

A Nova Hermenêutica e a Convenção Americana

Jussara Jacinto

RESUMO

Este artigo trata da interpretação do regime de direitos fundamentais previsto na Constituição de 1988 e como este interage com a Convenção Americana de direitos humanos. Parte-se da natureza axiológica do princípio da dignidade humana para discutirlo como o eixo gravitacional da interpretação de ambos os sistemas, com vistas à concretização dos seus postulados. Para tanto, recorreremos ao conjunto de técnicas denominado Nova Hermenêutica, mais adequado ao direito constitucional, segundo a doutrina constitucional mais contemporânea. Tal método, que vocaliza a própria teoria material da Constituição, funda uma nova técnica de interpretar, em tudo antagônica ao formalismo dedutivista reinante até então, se não colocando uma pá de cal no normativismo Kelseniano, pelo menos reduzindo sobremaneira a sua importância.

Jussara Jacinto

Docente do Programa de Mestrado em Direito - Unaerp

ABSTRACT.

This article studies the human rights system in the Constitution of 1988 and how it interacts with the American Human Rights Convention. We start considering the human dignity principle as the most valuable one in both systems, which determines how every human right will be interpreted and made real. To achieve this aim, we look for the new techniques the constitutional theory provide, also Known as New Hermeneutics, more accurate when concerning constitutional law and most specially, human rights.

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar o método de interpretação da Nova hermenêutica aplicado ao sistema interamericano de direitos humanos. Partiremos da teorização dos princípios, contextualizando o Pacto de San José da Costa Rica no painel de novos métodos hermenêuticos aplicáveis ao Direito Constitucional, segundo o que propõe a doutrina mais moderna. As nossas reflexões compreendem dois eixos: o primeiro determinado pelo fato de acreditarmos que a incorporação dos postulados internacionais de direitos humanos se dá com o *status* de norma constitucional, e que, por força disso, a sua interpretação é a mesma que se propõe para os direitos fundamentais originalmente previstos pela Carta Maior, ou seja, a decorrente da teoria material da Constituição, pautada pela concretização de suas normas; o segundo, ao ser incorporada à Constituição, as normas convencionais assumem, em relação à legislação infraconstitucional, a mesma relação de hierarquia que o princípio da supremacia da Constituição impõe, sendo os conflitos decorrentes das suas antinomias internas e externas, resolvidos pelos mesmos critérios que são utilizados para as normas criadas pelo poder constituinte originário.

Como desfecho, utilizamos o direito à igualdade, inscrito tanto na Constituição Federal como na Convenção Americana, apenas para exemplificar a nossa linha de raciocínio.

DE NORMAS CONVENCIONAIS A NORMAS CONSTITUCIONAIS

Tema historicamente tratado como de menor importância pelo Direito Constitucional nacional¹, o relacionamento entre as normas de direito interno e internacional assumiu uma relevância mais palpável a partir do movimento internacionalmente conhecido como processo de globalização. Mesmo assim, com poucas ressalvas, a doutrina têm se dedicado mais a investigar as repercussões da universalização econômica nas frágeis economias internas, do que propriamente investigar esses efeitos em outros campos do conhecimento. De qualquer forma, já se pode sentir um movimento no sentido da construção de uma teoria embasadora de algumas teses propiciadoras de uma maior concretização dos direitos fundamentais postos por instrumentos constitucionais, tal como a que pretendemos construir neste texto.

Existem quatro posições acerca do relacionamento entre os postulados de direito interno e os postulados de direito internacional. A primeira delas, defendida pela constitucionalista Flávia Piovesan, entende que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil entram no nosso sistema como normas constitucionais. Para chegar a essa conclusão, propõe a autora uma classificação dos direitos fundamentais elencados pela CF/88. Os direitos fundamentais se dividem em; a) direitos fundamentais explícitos, a exemplo dos listados pelos incisos I a LXVII do art. 5º; b) os implícitos, que advêm não apenas das normas garantidoras, assim como dos princípios que norteiam sistemas específicos da Constituição, a exemplo da anterioridade tributária, reconhecido pelo STF como cláusula pétrea e; c) os direitos inscritos em tratados internacionais, ratificados pelo Brasil.²³ Vem corroborar esse entendimento, os arts 1º e 2º do art. 5º, que ditam a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais e a não exclusão do regime dos direitos fundamentais nacional, dos direitos inscritos em tratados internacionais do qual o Brasil seja parte. Ressalte-se que essa posição de preeminência apenas atinge tratados de direitos fundamentais, estando os outros pactos submetidos à regra do art. 102, III, b, da Constituição que estipula para estes o status de norma infra-constitucional⁴.

A segunda posição, é preconizada pela nossa mais alta Corte⁵, e entende que as normas de tratados são incorporadas pelo Direito brasileiro como normas infraconstitucionais, assumindo uma condição paritária em relação ao direito interno. Esse entendimento, no entanto, peca pela falta de lógica ao admitir apenas parcialmente o princípio que rege o conflito de leis no tempo, ou seja, o da revogação da lei anterior incompatível com a lei posterior, quando esta é uma norma internacional. Vale dizer, se a lei posterior for a lei federal, este revoga o tratado, mas a recíproca não é verdadeira.⁶⁷

A terceira tese entende que os tratados têm status de norma supra-constitucional, fazendo parte do *jus cogens* do Direito Internacional. Ou seja, tais normas formariam um complexo não atingível pelo direito interno, não podendo ser revogado por este⁸.

A Quarta posição entende que os tratados de direitos humanos gozam de hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, e foi recentemente preconizada pelo Ministro do STF, Sepúlveda Pertence⁹, em voto proferido em **Habeas Corpus**.

Como já esclarecido, pugnamos pela primeira posição, e entendemos que os tratados de direitos humanos são incorporados ao direito brasileiro como normas constitucionais, em observância ao que preconiza o art. 5º, § 2º, e como tais, são auto-aplicáveis, a teor do art. 1º, do mesmo artigo, ambos da CF/88.

