

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS: INTEGRAÇÃO ENTRE AS FONTES INTERNACIONAIS E NACIONAIS

The Hermeneutics of Human Rights: Integration Between International and National Legal Sources

Fernando Antônio de Lima¹

ÁREA: Direito Constitucional. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

RESUMO: O presente artigo propõe uma interpretação do direito que integre normas jurídicas internas e internacionais, decisões de tribunais nacionais e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo é extrair a máxima proteção dos direitos humanos, a partir de uma hermenêutica jurídica própria, que ajuste a soberania estatal aos padrões interamericanos de proteção aos direitos humanos. Sugere-se, assim, uma Hermenêutica dos Direitos Humanos, com métodos e princípios próprios, diversos dos métodos e princípios das Hermenêuticas Tradicional e Constitucional. O método de que se valeu a pesquisa é o método indutivo, com análise de situações particulares das quais se extraem a nova metodologia interpretativa aqui discutida. Por meio da análise de casos e situações específicas, pôde-se perceber a insuficiência das técnicas hermenêuticas tradicionais, no âmbito da proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica dos Direitos Humanos. Corte Interamericana. Responsabilidade Internacional do Brasil.

ABSTRACT: This article proposes an interpretation of law that integrates domestic and international legal norms, decisions of national courts and decisions of the Inter-American Court of Human Rights. The objective is to extract the maximum protection of human rights, based on a specific legal hermeneutics, which adjusts state Sovereignty to inter-American standards of human rights protection.

¹ Juiz de Direito em Jales, Estado de São Paulo. Doutor em Direitos Humanos e Empresas pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Pós-graduado em Direito Tributário. Pós-graduado em Direito do Consumidor e Tutela de Direitos Coletivos. Difusos e Individuais Homogêneos. Coordenador de Cursos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Endereço eletrônico: fernando_a_lima@outlook.com. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/5272428527924775> >.

Therefore, a Hermeneutics of Human Rights is proposed, with its own methods and principles, diferente from the methods and principles of Traditional and Constitutional Hermeneutics. The method used in the research is the inductive method, with analysis of particular situations from which the new interpretative methodology discussed here is extracted. Through the analysis of specific cases and situations, it was possible to perceive the insufficiency of traditional hermeneutical techniques, within the scope of the protection of human rights.

KEYWORDS: Hermeneutics of Human Rights – Inter-American Court – International Responsibility of Brazil.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Hermenêutica Jurídica: origem e subdivisões. 2.1. Hermenêutica Tradicional. 2.2. Hermenêutica Constitucional. 2.3. Hermenêutica dos Direitos Humanos. 3. Princípios instrumentais e princípios substanciais (ou materiais) da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 4. Princípios instrumentais da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 4.1. Princípio da interpretação *pro persona* (ou *favor libertatis* ou *pro homine*). 4.2. Princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa; 4.3. Princípio da reparação integral. 5. Princípios substanciais ou materiais da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 5.1. Princípio da igualdade ou da não discriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apresentar alguns mecanismos interpretativos que integram normas jurídicas internas e internacionais, decisões judiciais internas e internacionais. Essa integração visa extrair a máxima proteção possível aos direitos humanos, a partir daquilo que aqui se denomina de Hermenêutica dos Direitos Humanos.

A referida Hermenêutica não despreza a produção jurídica interna, mas busca integrar tal produção aos padrões interpretativos assinalados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não se abandona a Hermenêutica Jurídica Tradicional, focada na interpretação das leis, nem a Hermenêutica Constitucional, cujo objeto é interpretar a Constituição. Essas Hermenêuticas, contudo, voltam-se ao plano interno, de modo que, sozinhas, podem ser insuficientes para a proteção dos direitos humanos, que é assunto, após a 2ª Guerra Mundial, de preocupação da comunidade internacional.

