



INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E HUMANA DA NORMA: UM RECLAMO HISTÓRICO¹

CONSTITUTIONAL AND HUMAN
INTERPRETATION OF THE NORM: A HISTORICAL RECLAIM

André Ferreira Polycarpo Gomes²

Resumo

O presente artigo propõe a apresentar, ainda que de forma breve, o pensamento decorrente da transição da colonização e independência para a constitucionalização e democratização dos países da América Latina. Objetivou-se contextualizar historicamente, o sentimento de domínio e manipulação do poder do Estado a favor da minoria economicamente privilegiada, sob o foco constitucional. Bem como analisar o movimento Positivismo Filosófico, como forma de questionar a eficácia real da aplicação desse, devido o amplo emprego na América Latina. Buscou-se contemplar a atividade hermenêutica, em seus aspectos de argumentação e fundamentação das decisões e atos. A metodologia adotada utilizou da pesquisa bibliográfica com referência doutrinária, em livros, revistas e pesquisa *on line*. Concluiu-se que os povos dos países da América do Sul, sofreram com a morte física e cultural, em busca de condições dignas e sustentáveis de desenvolvimento social e reconhecimento da diversidade étnica, ao lutar pela independência e democratização. Observou-se que há necessidade de se romper com o movimento positivista, pois no sistema jurídico da América Latina não se aplica a positividade das normas constitucionais com mesma ênfase que se aplica as normas infraconstitucionais. Isso desencadeou grande preocupação com a interpretação jurídica da Lei para a ciência do Direito, pois é fato que nos países da América Latina devem-se incluir os princípios legais, aqui considerando o ser humano em sua totalidade, natural, social, cultural, juntamente com suas emoções construídas ao longo de sua própria história, a fim de alcançar a almejada vontade da Lei como bem público tutelado.

Palavras-chaves: América Latina; Independência; Democracia; Constituição; Hermenêutica.

¹ Artigo recebido em 15/05/2014, pareceres submetidos em 05/06/2014 e 08/06/2014 e aprovação comunicada em 23/07/2014.

² Idealizador e atual Coordenador do Departamento de Desenvolvimento Integral de Atividades Jurídicas Argumentativas (DDIA-JA). Sócio do escritório de Direito Doné, Ferreira & Polycarpo em Belo Horizonte. Licenciado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Especialização Lato Sensu em Direito Processual e Material do Trabalho pela Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Aluno do Curso de Doutorado em Direito Contratual da Universidade de Buenos Aires, Argentina. E-mail: <andre.dfpadv@gmail.com>.



Abstract

This article proposes to present, albeit briefly, the thought derived from the transition from colonization to independence and constitutionalization and democratization of Latin America. Aimed to historically contextualize the feeling of mastery and manipulation of state power in favor of the economically privileged minority under a constitutional focus. And also analyze the Philosophical Positivism movement as a means to question the real efficacy of this application, due to the ample employment in Latin America. We attempted to include the hermeneutic activity in its aspects of argumentation and reasoning of decisions and actions. The methodology used was bibliographical, with doctrinal reference books, journals and online research. It was concluded that the people of South American countries, suffered with the physical and cultural death, in search of decent and sustainable conditions for social development and recognition of ethnic diversity, in the fight for independence and democratization. It was observed that there is a need to break with the positivist movement, because in the Latin American legal system does not apply the positivity of constitutional norms with the same emphasis as ordinary law rules. This triggered a major concern about the legal interpretation of the Law in the legal sciences, as is the fact that in Latin American countries one must take in account legal principles, here considering human beings as a natural, social, and cultural whole, along with their emotions built up over their own history, in order to achieve the desired will of Law as legally protected.

Keywords: Latin America; Independence; Democracy; Constitution; Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se como indiscutível que a transição da independência da América Latina, em geral, foi sucedida por vários atos de tirania e tomada de poderes em favor de uma minoria – normalmente eram as elites econômicas – muitas vezes ao custo das vidas daqueles que se opunham à referida minoria.

Assim ocorreu na colonização da América do Sul, na qual os “povos da terra” foram despojados de sua cultura em sua totalidade, onde os colonizadores impuseram uma nova cultura, incluindo a filosofia, as expressões econômicas e comerciais, tais como a moeda, as leis, a política e outros.

Nesse sentido, o povo latino só pode, ao longo dos séculos, se manifestar contra a tirania que sempre proporcionou a tomada do Estado, do governo e do poder de uma nação, conforme os interesses da minoria. A exemplo, os golpes militares foram responsáveis pela morte de milhares de pessoas em toda América do Sul.



Por um lado, tornou-se necessária a valorização das chamadas revoluções ou rebeliões populares. Nesse contexto, entendem os estudiosos das ciências sociais, em geral, que são as revoluções de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado como um todo, especialmente da democracia contra a tirania e, conseqüentemente, o desenvolvimento dos direitos humanos por si mesmo.