PRINCÍPIOS E REGRAS

Ora, é sabido que o nosso sistema constitucional é um sistema normativo aberto

¹ Ver, sobre essa omissão, o capítulo XV – “A grande ausência: relações entre DI e Direito Interno”. In Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro:Renovar. P. 365 a 367. 2000.

² Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997. P. 89.

³ Partilha essa mesma posição o prof.

Celso A D. de Mello

⁴ Piovesan, Flávia. Ob. Cit. p. 91.

⁵ Idem, ibidem. p. 91.

⁶ Pereira, André Gonçalves e

Quadros, Fausto de. Manual de direito internacional público. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. P. 103 apud Piovesan, Flávia. Ob. Cit. p. 92.

⁷ O Prof. Francisco Rezek assim manifesta a sua opinião: Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. E mais adiante, sobre a paridade entre o tratado e a lei nacional, dispõe: De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal

de normas, compreendendo estas os princípios e as regras.¹⁰¹¹ Temos pois, que a estrutura do sistema se constrói a partir desses pilares, os princípios e as regras. Também no regime dos direitos fundamentais, a lógica que preside é a mesma, os direitos ora se apresentando como princípios, ora como regras.¹² E, algumas vezes construindo-se como princípio e como regra simultaneamente¹³.

Mas, se essas são as duas categorias básicas do sistema, o que as aproxima, e o mais importante, o que as distingue?

De início, importa esclarecer que ambos comportam um comando de dever ser, ou seja, são ambos dirigidos a regular a conduta humana, através de um comando que pode ser uma proibição, uma obrigação e uma permissão. Neste aspecto, são semelhantes excluindo-se, por força da construção de um novo modelo de interpretação, aquele caráter de diretriz, de conselho, de linha a ser seguida que assumiam os princípios, sob a égide do método de interpretação tradicional, que os esvaziava em sua imperatividade¹⁴.

Os princípios que compõem o sistema constitucional são, por conseguinte, princípios imperativos, obrigatórios, em tudo normativos, e nesse quadrante muito semelhantes à regra de direito. Os princípios podem ser conceituados¹⁵ como mandados de otimização, cuja eficácia ótima dependerá das possibilidades deixadas pelos outros princípios constantes do sistema, ou que preconizam máxima antagônica, ou que protegem bem jurídico contraditório àquele inicialmente escolhido. Vale dizer que a efetividade do princípio é sempre potencial, sendo otimizada na medida em que os seus contraditórios o permitam, e apenas diante de uma situação concreta.¹⁶

A fim de preencher essas características e realizar as suas virtudes de orientar a atividade de interpretação e ao mesmo tempo portar-se como comando de dever-ser, aplicável diretamente ao caso concreto, o princípio é escrito com semântica aberta, apresentando uma proximidade maior com a base axiológica orientadora da própria ordem de que faz parte. Daí decorrem dois aspectos que os distingue das regras: o primeiro, a proximidade dos princípios com os valores que o sistema constitucional quer perpetuar – fato não distinguível na regra; o segundo, a própria linguagem utilizada na regra, que por ser um comando com alta dose de definitividade, é escrito de forma mais direta e objetiva.

Esse último aspecto ratifica a própria essência da regra, de ser um comando de tudo ou nada¹⁷, definitivo. Vale dizer que, em razão dessa definitividade, a antinomia detectada entre regras é solucionada através da exclusão de uma delas.

Ainda no tema das distinções entre essas duas categorias, temos que por terem os princípios maior intimidade com os valores, eles são a sua expressão primeira, *informando materialmente as demais normas*.¹⁸ Há, pois, não uma hierarquia entre essas duas espécies de normas—já que ambas tem fundamento constitucional—, mas uma distinção de natureza, de amplitude, de grau de determinabilidade, com o conteúdo das regras remetendo aos dos princípios.

COLISÃO DE PRINCÍPIOS E CONFLITOS DE REGRAS

Como dito anteriormente, os princípios e regras não estão em uma relação de hierarquia dentro do sistema¹⁹. No entanto, há conflitos tanto no plano dos princípios quanto no plano das regras. Os últimos, por serem comandos orientados para a composição do caso concreto segundo o grau de definitividade, de tudo ou nada que empresta à solução proposta, só pode ter suas antinomias resolvidas pela exclusão de uma das normas conflitantes, segundo os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade da norma²⁰. Alcança-se a harmonia do sistema através da declaração de invalidade da norma. Ainda que sejam estes os critérios clássicos, ressalte-se que em relação às normas-regras constitucionais, a sua aplicabilidade é prejudicada, pois estarão de ordinário, no mesmo plano hierárquico, cronológico, sendo a regra constitucional especial considerada uma exceção à norma genérica, o que acaba por deslocar a solução do conflito para os princípios

Federal, o julgamento do RE 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela justiça—sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional. A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como indubitosa a introdução do pacto—no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias—na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias—o Decret-lei n. 427/69, posterior, em cerca de três anos, á promulgação daquele—, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estrutura no ordenamento jurídico. (Direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 106-107).

⁸ Piovesan, Flávia. Ob. Cit. p. 93.

⁹ RHC 79.785, publicado no Boletim Informativo do STF n. 183/00.

¹⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Curso de direito constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p.1085.

¹¹ Barroso, Luis Roberto. A interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 141: é importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm normalmente, maior teor de

que as inspiraram.

A colisão de princípios, por seu turno, é solucionável pelo mecanismo denominado *ponderação de bens*²¹, que consiste em harmonizar o sistema não pela exclusão de um dos princípios, pois são ambos válidos, mas pelo superdimensionamento de um e o subdimensionamento do que lhe seja antagônico, segundo o bem ou direito que deva, naquela situação específica, prevalecer. Note-se que, como anteriormente explicitado, o princípio se coloca como um comando de semântica aberta cuja otimização depende da resistência que lhe oponha os outros. Tal resistência é que vai determinar os espaços em que o princípio deve prevalecer, ou seja, as suas potencialidades segundo possibilidades reais e jurídicas. A harmonia da ordem não se alcança pela ratificação da sua validade, mas pela preeminência que um bem ou direito constitucionalmente protegido deva ter, naquela situação específica.