O método utilizado é, principalmente, o indutivo. A partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana e de situações concretas, são formatados princípios capazes de integrar as normas jurídicas internas com as normas jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Há dois objetivos básicos no estudo da Hermenêutica dos Direitos Humanos. O primeiro é ajustar o Estado aos padrões normativos do sistema regional interamericano de direitos humanos e aos padrões interpretativos assinalados pela Corte Interamericana. Assim se evita a responsabilização internacional do Estado brasileiro perante esse tribunal internacional de direitos humanos.

O segundo objetivo é viabilizar a ampla e eficaz proteção dos direitos humanos, com a indicação de nortes interpretativos que devem ser seguidos pelo Poder Judiciário brasileiro, em observância à Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA: ORIGEM E SUBDIVISÕES

Hermenêutica é uma palavra que se origina do Deus Hermes. Na mitologia grega, o Deus Hermes era um intermediário entre os seres humanos e os deuses. Hermes trazia a palavra divina dos deuses aos seres humanos. Na *Ilíada*, Homero diz que Hermes é o deus-companheiro dos mortais. Ao contrário dos deuses longínquos, que residem em um além, Hermes é um deus próximo que frequenta este mundo. Vive em meio aos mortais, em familiaridade com eles².

Se o Deus Hermes era o intermediário entre os deuses e os seres humanos, segue-se que a Hermenêutica é a que traz as mensagens do além para as pessoas.

Ao traduzir para o Direito, a Hermenêutica Jurídica é a ciência que recolhe as mensagens divinas de igualdade, liberdade e dignidade para o mundo concreto onde vivem as pessoas. Em termos mais técnicos, Hermenêutica Jurídica é a ciência da interpretação das normas jurídicas, ou seja, a ciência que fornece os métodos, teorias e princípios para a interpretação do Direito.

² KIBUUKA, Brian. As origens gregas da Hermenêutica e da Alegoria. In: *Revista de Estudos Helênicos da UERJ*, nº 5, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20(3).pdf). Acesso: 24/9/2024.

A Hermenêutica Jurídica se subdivide em: a) Hermenêutica Tradicional; b) Hermenêutica Constitucional; c) Hermenêutica dos Direitos³.

2.1. Hermenêutica tradicional

Hermenêutica Tradicional é a ciência que busca interpretar fundamentalmente a lei, com pouca abertura à realidade. Trata-se de uma abordagem denominada de *jus positivista*, muito em voga nos séculos XVIII e XIX. O Juiz ou a Juíza são chamados de “boca da lei”, devendo-se limitar a uma interpretação fechada da lei. O Poder Judiciário se encontra preso aos limites rígidos da lei.

Trabalha-se, então, com os seguintes métodos de interpretação: a) gramatical ou literal; b) histórico; c) sistemático; d) teleológico; e) lógico. E com os seguintes métodos de integração: a) costumes; b) analogia.

Esses métodos continuam importantes, mas, em muitas situações, são insuficientes. Não se pode mais tolerar uma cisão entre a ciência jurídica e as demais ciências sociais, em que o drama humano passa a ser visto sob uma ótica exclusivamente conceitual⁴. É preciso ligar o “escrever” e a “vivência”, isto é, a *Escrevivência*. Esse termo, criado por Conceição Evaristo, revela experiências étnicas e de gênero⁵, o que, no campo do Direito, insere as normas jurídicas num contato próximo com a realidade social.

Exemplos da insuficiência de interpretar de forma fechada a lei:

- a) Tribunal de Carolina do Sul, Estados Unidos, final do século XIX: um ano após o final do tráfico de populações escravas nos EUA, um tribunal de Carolina do Sul decidiu que as crianças negras não poderiam ser vendidas separadas das mães, porque as crianças escravas negras estão no mesmo nível de outros animais⁶. Eis o Direito sem contato com a Ética.

³ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, págs. 39 a 41. São Paulo: JusPodivm, 2024.

⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, págs. 18 e 21. 5ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

⁵ HERMÍNIO, Beatriz. A escrevivência carrega a escrita da coletividade, afirma Conceição Evaristo. *In: Institutos de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA)*.