Por outro lado, é reconhecido que os movimentos revolucionários são prescindidos por uma expressão artística e cultural que impulsiona, por assim dizer, a revolução em si. Razão pela qual não é possível separar as expressões culturais das ciências sociais, posto que elas sejam uma espécie do gênero manifestação da vontade popular.

Dito isso, é importante citar o movimento ao qual se consagra como Positivismo Filosófico ou Jurídico, pois a expressão positivista, não somente está enraizada nas expressões científicas contemporâneas, ao menos em sua maioria, como também é responsável pela fragmentação das ciências e conseqüentes especializações, num método científico de observação dos acontecimentos, muito específico. Sem embargo, tal pensamento foi observado na cultura europeia, mas imposta a implementação na cultura sul americana.

Nessa seara, o Estado Constitucional Democrático de Direito tem sido questionado em toda América do Sul, posto que a concessão da soberania, em seu aspecto positivo, não tem alcançado o ideal da cultura latina, muito por não considerar as expressões culturais dos nativos e por depreciar a diversidade que compõem os países latinos.

Ocorre que frente ao conflito cultural, filosófico, político e jurídico os países sul americanos têm promovido, durante as três últimas décadas, e impulsionados pelos movimentos de “expansão democrática”, substanciais alterações em suas constituições ou com a promulgação de novos textos constitucionais.

Deve-se considerar, ainda que, especialmente nos Estados positivistas, acreditam que no texto da Lei contém o próprio conceito de justiça e sendo a Lei escrita é necessário questionar o olhar constitucional a que se interpretam tais Leis, sobretudo quando da atividade hermenêutica / interpretativa em seus aspectos de argumentação e fundamentação das decisões e atos.



2 DESENVOLVIMENTO DA AUTONOMIA DA AMÉRICA DO SUL

É cogente mencionar que a história político-jurídica da América Latina é resultante da imposição cultural do processo de colonização, onde os povos indígenas sofreram processo sistemático de “inclusão/exclusão social”. Não obstante, o povo nativo já possuía uma vasta diversidade cultural que envolvia, entre outros fatores, um sistema de normas e hierarquia de comando em benefício do seu povo, embora não sendo discutido que tal processo se tornou possível, não por convencimento, mas pelo uso da força (PUIG, 2010, p 74-90; FAJARDO, 2006, p. 537-567).

Assim, durante o processo de “descolonização” da América Latina, e conseguinte independência de seus Estados Nação – do povo - a cultura político-jurídica não foi objeto de grandes mudanças, uma vez que ainda sobrevive sistema de exclusão, discriminação e alienação sociocultural. Em alguns casos, como a nação brasileira, argentina, chilena, mesmo depois da independência, o povo tem sofrido de usurpação do poder de uma forma ainda mais agressiva (SOUZA, 1999, p. 208).

Como bem trata o tema, Wolkmer (2011, p. 146), assevera que as instituições latino-americanas, assim como as suas culturas jurídicas, se derivam da tradição europeia, mesmo o ideal emancipador dos movimentos de independência foi importado da França, Inglaterra e Estados Unidos da América.

A importação da cultura e imposição da mesma ocorreu em grande parte dos países da América do Sul, a partir da década de oitenta. Com o sentimento de transição democrática têm sido promulgadas novas Constituições ou promovido fundamentais reformas constitucionais, ainda que se considere a diversidade étnica e cultural do povo (WOLKMER, 2011, p. 146).

Esse movimento é fruto da colonização do processo de independência, das ditaduras, das guerras mundiais e de todos os atos desumanos gerados pelas Revoluções Industrial e Francesa, do pensamento científico ocidental positivo e suas reflexões, dentre outras (MELO, 2009, p. 140-141).

Em tal momento é considerado como expressão comum nas “novas constituições latinas” a valorização dos direitos humanos, a positivação



constitucional e a ampliação da Carta de Direitos protegidos pela Constituição. Começou, assim, o questionamento de um novo constitucionalismo latino americano (MELO, 2009, p. 140-141).

Já na década dos anos noventa, especialmente em seu final, é consagrado o constitucionalismo latino americano, pelo reconhecimento do Estado Constitucional, Social e Democrático do Direito, como expressão da valorização da força normativa da Constituição, em superação a concepção semântica que a entende somente como documento predominantemente político e programático, ou seja, solicita a sua aplicação imediata e direta (MELO, 2009, p. 140-141).

Assim sendo, atente-se que na atualidade, mais precisamente nas últimas décadas, período de expansão democrática, surge o movimento reconhecido por muitos como sendo uma nova fase política e constitucional na América Latina. Essa etapa busca estabelecer a estreita ligação da nova democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos.