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Também na tarefa de interpretar a Constituição, os princípios se apresentam como o marco inicial. E nesse esforço, cumpre identificar o eixo a partir do qual o sistema a ser interpretado foi construído, para ao final culminar com a análise da regra aplicável à espécie. No nosso caso, devemos identificar a linha que une as duas ordens de que estamos tratando, a interna e a internacional, no sistema dos direitos fundamentais. Entendemos que o princípio que preside a ambos os sistemas de direitos humanos é o da dignidade da pessoa humana, expresso nos arts. 1º, III e 4º, VIII da CF e art. 11, cláusula 1 da Convenção. É a partir daí que iremos demonstrar a inserção da Convenção Americana na jurisdição doméstica.

Vários são os princípios que impõem a sua observação ao se empreender a interpretação constitucional. O primeiro deles é o da supremacia da Constituição que impõe que toda norma inferior à Constituição tem que ser com ela compatível, sob pena de ser inconstitucional; em seguida, temos o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público²², que entende que tanto a lei quanto os atos do Poder Público são presumidamente constitucionais, só se admitindo a interpretação pela inconstitucionalidade quando esta for manifesta, não podendo jamais ser presumida.²³ Um terceiro princípio a se referir é o da interpretação conforme a Constituição, que trabalha com a idéia de que entre as várias possíveis interpretações de um texto normativo, seja escolhido aquela que se harmonize com a Constituição.²⁴

O princípio da unidade da Constituição, por sua vez, determina que um comando constitucional não possa nunca ser interpretada isoladamente, a partir de si mesma, mas sempre em relação ao conjunto das normas constitucionais.²⁵

A HERMENÊUTICA TRADICIONAL

O método hermenêutico tradicional, proposto por Savigny, vocacionado para interpretação do direito privado, propõe cânones de interpretação, cujo passo inicial é a investigação literal ou gramatical, depois a sistemática e por fim a teleológica. Esse método, nada obstante as suas inconveniências, têm sido largamente utilizado para a tarefa de interpretação, inclusive do direito constitucional.

A partir dessa metódica, apenas se tornam imperativas as normas que, após ultrapassadas as fases, possam ser percebidas como comandos vinculantes. Ou seja, a força normativa da Constituição depende não do fato de ter sido posta pelo poder legitimado para fazê-lo, segundo valores socialmente admitidos, mas como uma decorrência da empresa do intérprete, suscetível—como não poderia deixar de ser— a todas as ingerências possíveis, influências essas que vão determinar o teor de juridicidade da Carta Política. Conforme essa doutrina, a Constituição é antes forma, que conteúdo.

Adotando a linha de raciocínio proposta pelo método tradicional, o diálogo entre

abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

¹² Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. P. 86.

¹³ Alexy, Robert. Ob.cit. p.87.

¹⁴ Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.232.

¹⁵ A definição, já clássica, de Celso Antonio Bandeira de Mello, não poderia ser esquecida neste trabalho: o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Robert Alexy, ob.cit. p. 86, ensina: (...) os princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, como também das jurídicas.

¹⁶ Alexy, Robert. Ob cit. p. 86 ; Canotilho, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p.1088 ; Edilson Pereira de Farias. Ob. Cit. p. 22;

¹⁷ Segundo a lição de Dworking, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1997. P. 24. Regras são aplicáveis em um modo de tudo ou nada. Se os fatos estipulados pelas regras acontecem, então ou a regra é válida, e neste caso a solução que a regra traz deve ser aplicada, ou não é, e aí a regra em nada contribui para a decisão.

¹⁸ Rothemburg. Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. P. 16.

¹⁹ Barroso, Luis Roberto. Ob.cit. p.141. : Não há, é certo, entre umas e outras, hierarquia em sentido normativo, por isso que, pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano. Isso não impede, todavia, a existência de normas de mesma hierarquia tenham funções distintas dentro do ordenamento.

²⁰ Bobbio, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995. p.

²¹ O termo é de ampla utilização pela doutrina, há autores, no entanto que chamam este método de ponderação dos direitos e bens

o instrumento internacional e o sistema protetivo interno já está de logo prejudicado. A proposta tradicional é infensa a valores. Sua lógica é a da diminuição de juridicidade de tudo quanto não ultrapasse as fases julgadas indispensáveis à descoberta da vontade subjacente à norma. Também aqui, as normas convencionais serão consideradas formalmente, sem que o seu conteúdo seja analisado mais acuradamente. E como a análise é formal, o só fato de pairarem dúvidas acerca da posição hierárquica que esta assume diante da Lei Maior, gera uma indisposição para a sua inserção quase impossível de ser transposta.

Essa dificuldade, por conseguinte, se torna apenas superável quando se considerarem os dois instrumentos segundo uma única perspectiva, qual seja, a de que ambos os sistemas são orientados e informados segundo valores, tendo como seu centro nervoso, a preservação da dignidade humana. Assim, tanto no sistema interno como no sistema protetivo regional capitaneado pela Convenção, a célula mater da realização dos seus postulados é a materialização da dignidade humana. A partir dessa idéia, uma questão se impõe: como realizar a dignidade humana utilizando-se de mecanismos de interpretação que, longe de considerarem as disposições constitucionais como dotadas de força, apenas pelo só fato de o serem constitucionais, somente as consideram imperativas segundo critérios subjetivos de interpretação?

Vê-se, portanto, que a metódica hermenêutica tradicional é de todo inadequada à interpretação dos direitos fundamentais, tenham estes assento nos tratados internacionais ou no regime interno, pois privilegia a forma, a vontade subjacente à lei, em detrimento do conteúdo, da possibilidade de concretização que toda norma constitucional não só comporta, mas requer.

