficiência dos processos e transações jurídicos, capacidade e treinamento insuficientes dos profissionais do direito, entre outros. Porém, essa observação não distingue os países e uma observância mais detalhada com certeza revelaria diferenças substanciais. O estudo é feito em um país e apenas com pequenos ajustes é transferido para outros. O autor enumera vários exemplos de contradições que são descritas como fracassos, mas são apenas inerentes ao sistema. Ou seja, julgamentos acerca da funcionalidade do direito dependem de como são elaboradas as categorias e como são traçadas as linhas divisórias. Outro tipo, o fracasso jurídico, acusa o direito de ser antiquado, excessivamente formalista, desconexo da sociedade. Ainda sinaliza uma lacuna entre o direito nos livros e direito em ação, transplantes jurídicos que não se adequam corretamente, controle elitizado do direito, leis e instituições ineficientes, subjetividade do direito e rentismo. São fraquezas características do direito liberal. Todavia, são aspectos inegáveis do direito em qualquer lugar. Por fim, o fracasso político. Uma questão muitas vezes mais relevante envolve os méritos das políticas promovidas pelas regras e instituições jurídicas específicas em funcionamento. O direito é contestado quando na verdade o que está em jogo é uma mudança política.

Uma observação um pouco óbvia, porém necessária, é de que não existe um direito latino americano em geral, é apenas uma categoria conceitual. Entretanto, algumas organizações regionais produzem um direito internacional, como por exemplo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Mercosul e a Comunidade Andina.

O uso acumulativo e repetitivo das críticas dirigidas ao direito latino-americano

cristalizou-se em uma ideia fixa sobre a natureza desse direito. Os projetos de reformas, responsáveis por essa repetição, rejeitam o direito latino americano com o objetivo de introduzir regimes jurídicos diferentes, mas igualmente liberais. Tal visão combina um profundo ceticismo com relação as instituições jurídicas latinas com uma fé centrada nas reformas substitutas propostas pelos Estados Unidos e organizações internacionais. Contudo, essas substituições também estão sujeitas a, no futuro, serem classificadas como fracassadas também.

O direito fracassado pode também ser compreendido como não Estado de Direito, devido a significativa resistência política as leis existentes, imposição insuficiente do direito e falta de recursos. A proposta de reforma é a falência do direito existente e o remédio são outros modelos liberais. Não há rejeição ao legalismo liberal, e sim a versão latino-americana dele. Outro ponto importante é a desvalorização do direito latino-americano em organizações internacionais. Uma América Latina desacreditada institucionalmente enfraquece a legitimidade de uma série de valores políticos, constitucionais e nas estruturas jurídicas.

Neste quarto capítulo também é descrita a história dos projetos de direito e desenvolvimento. O direito e desenvolvimento original (década de 60 e 70) tinha como objetivo mudar a cultura jurídica e os modos de raciocínio jurídico de forma a apoiar a intervenção do Estado na economia e certa distribuição de riqueza com a intenção de reduzir o apelo das revoluções comunistas. Na segunda fase (década de 80), o foco estava no Judiciário, no processo e no direito regulatório. Tinham o objetivo de proteger os investimentos estrangeiros contra o Estado, processar quem violasse os Direitos Humanos e uma guerra contra as drogas. A terceira fase (atual) envolve projetos que respondem as reações e críticas do neoliberalismo.

O novo direito e desenvolvimento pode ser entendido como uma junção da segunda e terceira fase. Os primeiros programas patrocinados pelos Estados Unidos buscavam reparar a situação dos direitos humanos. O velho movimento concentrava-se no Estado como iniciador do processo de desenvolvimento econômico, já o novo tinha cunho neoliberal, focando no direito como facilitador de transições de mercado ao garantir direitos de propriedade cumprimento de contratos. Nessa versão, o foco é maior nos modelos institucionais que nas leis e raciocínio jurídico. Os projetos de reforma tornaram-se lucrativos para consultores internacionais e governos latino-americanos, todavia, há um excesso de otimismo, pois a mudança nunca será completamente concretizada, já que não passa de um pretexto para a mudança política desejada.

A comunidade investidora internacional começou a pressionar num sentido de uma maior certeza jurídica, redução dos custos transacionais e garantias contra intrusões legislativas e regulatórias. Os principais argumentos em prol da reforma judicial são criticas funcionais tais como uma administração defeituosa da justiça, tribunais sobrecarregados, administração pobre



dos casos, tecnologia ultrapassada, procedimentos ineficientes e judiciários corruptos.

Porém, nem toda eficiência melhora os direitos das partes e nem toda ineficiência deve ser eliminada. Alguns processos levam tempo, por isso não devemos procurar apenas julgamentos mais rápidos, e sim melhores.