Os sistemas jurídicos introduzem, nas legislações editadas ou elaboradas a essa época, ampla lista de direitos fundamentais e o compromisso com o desenvolvimento de forma idônea e palpável de garantias e aspectos de justiça no texto constitucional, tendo por orientação a tutela dos Direitos Fundamentais e Humanos (MELO, 2009, p. 141).

Entre as tendências e inovações apontam-se as recentes Constituições latinas americanas. Elas têm por fundamento o reconhecimento do pluralismo que direciona para uma reapropriação do Estado Constitucional, revendo crítica e criativamente suas promessas não cumpridas e premissas não levadas em consideração pelas longas décadas de exercício e aplicação das Constituições anteriores.

Nessa proposição, o já reconhecido doutrinador Böhmer citado por Berensztein *et al* (2006, p. 7), em sua exposição sobre o “novo constitucionalismo latino americano”, leciona: “o ocidente passou pela transição do discurso moral pré-moderno para moderno. O discurso moderno considera que o povo tinha concebido a soberania a uma pessoa, alcançou êxito, mas não alcança mais”.



Dessa forma, a América Latina tem uma civilização mais complexa que tomou consciência que não são governados pelas leis e nem pelos legisladores. Já não se aceita mais a ideia de que o povo sul americano é governado por uma sociedade maior ou mesmo por Deus.

Tem-se reconhecido este povo como indivíduos e expressões coletivas independentes. Não é mais necessário ou possível impor pela força aquele governante a que os povos latinos americanos não reconhecem por sua vontade legítima. O povo latino, assim, exige que sejam convencidos.

É assim, enquanto indivíduo autónomo, soberano de si, que o povo reclama por um convencimento onde devem reconhecer algumas regras, onde a razão compreende na busca não somente do que é, mas também na observação do que não é. Não sendo mais suficiente a imposição de crenças ou valorização de feitos descontextualizados da cultura e do momento histórico da nação (BÖHMER, apud Berensztein *et al*, 2006, p. 7).

Aqui é fundamental expor a definição de democracia, acrescentada pelo já citado Böhmer (2006), a qual vem experimentando o povo da América Latina, pelas últimas décadas:

Este é o tipo ideal de democracia radical, da democracia à maneira jacobina, a que se expande junto com o império napoleônico. Dentro dos diversos tipos em que se apresenta a democracia constitucional, este sistema tem muito de democrático e pouco de constitucional. De fato, a interpretação das normas constitucionais é também jurisdição do legislativo. Tanto é assim que a Europa continental teve que aguardar a conclusão da Segunda Guerra Mundial, para ser o protagonista dos piores massacres da história, para aumentar, embora ligeiramente, a necessidade de um órgão constitucional que controla a interpretação da maioria: os tribunais constitucionais, e mesmo mais tarde ainda, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Observa-se que a tendência latino-americana consiste em garantir a operacionalidade dos direitos e as garantias que suas constituições estabelecem, onde a eficiência se encontra numa concepção normativa e realista da Constituição. No novo espírito constitucional latino-americano, os direitos são medidas de valorização e qualificação de eficácia, visando uma hierarquia clara de princípios, normas e sua aplicabilidade direta e atual.



Tendo em vista tais pontos, Baldi (2011) destaca que são três ciclos que o levaram a pensar sobre o "novo constitucionalismo" ou, como alguns preferem, a repensar o constitucionalismo. Considera, ainda, que para o novo, necessariamente tem que haver um constitucionalismo anterior, o que muitos duvidam da sua existência na América Latina. De toda forma, tal movimento objetivou a sucessão de três grandes mudanças constitucionais.

2.1 Mudanças Constitucionais

Para Baldi (2011), as mudanças constitucionais se encontram em três períodos distintos. O primeiro aconteceu entre 1982 a 1988 quando se estabeleceu o Constitucionalismo multicultural, referindo-se as primeiras discussões sobre a insuficiência do velho modelo. Essas mudanças também foram aludidas, por alguns doutrinadores, como sendo a divisão entre primeira, segunda e terceira dimensão ou geração, agregando o conceito de diversidade cultural.

O segundo momento ocorreu entre 1988 a 2005, o qual ficou definido como reconhecimento efetivo das sociedades multiétnicas e dos Estados Multiculturais Unidos. A exemplo da Constituição da Venezuela (1999) e da Constituição da Argentina (1994). Este momento é chamado, comumente, de "o constitucionalismo multicultural" (BALDI, 2011).

Por fim, considera-se como sendo o último ciclo de desenvolvimento do novo constitucionalismo latino americano, a emersão do referido Constitucionalismo Multinacional, em 2006. Esse, por sua vez aceita ou amplia o reconhecimento e a proteção dos direitos dos povos indígenas, como ilustra as Constituições do Equador e da Bolívia (BALDI, 2011).