A NOVA HERMENÊUTICA

A resposta à pergunta anteriormente formulada, longe de ser encontrada na análise constitucional tradicional, só pode ser alcançada com a utilização das mais modernas teorias hermenêuticas disponíveis.

A concepção do Estado é o marco a partir do qual se formulavam teorias constitucionais, das quais, por sua vez, derivam teorias dos direitos fundamentais. Tais teorias estão, portanto, eivadas de sentido ideológico, por trás do qual estão delineadas as opções sociais, econômicas e políticas do Estado. Essas opções, por seu turno, são representativas dos valores consagrados por aquela coletividade. Então, toda teoria dos direitos fundamentais vai sofrer essa influência, assim como toda interpretação que se pretenda fazer desses mesmos direitos.

A partir dessa realidade, a doutrina constitucional tem buscado consolidar uma teoria material da Constituição, cujo centro nervoso é assimilar a Constituição não apenas como lei, pois ela o é, não há dúvidas, mas acima de tudo como Direito. Ao empreender a tarefa de redimensioná-la o intérprete estará libertando-a da concepção positivista-legalista da lei, e dando-lhe um conteúdo mais condizente, resultado da dialética empreendida entre Estado e sociedade.

Nessa linha de raciocínio cumpre ressaltar que a interpretação legalista, reducionista da Constituição, impõe um aniquilamento do processo de interpretação constitucional, ao qual viu-se reduzido até a sua extinção. Nesse processo, os valores que permeiam a Carta, assim como os princípios que o representam são desconsiderados, amesquinçados, reduzidos à meros programas, cuja juridicidade era sempre questionada.

A Nova Hermenêutica, em um movimento que teve luminares como Theodor Viehweg, com *Tópica e Jurisprudência*, de 1953; Joseph Esser, com *Pre-compreensão e escolha de métodos na aplicação do direito*, de 1970; e Friedrich Müller, com *Metódica Jurídica*, de 1971, dentre outros, se apropriaram de valores e princípios e, a partir deles formulou-se uma teoria material da Constituição, em cujo núcleo se elaborou uma Nova

constitucionalmente envolvidos, é caso de Edilson P. de Farias. Ob.cit. p. 19.

²² Barroso, Luis Roberto. Ob.cit. p. 161.

²³ Idem,ibidem. p. 170.

²⁴ Idem,ibidem. p.175.

²⁵ Idem,ibidem. p. 182.

Hermenêutica da Constituição.^{26,27}

Com a decadência do positivismo legalista – muito embora a superação deste não implica em uma negação da positividade do Direito, conforme idéia de Enterría²⁸ — houve um deslocamento da teoria constitucional, antes voltada para a investigação da estrutura estatal preconizada pela Constituição, assim como seus princípios e institutos – a separação de poderes e a doutrina do **checks and balances**, por exemplo, para uma maior compreensão dos direitos fundamentais, dada a sua expressividade como reflexo da composição social.

O regime constitucional dos direitos fundamentais assume hoje o lugar que a estrutura do Estado assumiu no século XIX, tornando-se o centro nervoso sobre o qual os outros sistemas constitucionais têm que ser pensados. Como bem expressa Bonavides, *Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições*²⁹. Não por acaso, a Constituição brasileira fez inserir a regra do art. 5º, § 2º, que prevê a abertura aos direitos fundamentais decorrentes de tratados. É o reconhecimento das liberdades como matriz a partir do qual a estrutura do Estado tem que ser pensada, interferindo na redefinição de conceitos clássicos, como o de soberania, inclusive.

Segundo a concepção da Nova Hermenêutica, a Constituição é composta de normas, que devem ser **concretizadas**, ou seja, devem passar pelo processo de materialização/densificação, segundo o qual, assimilando as variações axiológicas, o interprete diligenciará no sentido de prover ao direito fundamental sob análise, um conteúdo material, balizado pela realidade.

Desse modo, na Velha Hermenêutica, privatista, há subsunção, na Nova, publicista, dado ao aporte da teoria dos valores, há criação, concretização. A primeira fundada na vontade, a segunda como processo cognoscitivo.

A velha Hermenêutica é de todo inadequada à interpretação dos direitos fundamentais. Os métodos tradicionais, a saber, o gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, indiferentes a valores, apenas conduzem o interprete a uma percepção limitada da dimensão principiológica que muitas vezes tais direitos assumem³⁰. Daí o porquê da criação de uma metodologia peculiar à interpretação desses direitos, cuja estrutura compreende, não só a sua função protetora, apta a impor limites e deveres aos seus destinatários, sejam eles a autoridade legislativa, ou administrativa, como também a sua característica de unidade e unificação. Ademais, especialmente em relação a tais direitos deve vigorar o princípio da efetividade, através do qual se determina que em caso de dúvida quanto à sua interpretação, deve prevalecer a norma que mais facilmente alcançar eficácia segundo o conteúdo material do direito.

As novas formulações interpretativas teve como um dos seus precursores o jurista alemão Theodor Viehweg, que bebendo na fonte da antiga retórica, construiu um método de resolução do problema, a partir de um amplo processo de argumentação, entre os vários intérpretes constitucionais, denominado de método tópic-problemático. Esse processo de argumentação se utiliza de **topói**, ou fórmulas, que quando submetidos a questionamentos a favor e contra, podem ou não se sustentar, indicando na perspectiva do problema apresentado, qual a interpretação que melhor resolve a situação concreta. No campo do direito constitucional, usa como pontos de partida: (1) *carácter práctico da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação procura resolver os problemas concretos;* (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional;* (3) *preferência pela discussão do problema*³¹, em face da sua gramática de semântica aberta.

É, enfim, um método voltado para o problema, e como tal, é objeto de variadas críticas devido às incertezas que provoca e pela preeminência que confere ao problema, em detrimento da norma.

Com a obra de Hesse, *A Interpretação da Constituição*, a técnica trazida pela nova hermenêutica é melhor sistematizada. Concretizar, para ele, que foi buscar inspiração na

²⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1999. P. 1137 a 1140.