⁶ DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*, págs. 19 e 20. São Paulo: Boitempo, 2016.

b) Lei dos Sexagenários, de 1885, Brasil: essa lei previa a criação de um tributo especial, pago por toda a coletividade, para compensar os prejuízos dos ex-proprietários de escravos. Não bastava ao escravo completar 60 anos para se libertar. Ele ainda tinha que trabalhar mais um tempo, para compensar o prejuízo sofrido pelo senhor.

2.2. Hermenêutica constitucional

Hermenêutica Constitucional é a ciência que visa a interpretar a Constituição. Desenvolvida a partir da primeira metade do século XX, tal ciência é aplicada até hoje. Nota-se, agora, ao contrário do que se passava com a Hermenêutica Tradicional, maior abertura à realidade. Há possíveis aproximações entre o Direito, a Ética, a Política, a Economia, a Filosofia, a Sociologia.

Por exemplo, ao aplicar a Hermenêutica Constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na adoção de medidas ou na execução de obras emergenciais, em estabelecimentos prisionais⁷.

Para chegar a essa conclusão, o Supremo Tribunal utilizou os seguintes argumentos jurídicos: a) dignidade humana (CF/88, art. 1º, III); b) direito dos detentos à integridade física e moral (CF/88, art. 5º, XLIX).

Assim, contra esse poder-dever do Poder Judiciário, não é possível invocar: a) o princípio da separação de poderes: a decisão sobre direitos fundamentais não pode ficar a cargo somente de órgãos políticos, como o Chefe do Poder Executivo (diálogo entre Direito e Política); b) a reserva do possível: o Executivo não pode invocar falta de dinheiro para garantir o mínimo de dignidade às pessoas presas (diálogo entre Direito e Economia).

É certo que a Hermenêutica Constitucional, com seus princípios próprios de interpretação, permite que o Direito se ocupe da realidade social. Trata-se de um avanço significativo em relação à Hermenêutica Tradicional. Entre os princípios de interpretação especificamente constitucionais, podem ser mencionados os seguintes: princípio da supremacia da Constituição,

⁷ STF, Plenário, RE 592581, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento no dia 13/8/2015. Tema nº 220. Tese de Repercussão Geral.

princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e princípio da efetividade⁸.

Contudo, a Hermenêutica Constitucional, vista de forma isolada, pode ser insuficiente para a proteção dos direitos humanos. Três exemplos demonstram a afirmação.

Em primeiro lugar, as Constituições são elaboradas no âmbito interno do Estado, por meio do Poder Constituinte Originário. Em muitos livros de Direito Constitucional, consta que esse poder é ilimitado. Isso autorizaria, por exemplo, instituir a escravidão e a desigualdade entre homens e mulheres.

Em segundo lugar, temos exemplos de Constituições que autorizam graves violações a direitos humanos. O art. 48 da Constituição alemã de Weimar dispunha que, caso a ordem pública estivesse em risco, o Presidente da República poderia tomar medidas para restabelecer a ordem, sem o aval do Poder Legislativo. Assim, de forma unilateral, o Presidente da República poderia: a) suspender direitos civis como o *habeas corpus* (ex.: pessoa presa sob a acusação de subversão poderia ser presa, sem contestar a prisão); b) suspender a inviolabilidade do domicílio; c) autorizar expropriações.

A história nos conta o perigo em se conceder poderes extremos pela Constituição, sem limites nos direitos humanos. A autorização constitucional acima permitiu, por exemplo, a adoção do Programa T4: pessoas com deficiência física ou intelectual eram executadas (eutanásia), sob o argumento de se manter pura a raça superior ariana. Bebês e crianças pequenas eram executadas com drogas letais ou abandonadas até morrerem de fome. Ou seja, a ausência de limites constitucionais ao Poder Executivo permitiu a prática das piores atrocidades possíveis.

Em terceiro lugar, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculantes aos Países que aceitaram a jurisdição contenciosa desse tribunal – como é o caso do Brasil – podem impor até mesmo a alteração das Constituições. Basta que as Constituições não protejam os direitos humanos.