Vale mencionar que a partir do constitucionalismo clássico europeu, as constituições latino-americanas tendem a avançar, especialmente, no que se refere à efetividade e aplicação do reconhecimento ao pluralismo, à expressão multiétnica, à inclusão social e participação política, bem como, a proteção ambiental, formando uma estrutura que objetiva o desenvolvimento sustentável – equilíbrio do uso dos recursos naturais e econômicos –, a valorização da diversidade histórico-cultural etc. (MELO 2009, p. 141).



Neste diapasão Grijalva (2008, p. 50-51) leciona acerca da análise da formação do dito Novo Constitucionalismo Multinacional, o qual teve início na América Latina:

O constitucionalismo multinacional ou deve ser um novo tipo de constitucionalismo baseado nas relações interculturais igualitárias que redefinem e reinterpretem os direitos constitucionais e reestruturam a institucionalidade proveniente do Estado Nacional. O estado multinacional não é ou não deveria ser reduzido a uma Constituição que inclui um reconhecimento puramente culturalista, [...], mas um sistema de fóruns de deliberação intercultural genuinamente democrática.

Com muita propriedade, Grijalva (2008, p. 49-62) ao considerar tais teorias sobre o novo constitucionalismo latino-americano assevera que ele deve ser fundamentalmente dialógico, concreto e garantido. Esse imperativo exige a comunicação e deliberação permanentes entre a cultura.

Exige também a busca de soluções específicas e em tempo para situações individuais e coletivas. Em seguida, as soluções devem surgir a partir de deliberação, tendo em vista a garantia de expressões livres de vontade, do reconhecimento dos valores constitucionais institucionalizados na aceitação dos Direitos Humanos.

Tem-se que nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito não é mais um modelo abstrato, todavia é reconhecido como um paradigma da administração, que tenta para o planejamento e promoção da vida social. Sendo essa premissa esboçada, em forma e conteúdo pela força normativa da Constituição, em defesa dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, na promoção da justiça social e da ordem econômica (MELO, 2009, p. 142).

Nesse sentido, em uma espécie de pluralismo democrático surge precisamente nos vários preâmbulos das Constituições latinas; bem como em suas disposições específicas sobre a organização dos Estados, premissas de ordem econômica e social. No entanto, não foram esquecidos os direitos e deveres dos cidadãos, o que há ampliado a noção tanto de sujeitos como de direitos tutelados.

Essa visão considera uma concepção mais ampla de cidadania, como uma redefinição do espaço público, que enfatiza a relação entre o Estado e os cidadãos.



Em tal ponto se legitima a intervenção pública na economia em oposição ao modelo de privatização neoliberal (MELO, 2009, p. 145).

Por fim, assumindo uma posição marxista a qual valoriza os processos sociais, é saudável considerar as “Lutas Históricas”, objetivando compreender o direito como eixo epistêmico de articulação dos processos sociais e do chamado *empowerment*, conforme enfatiza Galhardo (2008, p. 312).

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO POSITIVO

Como tenho dito em meus trabalhos apresentados na douta Universidade de Buenos Aires (UBA), deve-se inicialmente mencionar que o pensamento positivista tem como marco as Revoluções Industrial e Francesa (século XVIII). Este foi um momento identificado por muitos como responsável pelo desenvolvimento dos paradigmas modernos.

Por conseguinte, nesse contexto, é conveniente citar Auguste Comte (1798-1857) aceito pela maioria como sendo o fundador do pensamento positivista, ao expressar que o espírito positivo consiste como um todo em visualizar para antecipar, passa pela observação do que é com o intuito de estabelecer o que será.

Ainda segundo a teoria de Comte (1978, p. 7), o estado positivo é caracterizado por subordinação da imaginação e da argumentação das ciências, as quais deveriam se limitar a um exclusivo grupo de fenômenos. Nesta perspectiva, deve-se aplicar o mesmo método em todos os ramos da ciência ou da investigação.

Para o referido pensador, a dinâmica social se encontra abaixo de sua estática na ordem de subordinação, isso porque o progresso provém da ordem e promovem os elementos permanentes comuns de qualquer sociedade, como religião, família, propriedade, linguagem [...].

Já na expressão do positivismo, no âmbito jurídico, deve-se aludir, ainda que brevemente, a passagem de Kelsen (1999) pela Universidade de Buenos Aires, a convite do notável Carlos Cossi, cuja história mereceu incontáveis páginas pelos mais nobres professores doutrinadores jurídicos.



Na ocasião, em 1949, Hans Kelsen é recebido na Argentina por Carlos Cossio para realizar conferências acadêmicas, nelas sucederam severas críticas de Cossio a Teoria Pura do Direito formulada por Kelsen. A grande insatisfação de Cossio com a Teoria Pura de Kelsen, em resumo, é o fato de que o ponto central do Direito seria a conduta humana para esse doutrinador, já para aquele o ponto central seria a norma propriamente dita.