²⁷ Enterría, Eduardo Garcia. Reflexiones sobre la ley y os principios generales de derecho, Madrid, 1984. P.

²⁸ Bonavides, Paulo. Ob cit., p.539.

²⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Ob.cit. p.1136.

³⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Ob.cit. p.1137.

³¹ Bonavides, Paulo. Ob.cit. p.557.£

³² Canotilho, José Joaquim Gomes. Ob.cit. p. 1138.

³³ Para Canotilho, Concretizar a Constituição traduz-se, fundamentalmente, no “processo de densificação” de regras e princípios

Tópica e em Müller, significa formular novas categorias hermenêuticas, em tudo distintas daquelas elaboradas pela teoria clássica, cujos cânones gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, inobstante se adequarem ao direito privado, são inapropriados à interpretação constitucional, não raro principal.

Como a linguagem da Constituição é aberta, e a sua estrutura, quando não principal, é também firmada através de cláusulas de semântica aberta, a sua concretude plena apenas é alcançada em face do problema. Aí, impõe-se uma mediação pautada pelas opções valorativas, cuja técnica concretizadora afasta-se da subsunção positivista, que valoriza a vontade do legislador ou da lei em si, e adere à uma **compreensão** do conteúdo da norma a ser concretizada. *Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à pré-compreensão do intérprete como ao problema concreto que se vai resolver.*^{32 33} A norma passa a funcionar, então como uma razão concreta de decidir e não como postulado teórico formal, vazio de juridicidade.³⁴

As disposições da Convenção Americana, especialmente o direito à igualdade de que ora tratamos, são recebidas como normas constitucionais, entendidas segundo a definição de Canotilho, ou seja, como *um modelo de ordenação juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material*, tendo como elemento caracterizador a sua normatividade, a qual indica que a sua realização apenas ocorre quando é aplicada/concretizada como razão de decidir o problema.

Além de Hesse, outro jurista alemão, Rudolf Smend, a partir das suas reflexões sobre o conteúdo da Constituição de Weimar, se destacou ao comprovar ser possível a aplicação da teoria dos valores presente na filosofia, para a dimensão jurídica.³⁵

A partir de premissas valorativas, Smend formulou um método científico-espiritual de interpretação, antagonizando-se com o positivismo, e criando um conceito novo para Constituição e direito fundamental. Pela sua inestimável contribuição à doutrina dos direitos fundamentais, ele é reconhecido como um dos precursores da Nova Hermenêutica³⁶.

Segundo a formulação do consagrado jurista alemão, os direitos fundamentais estão inseridos na estrutura estatal, na sua *existencialidade política*³⁷, razão pela qual não podem ser concebidos fora dele. Configuram-se como a expressão dos valores de uma coletividade, construídos segundo razões ditadas pela comunicação entre Estado e sociedade.

Com o novo conceito que lhe é atribuído, prenhe de significados axiológicos, os direitos fundamentais passam a direcionar o processo hermenêutico constitucional. Surge assim o método científico-espiritual e hierárquico-volarativo.³⁸

Desse modo, ficam abertas *as portas da interpretação dos direitos fundamentais à entrada de um positivismo de conformidade com os valores da ordem do dia, arvorados e cultivados por mutantes e sucessivas concepções de valores cujo fluxo e volume é de todo imprevisível, ficando a normatividade do direito fundamental sacrificada ao juízo de valor do intérprete, o qual, desse modo, pode colocar-se acima e fora da Constituição, sendo unicamente “constitucional” aquele valor que a sua pré-compreensão comunicar ao texto para, em seguida, erguê-lo como argumento decisório do ato interpretativo, uma vez completada a operação hermenêutica.*³⁹

Considerarmos a Constituição segundo a abordagem proposta, exclusivamente, parece-nos uma temeridade. E com muito maior razão pode-se dizê-lo em relação ao sistema protetivo internacional dos direitos humanos, que já sofre todas as vicissitudes que a noção de soberania estatal impõe. Deixar-se de pensar na Constituição e na Convenção Americana como sistema de normas, para compreendê-los como sistemas de valores, seguindo lição de Smend, acarretaria as perplexidades de praxe. Bastante razoáveis até. A mesma ditadura a que nos submetemos com o reducionismo à forma da lei, corre o risco de se repetir com a ditadura de valores.

Inobstante as inovações trazidas, a doutrina de Smend acompanhou a mesma

constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do “texto da norma” (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica— que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da “norma de decisão” para a solução dos casos jurídicos constitucionais teremos o resultado final da concretização.(...) A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica. Ob.cit. p. 1127

³⁴ Bonavides, Paulo. Ob.cit. p. 577.

³⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes. Ob.cit. p. 1138.

³⁶ Bonavides, Paulo ob.cit. p.577.

³⁷ Idem,ibidem. p. 578.

³⁸ Idem,ibidem,mesma pg.

sorte da República de Weimar, e acabou por decair em importância e em defensores.

Malgrado a proficuidade do debate, várias críticas são formuladas à interpretação dos direitos fundamentais a partir de uma teoria, ou melhor dizendo, de uma ordem abstrata de valores. Em que pese a opinião contrária de muitos, parte da doutrina a considera proveitosa, pois se não torna preciso o sistema, contribui para solução de problemas práticos, tais como a colisão de direitos, assim como os seus limites. Acresça-se a isso, a sua contribuição na assimilação do *caráter sistêmico e unitário da ordem constitucional, bem como da globalidade dos direitos fundamentais, legitimando-lhes a superioridade normativa*.⁴⁰

No entanto, como ponto central do debate acerca dessa teoria, está não a constatação, hoje em dia óbvia até, de que o regime dos direitos humanos está pautado por valores, mas situá-los hierarquicamente, de forma que sua aplicação ao caso concreto deixe de ser uma mera proposta, e se torne realidade, através da superação da problemática engendrada pela dicotomia norma e valor.