Tomemos como exemplo o *Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile (Caso “A Última Tentação de Cristo”)*, sentença de 5 de fevereiro de 2001. Um órgão

⁸ Confira-se: BARROSO, Luíz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

do Poder Executivo chileno proibiu a veiculação do filme “A Última Tentação de Cristo”. A Suprema Corte Chilena, com base na Constituição do Chile, que possibilitava a censura cinematográfica, manteve a proibição da veiculação. Argumento: princípios cristãos e honra de Jesus Cristo.

Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado do Chile por violação ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, previsto no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Importância do caso: qualquer norma interna, de qualquer hierarquia (lei, Constituição), se violar tratados internacionais de direitos humanos, pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, a Corte Interamericana determinou que o Estado chileno reformasse a Constituição. O Chile, então, cumpriu essa determinação e alterou a redação do dispositivo constitucional que autorizava a censura prévia.

Não bastasse, o art. 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados estipula que o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para descumprir um tratado.

Os quatro exemplos demonstram que a Hermenêutica Constitucional pode ser insuficiente para o respeito e a garantia dos direitos humanos.

Por isso, cresce, na comunidade internacional, principalmente após a 2^a Guerra Mundial, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não pode ser tarefa conferida apenas aos Estados, isto é, às leis e às Constituições. Trata-se de tema afeto à preocupação internacional⁹.

A propósito, o cientificismo deu ensejo a teorias radicais violadoras de direitos humanos. Se coube a Stalin eliminar pessoas com base na “teoria científica” dos inimigos de classe, a Hitler competiu destruir as pessoas com base na “teoria científica da natureza, da superioridade de uns sobre os outros”. Essa cientificidade não humana foi o substrato teórico para a 2^a Guerra Mundial¹⁰.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, págs. 86 e 87. São Paulo: SARAIVA, 2021.

¹⁰ ARENDT, Hannah. *Compreender. Formação, exílio e totalitarismo. Ensaios*, pág. 232. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

Surgem, então, instituições ligadas à Organização das Nações Unidas (sistema universal ou global) e instituições regionais (sistema regional interamericano, europeu, africano). Os Estados devem observar as normas e decisões desses sistemas internacionais.

O Brasil, em particular, submete-se aos sistemas universal (ONU) e regional interamericano de direitos humanos. No que toca ao regime interamericano, nosso País se vincula: a) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde 1992, que é um tratado internacional de direitos humanos; b) à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 1998.

Não basta mais, portanto, conhecer apenas as leis e a Constituição, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Devemos aprender, agora, a combinar as normas jurídicas internas e internacionais de direitos humanos. Devemos aprender agora a combinar as decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais brasileiros com a jurisprudência e as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Região marcada por desigualdades sociais e radicalismo político, é importante conceber o enfoque interpretativo denominado *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL). Trata-se de uma combinação da dogmática nacional com a dogmática do direito internacional público, com base em princípios, na centralidade de direitos e em transformações graduais na realidade social¹¹.

A propósito, segundo a Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro deve: a) observar os tratados internacionais de direitos humanos; b) fazer uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) promover o controle de convencionalidade das leis internas, isto é, verificar se as leis internas são compatíveis com tratados internacionais de direitos humanos.

Isso tudo provoca uma revolução no modo de se interpretar o Direito: a) não basta mais conhecer apenas as técnicas de interpretação das leis

¹¹ BOGDANDY, Armin vo. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Organizadores). *Constitutionale Commune na América Latina*. Marco Conceptual, volume I, págs. 16 a 18. Curitiba: Juruá, 2016.

(Hermenêutica Tradicional); b) não basta apenas conhecer as técnicas de interpretação da Constituição (Hermenêutica Constitucional); c) é preciso aprender a combinar as normas jurídicas internas e internacionais de direitos humanos, a jurisprudência do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Hermenêutica dos Direitos Humanos).