Tal divergência causou várias restrições para ambos os autores, o que se percebe em algumas publicações dos mesmos e pode ser verificada por meio das diversas obras sobre o assunto (WOKMER, 2011, p. 146).

Já sobre o modelo positivo do pensar, vale mencionar a passagem do texto do nobre mestre Böhmer (2010, p. 21-22):

O formalismo de pensar que a lei é um texto puro e positivismo ideológico ordenando a execução e cumprimento da lei, sem interpretação não convida ao diálogo. Eles tentam impor a pura vontade daqueles que acreditam ter a autoridade para fazê-lo. E contra essa imposição só há apenas submissão ou resistência, nenhum diálogo. A felicidade de Laprida é a de haver encontrado seu lugar na narrativa do destino sul-americano: a morte violenta. Laprida agora faz parte da infinita sucessão de mortes e de vinganças. Ele e os outros (os vitoriosos bárbaros: os gaúchos), e não é ninguém. Como sair da tragédia? Como termina a sucessão infinita de mortes? Como nascem os procedimentos do direito para fazer morrer a tragédia?

Cumprir ainda mencionar que as três últimas constituições promulgadas na América Latina (Venezuela, Equador e Bolívia) são resultantes do trabalho de consecutivas Assembleias Nacionais Constituintes com participação popular.

Neste campo faz-se fundamental verificar a aplicação de uma hermenêutica jurídica da Constituição, sob a ótica de um olhar democrático humano.

4 HERMENÊUTICA HUMANO LEGAL: UM CASO CONSTITUCIONAL

Nessa conjuntura tem-se que a atuação dos movimentos sociais, especialmente em sua expressão jurídica, atua contra o *status quo ante*, enquanto esse parece ser injusto ao movimento, no sentido de que a lei o discrimina ou/e prejudica seus representantes (MALFATTI, 2011, p. 217-228).



Assim é que determinada classe social, setor, grupo de pressão visa ao reconhecimento e construção de novos direitos que permitam a satisfação ou benefício das necessidades concretas e dignidade suficiente para a vida em sociedade. Em sua expressão prática jurídica o que se busca não é a positividade de novos direitos, mas sim a efetividade dos direitos já garantidos nos textos constitucionais, mas que tem suas aplicações negadas ou não garantidas (COSTA, 2001, p. 498).

Acontece que a organização do Estado também mudou, rejeitando o paradigma tripartite do pensador Montesquieu ao incluir uma participação comunitária e instrumentos de responsabilidade social, ou seja, "a participação da sociedade civil nas discussões e práticas políticas e função da imprensa" que excede o limite dos três poderes, criando o dito Poder Cidadão, Constituição da Venezuela, ou Controle Social, na Bolívia, ou mesmo o Quinto Poder no Equador. O que contribuiu substancialmente para o desenvolvimento e compreensão da legitimidade, transparência e democratização dos atos de governo (MONTESQUIEU, 1994; ROBL FILHO, 2013, p. 25).

Além disso, nos ensinamentos de Atienza (1997, p. 35) acrescenta-se: "uma decisão pode entender-se justificada de três maneiras: apelar para a autoridade; ao procedimento ou ao conteúdo, ou por uma combinação destes três elementos".

Dessa forma, tendo em vista o desenvolvimento da descolonização dos países latino-americanos, a influência e força que tem exercido o pensamento positivo hodiernamente, cabe investigar o método interpretativo suficiente para a consagração dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da constitucionalização do Estado e, até mesmo o bem comum, atualmente reconhecido como responsabilidade social.

Nesse sentido, Rosa (2003, p. 93) acredita que, se o mundo é a linguagem, o Direito é linguagem e, sendo essa ambígua e vazia, impossível é a construção de um discurso unívoco. De modo que a mesma, a linguagem, não é independente do próprio processo de compreensão. O ator jurídico faz parte do mundo, do mesmo modo que o próprio direito, e esse mundo se realiza através da linguagem e da comunicação.



Nesse ponto importa mencionar que o vocábulo comunicação se originou a partir do termo *communis*, do Latim, que significa fazer o comum: “a comunicação uni a comunidade, por meio da troca de informações” (PAULO FILHO, 1987, p. 85); que de certo deve ser interpretada tanto por quem distribui como por quem recebe a informação.

Dito isto, é importante frisar que a comunicação na visão sociológica é o instrumento que possibilita e determina a interação social, é o feito que proporciona a convivência em união entre os seres humanos (PAULO FILHO, 1987, p. 85-86).