Essa duplicidade influencia sobejamente a interpretação dos direitos fundamentais. Daí o questionamento que em tempos pós-positivistas se faz: é o direito fundamental norma ou valor?

Para Müller, são normas, e como tais, submetem-se à técnica de interpretação da norma. Os autores que seguem esse entendimento sustentam a sua opção no fato de acreditarem que uma interpretação dos direitos fundamentais como valores careceria de base racional sólida, comprometendo a exequibilidade desses direitos.

Em resposta à pergunta sobre qual teoria dos direitos fundamentais deve prevalecer, Bonavides se cerca de argumentos, todos consagradores de uma teoria axiológica/ principiológica dos direitos fundamentais, ao qual nos filiamos.

Para esse autor⁴¹ a latitude e densidade normativa alcançada pelos valores, cuja representação se dá pelos princípios é sem precedentes na história do constitucionalismo⁴². Os princípios assumem hoje uma primazia, e uma força vinculante desconhecida até então. E valores são princípios, submetidos portanto, à avaliação segundo critérios de validade, tal qual uma norma. A sobredita equiparação representa não um avanço, mas um verdadeiro salto conceitual da dogmática constitucional, mais condizente com o atual estágio da hermenêutica constitucional.

Ao se considerar a Constituição um sistema aberto de regras e princípios, cuja juridicidade é de máxima amplitude, possibilita-se que em sede hermenêutica, a partir da sua unidade sistêmica, seja restaurada a teoria dos valores como teoria dos princípios, ao qual a doutrina e jurisprudência confere legitimidade.

Ignorar tal fato apenas gera mais incompreensão — e com ela inaplicabilidade — ao que atualmente propõem os textos constitucionais que elencam como linha mestra, não apenas da legitimidade do Estado, mas como princípio/valor supremo de todo o elenco de direitos e prerrogativas individuais e sociais, o respeito e a promoção à dignidade humana.

De tudo quanto foi exposto, conclui-se que a concepção axiológica dos direitos fundamentais, além de prover o influxo de novas tendências no tocante à interpretação desses direitos, providencia para que antigos conceitos, a exemplo de direito fundamental, hermenêutica, liberdade, proporcionalidade, soberania, e outros tantos, beneficiem-se de novas ponderações.

A Constituição, dialogando com os sistemas protetivos internacionais de direitos humanos, por sua vez, abdica da sua essência unicamente normativo-positivista e assume ser um sistema de valores, que são exteriorizados através de princípios, cuja normatividade é de largueza imponderável. Desse modo, a Constituição assume a sua vocação principiológica — recepcionando os instrumentos internacionais de direitos humanos também como princípios — em cujo interior é gestada a nova metódica dos direitos fundamentais, segundo valores.

³⁹ Idem, ibidem, p.579.

⁴⁰ Idem, ibidem., especialmente os capítulos 5, 13, 14, 16 e 17.

⁴¹ Compartilhando a mesma posição, o prof. Luis Roberto Barroso, em Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria

A INTERPRETAÇÃO CONCRETIZADORA DA CONVENÇÃO AMERICANA

No sistema regional americano de proteção aos direitos humanos, o instrumento que congrega todas as expectativas em forma de direitos e garantias é a Convenção Americana de 1969, mas com entrada em vigor apenas em 18 de julho de 1978, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificado sem quaisquer reservas pelo Brasil em 1992⁴³. Nos termos do primeiro parágrafo do preâmbulo, a Convenção propõe-se a *consolidar neste continente, dentro do quadro das instituições democráticas um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem*.

A partir do seu art. 3º até o art. 25, a Convenção declara os direitos civis e políticos de todos aqueles nacionais de Estados signatários do acordo. No art. 26, trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, para os quais estabelece um regime de exigibilidade progressiva, de acordo com as contingências determinadas pelo modelo econômico adotado por cada Estado em particular. Como a Convenção não explicita os direitos econômicos e sociais, a ordem interna brasileira não sofre nenhum impacto da Convenção. Ao estabelecer explicitamente aqueles direitos, a Constituição brasileira eliminou qualquer possibilidade de conflito, por força da aplicação de vários princípios, como o de que a incidência da norma internacional é subsidiária e complementar à interna e a norma que determina de que no conflito entre ordem interna e internacional, deve vigorar as normas que sejam mais propícias à concretização dos direitos humanos.

Desse modo, no tocante aos direitos econômicos e sociais, as disposições constitucionais distribuídas em vários artigos da nossa Constituição são inovadoras, e compreendem um universo não exaustivo, mas bastante razoável da diversidade de tais direitos. A sua interpretação concretizadora não será examinada neste artigo, uma vez que nos propusemos a tão somente discorrer sobre o tema a partir do impacto que os direitos civis e políticos de natureza não penal produzem na jurisdição doméstica, utilizando como paradigma o direito de igualdade. E, pelas razões já expostas, a norma internacional que prevê os direitos de segunda geração não se sobrepõe ao direito brasileiro, sendo este, neste particular, mais avançado que aquela.

Três são os possíveis reflexos que a Declaração de Direitos da Convenção pode ocasionar à ordem interna: 1) ser com ela coincidente; 2) acrescentar e inovar direitos ainda não previstos na ordem interna; 3) ser contrário às disposições internas.⁴⁴ Das possibilidades elencadas, a que mais controvérsias traz é a última, ou seja, quando há incompatibilidade entre a norma de direito constitucional e a norma internacional a ser incorporada à ordem interna.