É possível, portanto, falar-se em uma soberania relativizada, com a possibilidade de se responsabilizar o Estado na arena internacional, quando há omissão ou falha das instituições nacionais na proteção dos direitos humanos¹².

No caso particular do Brasil, há uma lógica e uma linguagem de violência. Existe um nó nacional com determinação cultural profunda, derivando de nossa herança escravocrata. Trata-se de uma violência que se naturalizou e que se espalhou pela nossa sociedade¹³, o que exige, no plano do Direito, reação via uma Hermenêutica dos Direitos Humanos. Mais especificamente, quanto ao povo negro, deve-se levar em conta que o sistema de justiça e a academia jurídica repelem os saberes e os corpos negros. Isso exige uma nova forma de pensar o sistema jurídico e o próprio Direito¹⁴, com a proposta, inclusive, de uma Hermenêutica Jurídica Negra¹⁵, um sub-ramo da Hermenêutica dos Direitos Humanos.

2.3. Hermenêutica dos direitos humanos

Hermenêutica dos Direitos Humanos é o conjunto de métodos, teorias e princípios responsáveis por articular normas jurídicas internas e internacionais, decisões de tribunais internos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de se extrair a máxima proteção aos direitos humanos.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pág. 90. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

¹³ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma bibliografia*, pág. 14. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

¹⁴ VAZ, Livia Sant'anna; RAMOS, Chiara. *A justiça é uma mulher negra*, pág. 221. Ilustrado por Ferreira Preta Ilustra. Belo Horizonte-MG: Casa do Direito, 2021.

¹⁵ Confira-se: MOREIRA, Adílson José. *Pensando como um negro. Ensaio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

Há, pelo menos, 27 princípios de Hermenêutica dos Direitos Humanos¹⁶. Trabalharemos, nesta pesquisa, com alguns deles, para melhor ilustrar como se aplica a Hermenêutica dos Direitos Humanos. A escolha dos princípios aqui abordados parte de uma maior aplicabilidade deles em relação aos demais.

3. PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS E SUBSTANCIAIS (OU MATERIAIS) DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A Hermenêutica dos Direitos Humanos conta com:

- a) Princípios instrumentais: são métodos jurídicos de integração das ordens jurídicas internas e internacionais em vigor no sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de se alcançar a mais sofisticada e plena proteção dos direitos humanos. Ex.: princípio da interpretação *pro persona* ou *favor libertatis* ou *pro homine*; princípio da reparação integral; princípio da primazia ou da prevalência da norma mais favorável à pessoa.
- b) Princípios substanciais ou materiais: são normas jurídicas que consagram os grandes valores do sistema jurídico e orientam a aplicação e a interpretação dos demais elementos normativos do sistema jurídico. Ex.: princípio da igualdade ou da não discriminação, princípio da segurança jurídica em direitos humanos, princípio do devido processo convencional.

Nos princípios instrumentais, o objetivo primeiro é o de articular elementos jurídicos internos e internacionais, para, só depois, obter-se a proteção jurídica dos direitos humanos. Já nos princípios substanciais ou materiais, tais princípios são, eles próprios, direitos humanos incorporados em normas jurídicas. Ao revelarem direitos humanos propriamente ditos, os princípios substanciais acabam influenciando na interpretação dos elementos jurídicos internos e internacionais.

¹⁶ Confira-se: LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, pág. 391 a 520. São Paulo: JusPodivm, 2024.

4. Princípios instrumentais da hermenêutica dos direitos humanos

Conforme visto, princípios instrumentais da Hermenêutica dos Direitos Humanos são os métodos interpretativos que combinam os elementos jurídicos internos e internacionais, com o objetivo de se alcançar a máxima proteção jurídica dos direitos humanos.

Há vários princípios instrumentais. Neste trabalho, trataremos de três: princípio da interpretação *pro persona* ou *favor libertatis* ou *pro homine*; princípio da reparação integral; princípio da primazia ou da prevalência da norma mais favorável à pessoa.