Assim, tem-se que a limitação da amplitude das palavras é uma preocupação atual tanto no Direito como em outros fatos sociais e nas mais variáveis facetas da cultura, tal como ilustra o nobre escritor Borges (2011, p. 189) ao citar em sua obra *El Golem*: “(como afirma o grego no Crátilo) o nome é arquétipo da coisa e nas letras da rosa está a rosa e todo o Nilo na palavra Nilo”.

Da mesma forma, tal feito se expressou na filosofia, a exemplo de Santo Agostinho e Wittgenstein (1967, § 1, p. 9) onde, entre todos os desencontros de razões filosóficas no tema, os dois estavam de acordo quanto à ideia de que os sinais são mortos por si só, sendo que para Wittgenstein o que lhes concede vida é o uso.

Para Adorno (2005, p. 28) um dos principais representantes da Teoria Crítica, ao tratar sobre as revoluções as quais tem promovido a estrutura humana do Direito, explica: “a necessidade de dar voz ao sofrimento é condição de toda verdade”.

Já, sobre as características das regras e sua aplicação, o citado autor Atienza (2000, p. 124) assim conclui:

[...] as regras constituem as concreções relativas às circunstâncias genéricas que constituem suas condições de aplicação, derivadas do equilíbrio entre os princípios relevantes nestas circunstâncias. Estas concreções formadas pelas regras pretendem ser conclusivas e excluir como base para a adoção de um curso de ação, a deliberação de seu destinatário sobre o saldo de razões aplicáveis ao caso. Esta pretensão, no entanto, resulta em ocasiões falida: quando o resultado da aplicação da regra resulta inaceitável à luz dos princípios do sistema que determinam a justificativa e o alcance da regra em si.



Cumpra-se citar mais um ensinamento do citado doutrinador Böhmer (2008, p. 239):

[...] A prática do direito envolve uma teia de discursos, expectativas, surpresas, informações assimétricas, comportamentos estratégicos, interpretações generosas ou banais que vão construindo uma linguagem suficientemente inteligível para construir discussões ambíguas o suficiente para manter as discussões abertas a novos argumentos e atores.

Segundo Atienza (1997, p. 37-48) a argumentação presume quatro elementos mínimos, são eles:

1) uma linguagem que se argumenta é um produto linguístico, e um argumento é um produto linguístico que se incorpora em um conjunto de sentenças; 2) uma conclusão, isto é, o ponto final da argumentação ou o enunciado com o qual se encerra o argumento; 3) uma ou mais premissas, isto é, o ponto de partida da argumentação ou os enunciados que se compõem o argumento; 4) uma relação entre as premissas e conclusão.

Já acerca da concepção dialética ou pragmática da argumentação jurídica Atienza (1997, p. 37-48) afirma que:

A argumentação como um tipo de ação - ou de interação - linguística. A argumentação é um ato de linguagem complexo que ocorre em determinadas situações; em geral, pode-se dizer que, no contexto de um diálogo (com outro e consigo mesmo), quando aparece uma dúvida ou é posta em questão um enunciado (de caráter teórico, prático, etc.) e se concorda que o problema há de se resolver por meios linguísticos (portanto, sem recorrer à Força física e a outros tipos de pressões externas ao discurso) [...].

Com o mesmo olhar, Reale (2005, p. 289) acredita que interpretar uma Lei tem por pré-requisito a compreensão da plenitude de seu foco ou fins sociais, buscando limitar o conteúdo e o significado de cada um dos seus dispositivos.

Já Oliveira (2003, p. 35), ao considerar os conceitos de *Raws*, compreende que a problemática dos pensamentos intransigentes consiste em impedir o surgimento de um consenso que viabilize a coexistência pacífica dos interesses advindos da diversidade.

Enquanto, para Dworkin (2003, p. 60) a interpretação é o ato de tentar compreender alguma coisa, que pode ser uma afirmação, um gesto, um texto, um



poema ou mesmo uma pintura; sendo que tal compreensão ocorre de uma maneira particular e especial. Para ele a interpretação é sempre intencional e atribui significados com base em seus supostos motivos, ligados à intenção e as preocupações do orador, por isso, deve-se considerar a figura do magistrado quando da prestação jurisdicional, uma vez que a interpretação em todas as suas formas, é em seu próprio fim uma explicação intencional.

Sobre o ato do juiz, Atienza (2000, p. 20) explica:

[...]o juiz realiza uma ponderação entre os princípios, cujo resultado é precisamente uma regra. Por isso, faz todo o sentido dizer que os princípios não determinam diretamente uma solução (isto é, sem a mediação das regras) [...]. A distinção entre regras e princípios só faz sentido em nível da análise em primeira fase, mas não uma vez que estabelecidos todos os fatores, ou seja, à luz de todos os elementos que pertencem ao caso, que se tratam, pois então a ponderação entre princípios deve haver dado lugar a uma regra.