De início, temos que o conflito pode ser solucionado com a aplicação da regra segundo a qual “norma posterior revoga a anterior”, em face da paridade hierárquica, solução esta, contudo, localizada e que apenas produz efeito ótimo em relação às normas-regras e não às normas-princípios.⁴⁵ No entanto, uma solução mais precisa pode ser alcançada através da aplicação do princípio de direito internacional dos direitos humanos prefalado: aplica-se a disposição que mais beneficiar o titular do direito.⁴⁶ Uma outra solução pode ser pensada, segundo a idéia esposada por esse trabalho: como as normas convencionais adentram o sistema interno como normas constitucionais, e estas ou são princípios ou são regras, propõe-se que, para a solução dos conflitos entre as normas das duas ordens, identifique-se a sua natureza principiológica ou de comando definitivo, e a partir daí chegue-se à solução exatamente pelos meios adotados por essas normas, ou pela ponderação de interesses ou bens, quando vazados como princípios, ou pelos critérios determinantes da validade, quando regras, desde que não implique em retrocesso na materialização do direito previsto. Esclareça-se que da análise do texto da Convenção, entendemos que os direitos civis e políticos de natureza não penal ali inscritos, foram

crítica e pós-positivismo) texto publicado na Revista Diálogo Jurídico, Vol. I, n. 06, setembro /01, veiculada na Internet.

⁴³ Para Mônica de Mello e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, a ratificação de um tratado internacional implica para o Estado quatro ordens de obrigações: a) respeitar, fazer respeitar e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; b) adaptar sua legislação interna ao estabelecido pelo tratado; c) assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou promovam ações que sejam contra o disposto no tratado; d) colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação. (Ob.cit. p.310).

⁴⁴ Piovesan, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. Piovesan, Flávia e Gomes, Luis Flávio. (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 173.

⁴⁵ Idem, ibidem. p. 176

concebidos como princípios, com a honrosa exceção da disposição que veda a prisão civil por dívida, excepcionada a do inadimplente de obrigação alimentar.

Ressalte-se que essa última forma de solução dos conflitos, em sua essência não se distancia muito da aplicação da regra mais favorável ao titular do direito. Ora, para se aferir qual a regra mais benéfica ao titular do direito, há que se analisar, dentro de um Estado democrático de Direito, uma série de fatores que indicarão qual o bem ou interesse que deve prevalecer, não apenas no fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos internacional, sempre complementar e subsidiário, mas também no fortalecimento do regime de direitos fundamentais previstos na ordem interna⁴⁷. Quando as normas convencionais assumem o caráter de regras, contudo, utiliza-se o critério da hierarquia, cronologia e especialidade, desde que não signifique um retrocesso na efetivação do direito fundamental analisado, a teor do que dispõe as regras interpretativas da Convenção Americana, ratificada sem reservas pelo Estado brasileiro.

As regras que balizarão a interpretação dos postulados convencionais estão inscritas no seu art. 29, nos seguintes termos:

Art. 29- Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido:

a) *permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;*

b) *limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções de que seja parte um dos referidos Estados;*

c) *excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;*

d) *excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos*

De notar-se então que, no esforço de concretizar as normas da Convenção, duas balizas hermenêuticas se impõem: as suas normas interpretativas, e o complexo de princípios de interpretação constitucional, de forma que o intérprete tem conciliá-las, pautando-se sempre pelo fato de que tanto no primeiro quanto no segundo, o que se objetiva é a preservação da dignidade humana.

Assim, reiteramos que, em se tratando de normas internacionais vazadas como princípios, ao conflitarem com outros princípios do direito dos direitos humanos interno, deve sofrer a mencionada ponderação de interesses e bens, sempre efetuada segundo os critérios diferenciados que a interpretação dos direitos fundamentais comporta.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE

A interpretação da norma de direito fundamental, quer constitucional quer internacional, para ser concretizada necessita ser considerada segundo três aspectos: na sua pré-compreensão, ou seja, na sua contextualização, sobretudo enquanto valor; na sua dimensão normativa propriamente dita, através da observação da sua dimensão sintática, semântica e pragmática, e, por fim, enquanto razão concreta de decidir.

O direito à igualdade, referido nas ordens interna e internacional, tem assento na Convenção no art. 1º I., nos seguintes termos: *Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.* E, em seu art. 24, que prevê que *Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.* A fórmula constitucional é um espelho da fórmula convencional, vazada em termos tão

⁴⁶ Idem, ibidem. p.177. Mello, Mônica de. e Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. "Ob.cit. p.318/21.

⁴⁷ Outra não é a conclusão a que parte da doutrina e jurisprudência chegou em relação à possibilidade de prisão do depositário infiel, de assento constitucional. Como o Brasil ratificou sem reservas, tanto a Convenção Americana, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que afasta qualquer possibilidade de prisão por dívidas, tem-se entendido, por força da ponderação de bens que fez prevalecer a norma internacional

amplos quanto.

A pré-compreensão do princípio da igualdade alcança historicamente tempos tão remotos quanto a edição da *Petition of Rights* inglesa de 1679, as idéias de Rousseau e de Hobbes, inspiradoras das Revoluções Americana e Francesa⁴⁸. No entanto, a sua inserção entre os princípios da Convenção decorre da sua anterior inscrição como princípio fundante de um novo direito internacional, e do movimento de internacionalização dos direitos humanos, surgido a partir das violações sistemáticas a esse direito ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, pela Alemanha nazista.⁴⁹ A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. I, estampa com toda veemência possível: *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade*, foi-se modificando o conteúdo desse direito, agora voltando-se também, para a afirmação da igualdade das individualidades.

O direito à igualdade que a Convenção protege, antes de buscar a igualdade absoluta entre todos os indivíduos, pretende assegurar a igualdade de pontos de partida, a igualdade nas possibilidades de se ser o que se almeja ser, diferente inclusive. Enfim, a igualdade na diversidade.

Segundo esse entendimento, materializar a igualdade não prescinde da interação que esta há de firmar com os direitos sociais e econômicos, que quando atingem eficácia ótima, tornam reais as possibilidades de isonomia, através da garantia de uma igualdade substancial, que repercute não apenas na vertente do conceito que consagra a existência livre de discriminações, como também na afirmação de uma igual proteção da lei.

Empreende-se o segundo passo ao considerar a norma conforme as suas dimensões linguísticas, ou seja, a sintática – a relação do signo⁵⁰ linguístico com os outros signos; a semântica – a relação do signo com o seu significado e; a pragmática – a relação que o emissor e o receptor estabelecem por força do signo emitido⁵¹.