4.1. Princípio da interpretação *pro persona* (*favor libertatis* ou *pro homine*)

O princípio da interpretação *pro persona* é um método interpretativo segundo o qual a interpretação sobre as normas jurídicas deve ser feita em prol da pessoa¹⁷. O referido princípio conta com algumas diretrizes interpretativas. Uma dessas diretrizes consiste em extrair direitos humanos implícitos por meio da interpretação sistemática e conjugada de diversas normas (internas e internacionais). Basta ao intérprete, ao fazer essa conjugação entre normas, emprestar a essas normas uma interpretação em favor do ser humano. Vamos a dois exemplos.

A reparação econômica pela perda do tempo existencial ou vital do consumidor (desvio produtivo do consumidor) não está prevista expressamente no nosso sistema jurídico. Trata-se daquelas situações em que o consumidor, despendendo parte significativa do seu tempo, não consegue resolver um problema de consumo. Daí o direito à referida reparação¹⁸.

¹⁷ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, pág. 417. São Paulo: *JusPodivm*, 2024.

¹⁸ Sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor, confira-se: DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2ª ed. Vitória-ES: Edição Especial do Autor, 2017.

Essa reparação econômica, embora não prevista expressamente no ordenamento jurídico, surge da combinação de normas jurídicas internas e internacionais, analisadas sob uma perspectiva favorável à pessoa.

Assim, no plano interno, os direitos dos consumidores são direitos fundamentais (CF/88, art. 5º, XXXII). Ainda no plano interno, há o princípio da reparação integral dos danos provocados aos consumidores (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VI).

Já no plano internacional, o art. XV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem prevê o direito dos seres humanos a aproveitarem utilmente o tempo livre.

Nesse sentido, a conjugação dessas normas jurídicas internas e internacionais, a partir de uma visão favorável à pessoa humana, possibilita a extração do direito implícito à reparação econômica do consumidor, na hipótese de perda do tempo vital ou existencial (desvio produtivo).

Outro exemplo: obrigatoriedade de as operadoras de plano de saúde custearem medicamentos de uso domiciliar, na hipótese de doenças graves. As operadoras de plano de saúde não são obrigadas a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar, salvo medicamentos antineoplásicos de uso oral (Lei nº 9.656/98, art. 10, VI).

Contudo, esse dispositivo deve ser interpretado em favor da pessoa. Assim, em caso de risco à vida ou de grave dano à saúde, o dever de fornecer medicamentos de uso domiciliar deriva da conjugação de elementos jurídicos internos e internacionais.

No plano interno, em caso de emergência, isto é, quando houver risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente, as operadoras estão obrigadas ao atendimento ((Lei nº 9.656/98, art. 35-C, I).

No plano internacional, a proteção do direito à saúde deriva: a) da proteção geral dos direitos sociais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 26); b) da necessidade de promover a interpretação sistemática das normas jurídicas internas e internacionais – aquilo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos denomina de *corpus juris interno e corpus juris internacional de proteção aos direitos humanos*¹⁹.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018.

Portanto, no caso de doenças graves, quando houver uma situação de urgência, é possível extrair o direito implícito dos usuários de planos de saúde a obter medicamentos de uso domiciliar. Basta aplicar o princípio da interpretação *pro persona*, conjugando-se normas e decisões internas e internacionais a partir da proteção da pessoa.

4.2. Princípio da reparação integral

Segundo o princípio da reparação integral, quando se violam direitos humanos, deve-se assegurar à vítima uma ampla possibilidade de reparação (não só econômica), conforme estipula o art. 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Vamos a um exemplo.

O dano ao projeto de vida é aquele dano que impede a pessoa de realizar o que ela decidiu realizar na própria vida. O Senhor Luiz Alberto Cantonal Bonavides foi preso ilegalmente e sofreu tortura em presídio peruano. Devido à prisão, o Senhor Bonavides não pôde realizar o projeto de cursar uma universidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Peru concedesse uma bolsa de estudos superiores ou universitários (custos do curso + gastos de manutenção)²⁰.