O que arrisco dizer que, o primeiro novo princípio que emerge da vontade latino-americana, como uma expressão da referida regra de solução de conflitos entre princípios, quiçá, para intuir uma expressão gráfica para tal princípio, seria dizer o "Princípio da Interpretação Humana frente à Regra Positiva". O que se justifica a partir de Rabinovich (2013, p. 156):

Nossa época se caracteriza pelo declínio dos fundamentos e critérios universais. Mas, mesmo assim, para além de todas as diferenças socioculturais e filosóficas entre os povos, parece ser a necessidade e a expectativa da dignidade humana entre todas as civilizações. Por exemplo, a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Biomedicina conferem a noção de dignidade humana um ponto central. E a Declaração Universal de 1948 proclama em seu preâmbulo a dignidade inerente a todos os membros da família humana.

Neste contexto, é necessário e construtivo considerar alguns outros ensinamentos do professor Böhmer (2008, p. 236), quando em sua obra destaca a importância da teoria do juiz Hand:

A possibilidade da existência da liberdade depende, segundo Hand de certas capacidades dos seres humanos. A capacidade de manter convicções sem se converterem em certezas imutáveis, a capacidade de se colocar no lugar de alguém que nunca vai ser a capacidade de equilibrar



pontos de vista, incluindo o próprio e poder de ser capaz de identificar o peso de suas diferentes convicções. Em termos protagônicos, a capacidade de exercer o pudor e a justiça, habilidades que definem a política desde o nascimento da democracia, nem leis, há vinte e cinco séculos atrás. Sem estas capacidades, diz o juiz, nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhum tribunal pode gerar práticas sociais consistentes com a esperança de construir uma sociedade livre.

Neste momento tem nascido o atual espírito constitucional da América Latina, onde, na primeira vez que se exige a aplicação de normas constitucionais e princípios constitucionais, para então, passar para a discussão sobre as leis locais infraconstitucionais, mas sempre com o foco da proteção e motivação constitucional.

Assim bem nos ensina o já citado autor Atienza (2011, p. 9-10):

O constitucionalismo, como é conhecido, é tanto um fenômeno como uma concepção de Direito. Como fenômeno, é caracterizado por uma série de mudanças que estão tendo lugar em nossos Direitos e mudaram sua fisionomia; o mais importante deles - desencadear outros - é o reconhecimento da força que vincula as Constituições, as quais, por outro lado, contêm uma grande e espessa declaração de direitos na forma de princípios e juízos de valor [...]. O interesse pelo constitucionalismo (enquanto concepção ou talvez, melhor, transpondo de qualquer concepção de Direito) não é, portanto, uma questão de moda. Eu diria que é uma necessidade para qualquer jurista do nosso tempo, e independentemente de haver ou não um filósofo teórico ou legal no sentido acadêmico do termo[...]. Todos os homens são filósofos, ou seja, ainda mais de uma filosofia como uma atividade intelectual própria dos filósofos profissionais, há também uma "filosofia espontânea" própria de todo o mundo e já é encontrada na linguagem, o senso comum [...]. (In prefácio).

Assim, os países da América do Sul vêm exigindo a aplicação das normas constitucionais de imediato para conduzir as leis de uma nação, não havendo interpretação legítima e válida se não pela luz das regras e princípios das Constituições latinas em seus respectivos territórios.

5 CONCLUSÃO

Historicamente, a humanidade sentiu em sua carne os resultados de um "pacto social" em que pelo largo dos séculos se evidenciou o domínio e manipulação do poder do Estado a favor da minoria privilegiada. Na América Latina, este sentimento pode ser percebido desde sua colonização até os dias atuais com a busca da democracia constitucional.



Por tudo o que aparece no olhar histórico dos caminhos da independência e da democratização dos países da América do Sul é necessário considerar que, sob a grande continuidade de pensamento, de um espírito ou de uma mentalidade coletiva é necessária, na atualidade, compreender a incidência das interrupções.

Nesse ponto, é que parece emergir o sentimento de sofrimento nos países do sul de se ter assegurados e realizados os direitos já consagrados com a morte de seu povo, física e cultural, as quais visaram e visam a garantir a raça humana condições dignas e sustentáveis de desenvolvimento social, na melhor expressão da democracia e reconhecimento da diversidade.

Emerge de tal sentimento a busca pela ruptura do pensamento positivo, especialmente sua aplicação legal, pois está acontecendo o despertar da consciência, que no sistema jurídico da América Latina não se aplica a dita positividade das normas constitucionais, tal qual se aplicam as normas infraconstitucionais.