O direito à igualdade deve ser analisado conforme não apenas à sua elaboração textual, gramatical, a teor das regras da sintaxe que determinam a organização dos signos, mas também considerando-se o seu significado que comporta não apenas o seu sentido substancial, que dialoga com os direitos econômicos, sociais e culturais e com os objetivos da livre e justa distribuição das riquezas e da erradicação da pobreza, que torna o nível de concentração de renda existente no Brasil, não apenas imoral, mas pura e simplesmente inconstitucional, como abarca a proibição de discriminações não razoáveis, dando ensejo a que se abra o debate acerca das ações afirmativas e, por fim, deve ser analisada com o sentido que a igualdade formal lhe provê. Ao final, a igualdade deve ser examinada à luz da sua dimensão comunicante, *inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões linguísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados*⁵², lembrando sempre que o texto da norma indica um *referente, o que quer dizer constituir o texto um sinal linguístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto*⁵³.

Como último requisito, a igualdade deve ser apreciada como razão concreta de decidir, ou seja, como comando imperativo que, apoiado nas conclusões advindas das reflexões anteriores, vai decidir a situação concreta.

A menção ao princípio da igualdade aqui é paradigmática. Entendemos que a mesma lógica defendida neste texto em relação ao princípio da igualdade pode ser francamente utilizada em relação aos outros princípios de natureza constitucional ou convencional, pois acreditamos firmemente ser esta a técnica mais adequada a prover a materialização dos direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

1. A Convenção Americana sobre ter sido incorporada ao direito brasileiro com status constitucional – como princípio ou regra – sofre todas as vicissitudes peculiares a

mais protetiva sobre a nacional, que a prisão do depositário infiel não admite mais no nosso sistema. (idem, *ibidem*. p.179).

⁴⁸ Comparato, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. Passim.

⁴⁹ Mello, Mônica de. E Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da convenção americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos. In O sistema interamericano de direitos humanos. Piovesan, Flávia e Gomes, Luis Flávio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 322.

⁵⁰ Signo é tudo aquilo que está para alguém no lugar de algo. É a representação criada a partir de um objeto. Ele só pode ser considerado como signo se efetivamente representar, substituir um outro objeto diferente dele. Como representação que é, não apresenta todas as características específicas do objeto representado, existindo mais na mente do receptor, do que propriamente como realidade.

⁵¹ O Direito é um objeto cultural que está fundado na realidade, mas se realiza através da linguagem. É uma forma de comunicação criada pelo homem para viabilizar a ordem social, a própria sociedade. Para atingir tal desiderato, o homem se utiliza dentre outros instrumentos, da linguagem. É pois, através da comunicação que o homem se organiza social e politicamente. A comunicação humana se faz através de sistemas sígnicos –idiomático, gestual, tátil, etc—que acabam por recriar a realidade na consciência do indivíduo. Por conseguinte, ao nos referirmos à linguagem e às suas dimensões, especialmente considerada a norma jurídica, o fazemos para indicar um universo considerável de manifestações sociais reveladoras de formas de

estas: falta de imperatividade de seus postulados ,interpretação segundo técnica mais adequada ao direito privado, dissociação entre o texto da norma e a norma , ou o que subjaz à ela, a realidade valorada.

2. Do mesmo modo que a juridicidade dos preceitos constitucionais demandam uma investigação da norma além do texto, também as normas convencionais transformadas em princípios o postulam, a fim de atingir a sua eficácia máxima.

3. Os direitos econômicos e sociais que prevalecem no direito brasileiro, são os prescritos constitucionalmente , por força da aplicação do princípio de Direito Internacional dos Direitos Humanos , que preconiza que deve prevalecer a norma que mais eficazmente propicie a concretização dos direitos fundamentais.

4. A relação que os princípios da Convenção estabelece com a legislação infraconstitucional é a mesma que a Constituição estabelece, sendo-lhe hierarquicamente superior, daí que os conflitos entre aqueles e estes têm que ser tratados como conflitos entre norma constitucional e infra-constitucional.

5. Da interação do Direito Constitucional com a Convenção Americana, depreende-se que o módulo a partir do qual devem ser materializados seus preceitos é, em ambos ,a dignidade humana, daí a necessidade do diálogo contínuo.

6. A técnica de interpretar, denominada de Nova Hermenêutica , é a mais adequada à interpretação dos direitos fundamentais , pois parte da premissa de que estes só atingem eficácia ótima quando concretizados, ou seja, quando considerados na sua dimensão axiológica, linguística , através da sua dimensão sintática, semântica e pragmática, e quando aplicados como razão de decidir o caso concreto.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- . ALEXY, Robert.
Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- . BARROSO, Luis Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____; *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* Revista Diálogo Jurídico, Vol. 1, n. 06, setembro/01, veiculada na Internet.
- . BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995.
- . BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- . CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- . COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- . DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1997.
- . ENTERRÊA Eduardo Garcia de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*. Madrid, 1984.
- . FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre: SAFE, 2000.
- . HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- . HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. De . . Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- . MELLO. Celso A. D. de , *A grande ausência: relações entre DI e Direito Interno*. In

comunicação e sobretudo de significação.

⁵² Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 1999. P. 1144.

⁵³ Idem, ibidem. p. 1144.

- Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro:Renovar. P. 365 a 367. 2000.
- . MELLO, Mônica de e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Impacto da convenção americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos*. In. *O sistema interamericano de direitos humanos*. Coord. Flávia Piovesan e Luis Flávio Gomes.
- . PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997. P. 89. (*Direito internacional público*. São Paulo:Saraiva, 1991. P. 106-107).
- _____; *A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. In. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coord. Flávia Piovesan e Luis Flávio Gomes. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.
- . ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor,1999. P. 16..
- . RHC 79.785, publicado no Boletim Informativo do STF n. 183/00.