A reparação ao dano ao projeto de vida, na hipótese, é uma das formas de se aplicar o princípio da reparação integral em matéria de direitos humanos.

4.3. Princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa

Segundo o princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa, no conflito entre normas jurídicas deverá prevalecer aquela que mais proteja o ser humano. Não importa a origem da norma – se proveniente do direito interno ou do direito internacional – e não importa a hierarquia da norma, havendo conflito, a escolha recai sobre a norma que mais proteja o ser humano.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantonal Bonavides vs. Peru*. Sentença de 3 de dezembro de 2001, §80.

Esse princípio está previsto no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Há várias possibilidades de aplicação do referido princípio:

- a) Prevalência de uma norma de tratado internacional de direitos humanos sobre uma norma constitucional: a prisão do depositário infiel é admitida pelo art. 5º, XLVII, da CF/88, mas proibida pelo art. 7.7. da CADH. Prevalece a norma da CADH, que é mais favorável ao ser humano.
- b) Prevalência de uma lei interna sobre um tratado internacional de direitos humanos aprovado com força de norma constitucional: o tratado de Marraqueche sugere, no art. 4º, §2º, que só uma entidade autorizada tem o direito de editar o livro acessível à pessoa com dificuldade de acesso. Isso geraria uma espécie de tutela indevida sobre as pessoas com deficiência, com um possível retorno ao assistencialismo. Já o art. 42, I, da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), estipula o direito das pessoas com deficiência ao acesso a bens culturais em formato acessível. Assim, no Tratado de Marraqueche, o acesso depende de que tais obras tenham sido publicadas por entidade autorizada, o que não é exigido pela LBI. Prevalece esta última sobre o tratado, o qual, aliás, foi aprovado com força de norma constitucional (obediência ao procedimento previsto no art. 5º, §3º, da CF/88). Em outras palavras, devido ao princípio da primazia ou preferência da norma mais favorável à pessoa, prevalece uma lei interna sobre um tratado internacional de direitos humanos com força de norma constitucional²¹.

5. PRINCÍPIOS SUBSTANCIAIS OU MATERIAIS DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme visto, os princípios substanciais ou materiais da Hermenêutica dos Direitos Humanos são normas jurídicas que, ao espelhar grandes

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 301. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

valores relacionados à proteção dos direitos humanos, influenciam na interpretação de outras jurídicas. Um dos princípios substanciais ou materiais é o princípio da igualdade ou da não discriminação. A propósito, todo ordenamento jurídico (nacional e internacional) conta com princípios fundamentais, que revelam os grandes valores inspiradores da ordem jurídica interna e internacional, conferindo coerência e legitimidade às normas jurídicas²².

5.1. Princípio da igualdade ou da não discriminação

No sistema regional interamericano de direitos humanos, o princípio da igualdade ou da não discriminação encontra-se previsto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Segundo esse dispositivo, os Estados devem respeitar e proteger os direitos humanos, sem discriminação.

Dáí surgem dois deveres: a) dever de respeito ou obrigação negativa: o Estado deve abster-se de agir, para que o direito seja respeitado. Por exemplo, os agentes estatais não podem torturar os presos; b) dever de garantia ou obrigação positiva: o Estado deve atuar, para que o direito seja garantido. Por exemplo, o Estado deve promover ações afirmativas em favor da população negra e das mulheres, com o objetivo de estancar a desigualdade estrutural que nega direitos a essas pessoas.

Uma das manifestações práticas desse princípio, representando o dever de garantia ou obrigação positiva, é a distribuição dinâmica da carga probatória. Se houver possível violação aos direitos humanos e a vítima tiver dificuldade para a produção de provas em uma ação de reparação civil, por exemplo, o Poder Judiciário deve inverter o ônus da prova.

Em caso de violência praticada por agentes estatais, é muito difícil às vítimas, em uma ação de reparação civil, demonstrar a violação. O Estado, por sua vez, pode trazer câmeras que devem ser acionadas pelos policiais

²² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto concorrente no Parecer Consultivo nº 16, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999).

nos atendimentos. Se o Estado não trazer esse meio de prova, presume-se a veracidade dos fatos alegados pela vítima (inversão do ônus da prova)²³.