Ocorre que os textos constitucionais e seus princípios refletem as garantias mínimas fundamentais ou das quais é um resultado da "tragédia humana" e, portanto, estão sujeitos a acordos internacionais que visam restringir as Constituições em reconhecimento dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, é que a dogmática jurídica está particularmente preocupada com a interpretação da lei, visando não só o resultado em si, mas considerando a atividade de interpretação, tão fundamental para a ciência do Direito e que, por muitas vezes, são suficientes para garantir a eficácia do direito humano reconhecido.

Assim, procura-se ampliar a perspectiva do significado da Lei, Política e Cultura em memória de sua estreita relação. Pensamentos que impulsionam e clamam por novos processos de produção e valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos e as novas relações entre diferentes tipos de conhecimento. Acontece que o povo integrante da América Latina comparte do mesmo sofrimento histórico de injustiças, discriminação e desigualdades causadas pelo capitalismo e pelo o colonialismo que tem perturbado as Constituições dessas nações.



Desta forma, quando da atividade da Hermenêutica Jurídica ou interpretação da lei, a qual inclui os princípios legais, nos países da América Latina, deve-se considerar o ente Humano, aqui composto por ele mesmo e pela externalização de seus atos, ou seja, ele e os ambientes (natural, social, cultural e, por que não os internos, como as emoções construídas pela sua história?) para que se alcance a almejada vontade da lei como sendo o bem público tutelado.

Agora, como resposta para a insatisfação o povo Latino Americano com seus sistemas de normas e sua aplicação livre de racionalidade e que despreza a diversidade existente nesta região, as pessoas criaram uma esquiva para a aplicação da lei, o que pode ser reconhecido pelo chamado "jeitinho Brasileiro", no Brasil, ou "gauchada" na Argentina, como diz Böhmer (2010).

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. **Dialéctica negativa**. Madrid: Akal, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Colombia, Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 1997.
- ATIENZA, Manuel. **Ilícitos atípicos**. Espanha-Madri: Editora Trotta, 2000.
- ATIENZA, Manuel. In: CRUZ, Bárbara et al. **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo**: um conjunto de perspectivas. Prólogo. Portugal-Coimbra: Almedida, 2011.
- BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Jornal Estado de Direito**. 32. ed. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- BÖHMER, Martín. **División de poderes a la argentina, democracia en las formas, monarquía en el fondo**. In: BERENZSTEIN, Sergio. et al (compiladores). El país que queremos. Principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor. Buenos Aires: Grupo Editorial, 2006. Contribuciones de los especialistas: BERENZSTEIN, Sergio.; LARRETA, Horacio Rodríguez.; STURZENEGGER, Federico.
- BÖHMER, Martín. On the Other Hand: comentário a Balkin y Levinson. Buenos Aires: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Año 9, n. 1, Júlio, 2008.
- BÖHMER, Martín; MOGUILLANSKY, Rodolfo; RIMOLDI, Rogelio (compiladores). **Por qué el mal?** Buenos Aires: Temas Grupo Editorial Teseo, 2010.
- BORGES, Jorge Luis. **Obra Poética**. Buenos Aires: Sudamericana, 2011.
- COMTE, A. **Curso de filosofia positiva**. Seleção de textos de GIANNOTTI, J. A. Trad. de GIANNOTTI, J. A.; LEMOS, M. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).



- COSTA, Pietro. **Civitas**: Storia della cittadinanza in Europa. v. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino**. In: BERRAONDO, Mikel (coord.). Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- GALLARDO, H. **Teoría Crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008.
- GRIJALVA, Agustín. **El Estado Plurinacional e Intercultural en La Constitución Ecuatoriana del 2008**. In: Ecuador Debate 75. Quito-Ecuador, Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.ecuadordebate.com/wp-content/uploads/2010/06/Ecuador-debate-75.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MALFATTI, Silvino Antonio. Os movimentos sociais em Alain Touraine. **Revista Estudos Filosóficos**, n. 6. DFIME, UFSJ, São João Del Rei, p. 217-228. 2011. Disponível em: <<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>>. Acesso em: 09 mar. 2014.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Ministério da Justiça. n. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Semestral. 1. ed. p. 140-141. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2009;000861344>> Revista anistia política e justiça de transição. --. Acesso em: 08 mar. 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Decondant, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- PAULO FILHO, P. **A revolução da palavra**: uma visão do homo loquens. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Siciliano, 1987.
- PUIG, Salvador Martí. **The emergence of indigenous movements in Latin America and their impact on the Latin American Political scene**: interpretative tools at the local and Global levels. Latin American Perspectives, Issue 175. v. 37, n. 6, November, 2010.
- RABINOVICH-BEKMAN, Ricardo David. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos?** Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.



ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

SOUSA, Santos Boaventura. **La globalización del derecho:** los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999.

WITTGENSTEIN, L. **Ricerche filosofiche.** Torino: Einaudi, 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCConst.** Curitiba-PR: ABDCConst, 2011.