Outra área muito importante da reforma é o reforço dos direitos de propriedade. Há um grande esforço em implantar formas de desregulamentação, como a liberdade contratual e a proteção da propriedade privada. Um assunto muito discutido é a legalização de terras ocupadas e atualização de registros de propriedade. Hernando de Soto é autoridade no assunto e critica o excesso de formalismo no direito latino americano, dizendo que esse formalismo é a causa da denominação dada aos “pobres”, já que segundo ele as pessoas só são consideradas pobres por não terem seus bens reconhecidos pelos sistemas jurídicos.

De Soto também diz que os custos jurídicos excessivos e atrasos produzem a economia informal. Um exemplo dado é o de migrantes de áreas rurais para cidades que querem se inserir no mercado, mas o sistema jurídico os impede, fazendo com que haja a criação de instituições e normas extralegais, uma espécie de pluralismo jurídico. O direito informal serve como argumento para a desregulamentação do mercado. A solução adequada seria a desburocratização, redução dos custos e efetivação do governo. Porém, os pontos negativos são tratados como inerentes aos governos e não passíveis de mudança. Um problema da mudança de poder do governo para os mercados é que a concentração da real riqueza ficará ainda mais restrita, devido a maior influência política dos poderosos economicamente no mercado. Logo, esta visão projeta o setor informal, bem como sua institucionalização por meio de regras jurídicas, como uma forma de escape utópico ao poder sufocante da elite de seus obstáculos formais ao crescimento e a participação na riqueza do país.

Na era de privatização e desregulamentação, a imposição do direito é uma das poucas áreas onde a intervenção governamental é aceitável. A América Latina é acusada de deixar muita discricionariedade na mão dos juízes, e a sugestão da reforma é a criação de novos cargos de promotoria, oralidade dos atos e papel não investigativo dos juízes. O processo penal pré-reforma é associado com autoritarismo e abusos dos direitos humanos bem como impunidade, falta de imposição e ineficiência. O modelo acusatório norte-americano presume que as partes estejam em paridade de armas, porém a reforma prevê apenas a criação de cargos de promotores, não defensores. Não está claro porque os promotores fariam um trabalho melhor ou estariam menos sujeitos a corrupção que os juízes. Uma combinação infeliz de legislação repressiva e promotoria fanática poderia facilitar práticas abusivas. Mais acusações e julgamentos mais rápidos significam um balanço diferente entre liberdades civis e poderes



executórios.

São apresentadas três correntes acadêmicas que sustentam a crítica ao direito latino americano. (a) direito e economia, que em grande parte provêm do pressuposto que a burocracia e o rentismo são intrínsecos ao governo. Na América Latina, o próprio sistema jurídico é visto como maior obstáculo para o crescimento do mercado. A atividade informal é tida como uma prova de que os mercados desregulados são motores de crescimento. O direito e economia é útil, porém sua intenção se resume em promover a substituição das instituições por outras que favoreçam o livre mercado em detrimento das relações sociais. (b) direito comparado, que também contribui para a narrativa do fracasso jurídico através de descrições históricas, estudos sociológicos e política comparada. (c) especialistas anticorrupção, que apontam a corrupção, rentismo e falta de transparência como consequências do modelo jurídico. A lógica é a seguinte: governo menor, menos regulamentação, menos possibilidade de corrupção no setor público. Deve ser pensado que a mudança brusca do domínio estatal para a propriedade privada é uma oportunidade para políticos que buscam a transgressão.

O capítulo, por fim, discute exemplos de capital jurídico. São eles: direito do trabalho, doutrina da função social e direitos constitucionais.

Começando pelo direito do trabalho, muitos países latino-americanos possuem códigos trabalhistas e justiça do trabalho. O argumento neodesenvolvimentista contra o direito do trabalho é o impedimento do desenvolvimento, a responsabilidade pelo “rigor” do mercado. Essa oposição pode ser explicada pelo aumento do custo da mão-de-obra que esses direitos provocam. Concluindo, existem valores político-jurídicos na legislação e o direito do trabalho conseguido por meio de lutas é um exemplo disso.

O exemplo citado para a explicação da função social é a reforma agrária, movimento que tem por objetivo redistribuir terras improdutivas a agricultores sem terra. A versão neoliberal do direito tem uma concepção muito diferente de propriedade, afirmando o direito a propriedade privada e eliminando o ideal de função social da terra.

Terminando pelos direitos constitucionais, uma grande diferença entre as constituições latino-americanas e a estadunidense é a garantia de direitos econômicos e sociais na América Latina e a garantia de apenas direitos civis e políticos nos Estados Unidos. Uma importante forma de garantir direitos constitucionais no direito latino-americano é a possibilidade do amparo, uma espécie de revisão em relação a um direito constitucional que possa ter sido violado. Isso tem sido uma vitória gradual, pois é uma introdução de garantias para proteger direitos e liberdades fundamentais.

## 6. Referências Bibliográficas

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do Direito Latino-Americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.