CONCLUSÃO

Verificou-se, por meio da análise das Hermenêuticas Tradicional e Constitucional, que a interpretação do Direito não pode ficar a cargo, apenas, da soberania estatal. É preciso criar métodos interpretativos que levem em conta, ao lado do direito nacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos – particularmente as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, propôs-se uma Hermenêutica dos Direitos Humanos que pudesse articular, com princípios próprios, as normas jurídicas internas e internacionais, bem como decisões de tribunais internos e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além da proteção geral dos direitos humanos, essa nova Hermenêutica atrela a prática estatal aos padrões internacionais, evitando responsabilização do Estado brasileiro no plano internacional.

O presente trabalho, por limitação espacial, não pôde abranger toda a principiologia que a Hermenêutica dos Direitos Humanos pode apresentar. A propósito, a análise de casos julgados pela Corte Interamericana pode trazer novos métodos e princípios de produção do Direito, o que pode ser explorado em pesquisas futuras.

De qualquer forma, a Hermenêutica dos Direitos Humanos pode auxiliar a comunidade jurídica com novos métodos de interpretação que viabilizem a ampla e eficaz proteção dos direitos humanos, ajustando a soberania estatal aos padrões normativos e interpretativos do sistema regional interamericano de direitos humanos.

²³ FRESCA, Fábio. Voto proferido no seguinte julgamento: COLÉGIO RECURSAL DE SÃO PAULO, 4ª Turma da Fazenda, Agravo de Instrumento nº 0110-50.2024.8.26.9061, Juiz Relator FÁBIO FRESCA, voto proferido no dia 23 de setembro de 2024.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. *Compreender. Formação, exílio e totalitarismo. Ensaios*, pág. 232. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, págs. 18 e 21. 5ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

BARROSO, Luíz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEATRIZ, Hermínio. A escrevivência carrega a escrita da coletividade, afirma Conceição Evaristo. *In*: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA). Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/a-escrevivencia-carrega-a-escrita-da-coletividade-afirma-conceicao-evaristo>; Acesso: 28/10/2024.

BOGDANDY, Armin vo. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Organizadores). *Constitutionale Commune na América Latina. Marco Conceptual*, volume I. Curitiba: Juruá, 2016, pág. 11 a 51.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto concorrente no Parecer Consultivo nº 16, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantonal Bonavides vs. Peru*. Sentença de 3 de dezembro de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile (Caso “A Última Tentação de Cristo”)*, sentença de 5 de fevereiro de 2001.

DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2ª ed. Vitória-ES: Edição Especial do Autor, 2017.

FRESCA, Fábio. Voto proferido no seguinte julgamento: COLÉGIO RECURSAL DE SÃO PAULO, 4ª Turma da Fazenda, Agravo de Instrumento nº 0110-50.2024.8.26.9061, Juiz Relator FÁBIO FRESCA, voto proferido no dia 23 de setembro de 2024.

KIBUUKA, Brian. As origens gregas da Hermenêutica e da Alegoria. *In: Revista de Estudos Helênicos da UERJ*, nº 5, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20(3).pdf). Acesso: 24/9/2024.

LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, págs. 39 a 41. São Paulo: JusPodivm, 2024.

MOREIRA, Adílson José. *Pensando como um negro. Ensaio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, págs. 86 e 87. São Paulo: SARAIVA, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 301. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma bibliografia*, pág. 14. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário, RE 592581, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento no dia 13/8/2015. Tema nº 220. Tese de Repercussão Geral.

VAZ, Livia Sant'anna; RAMOS, Chiara. *A justiça é uma mulher negra*. Ilustrado por Ferreira Preta Ilustra. Belo Horizonte-MG: Casa do Direito, 2021.

Submissão: 24.setembro.2024

Aprovação: 30.outubro.24