XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ANDRÉ RAFAEL WEYERMÜLLER

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Maria Creusa De Araújo Borges; André Rafael Weyermüller. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-709-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos e relevantes de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na coordenação das apresentações do GT "Direito Internacional dos Direitos Humanos I", pudemos aferir a importância do espaço voltado a divulgação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito, e a necessidade de continuação dos debates para o aprimoramento da área de pesquisa.

Na primeira apresentação, João Henrique Souza dos Reis e Livia Gaigher Bosio Campello expuseram as preocupações da humanidade com a degradação ambiental e suas consequências para as futuras gerações com fundamento no princípio da solidariedade intergeracional.

Na sequencia, Anderson Medeiros de Morais abordou o princípio da presunção de inocência, sua normatização constitucional e proteção na Convenção Americana de Direitos Humanos, interpretando o movimento de integração de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, a crise dos refugiados foi apresentada por Douglas Sichonany Samuel, que buscou analisar com base no princípio da dignidade humana, a vulnerabilidade das mulheres no contexto da crise, especialmente quanto à questão sexual.

O professor Florisbal de Souza Del Olmo e Marsal Cordeiro Machado levantaram a preocupação sobre a entrada do estrangeiro em solo brasileiro, bem como sobre a responsabilidade do Estado em dar eficácia aos direitos fundamentais, destacando-se o acesso à saúde. Com efeito, buscaram compreender o alcance jurídico dos direitos fundamentais e propuseram a fixação de alguns preceitos para conciliar e disciplinar as garantias de acesso à saúde pelos estrangeiros.

Em seguida, Emini Silva Peixoto analisa a proteção dos direitos humanos das mulheres, sob a influência dos processos de globalização. Com efeito, questiona como tal fenômeno influencia os direitos humanos das mulheres, reconhecidos universalmente, em especial considerando que este implica na aceleração das desigualdades socioeconômicas e quais oportunidades aparecem diante do novo modelo de Estado Constitucional Cooperativo.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS

Prof. Dr. André Rafael Weyermuller – UNISINOS

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges – UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A APLICAÇÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE APPLICATION OF THE GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE FACE OF THE AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Anderson Medeiros de Morais [1]

Resumo

O princípio da presunção de inocência tem sido amplamente debatido no Brasil. Em meio a discussão, levantou-se a possibilidade de a normatização constitucional colidir com a Convenção Americana de Direitos Humanos. O presente trabalho busca esclarecer essa questão de forma específica, interpretando o movimento de integração de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz uma análise da legislação local e internacionais sob a luz do princípio pro homine e da nova teoria do modelo do trapézio jurídico. Com isso, pretende-se alcançar uma resposta para entender se a Constituição brasileira viola a CADH.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direito internacional, Constituição, Princípios, Presunção de inocência

Abstract/Resumen/Résumé

The principle of presumption of innocence has been widely debated in Brazil. In the middle of the discussion, the possibility arose of constitutional normalization to collide with the American Convention on Human Rights. It seeks to clarify this issue by interpreting the movement of integration of international norms of human rights in the Brazilian legal system. To do this, it analyzes local and international legislation in the light of the pro homine principle and the new theory of the legal trapezoid model. With this, it is intended to reach an answer to understand if the Brazilian Constitution violates the ACHR.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, International law, Constitution, Principles, Presumption of innocence

[1] Mestrando do PPGDH - UFPB

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu art. 5º um rol de direitos fundamentais e que devem ser garantidos a todos, sem estabelecer qualquer tipo de distinção, e que são considerados pela própria Constituição como cláusulas pétreas. Dentre esses, destaca-se o direito consagrado pelo princípio constitucional da presunção de inocência, o qual estabelece que nenhum indivíduo poderá ser considerado culpado sem que haja o trânsito em julgado de uma decisão judicial criminal que o condene.

O direito supracitado está salvaguardado também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no art. 8º, § 2º. No entanto, a redação do instrumento internacional possui uma roupagem diferente em relação a Carta Maior brasileira. Essa diferença, embora não sustente uma incompatibilidade entre ambos os dispositivos, permite interpretações diferentes.

Recentemente, no julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo ex-presidente Lula no Supremo Tribunal Federal (HC 152.752), alguns ministros suscitaram o tema em seus votos, como o Min. Celso de Mello e o Min. Luís Roberto Barroso. Em ambas as fundamentações, os ministros mencionaram a dessemelhança entre a literalidade do que está disposto na Constituição Brasileira e aquilo que prega o diploma internacional. No entanto, os juristas divergiram tanto em relação as implicações dessa distinção, bem como nos seus votos.

Essa possível contradição entre o texto da Convenção Americana e o dispositivo constitucional brasileiro pode revelar um aparente conflito entre o que é pregado no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o que dispõe o ordenamento jurídico pátrio. Além da discussão doutrinária, a prática processual penal pode também sofrer interferência em razão dessa discussão, uma vez que o princípio da presunção de inocência é um dos preceitos basilares do processo penal brasileiro. Isso porque, enquanto a Constituição Federal prega que a culpabilidade só poderá ser imputada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, a Convenção não faz nenhuma menção a necessidade do trânsito em julgado da decisão.

Em razão dessa possível colisão entre as normas mencionadas, é preciso que se faça uma análise a respeito dessa questão. Para isso, o estudo pretende responder se o princípio da presunção de inocência, tal qual reconhecido pela doutrina brasileira conforme a literalidade do texto constitucional, está em desconformidade com o que é pregado pela Convenção Americana de Direitos Humanos? Dessa forma, será possível responder se a normativa constitucional brasileira viola o regramento interamericano de proteção aos direitos humanos.

A elaboração do trabalho adotará o método dedutivo para responder essa questão proposta. Ao entender que o Estado brasileiro, por ter assinado a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ainda que de maneira tardia, se comprometeu não só a respeitá-la, mas também dispor de medidas capazes de garantir os direitos previstos no documento, deve-se compreender que a atuação estatal em sentido diverso desobedece ao que fora pactuado. Assim, uma compreensão do princípio da presunção de inocência no âmbito interno diversa do que é pregado na Convenção pode ser considerada como uma violação.

Para esclarecer esses pontos, o presente estudo irá fazer inicialmente uma análise da abordagem do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no que está disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e no art. 283, do Código de Processo Penal brasileiro. Em seguida, a pesquisa se debruçará sobre a garantia da presunção de inocência prevista pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no art. 8º, § 2º do documento.

Diante das questões reveladas com o transcurso da discussão, revela-se necessário elucidar um movimento de transição na teoria jurídica internacional. Com a expansão do direito internacional, um novo modelo jurídico trapezoidal tem sido indicado como substituto da antiga teoria monista piramidal, proposta por Hans Kelsen. O contexto tratado no presente trabalho indica um mesmo caminho a ser traçado pela comunidade jurídica, especialmente daqueles que têm se dedicado a estudar o ramo do direito internacional dos direitos humanos. Assim, uma breve apresentação sobre o assunto mostra-se pertinente para alcançar as respostas decorrentes do problema aqui proposto.

Por fim, será realizada uma comparação entre os dois sistemas jurídicos através de uma análise jurídica sobre a eficácia da Convenção Americana no ordenamento jurídico brasileiro sob a luz do princípio *pro homine*, consagrado no direito internacional. Em meio a esse contexto, será debatida a ruptura da teoria monista de Hans Kelsen sobre a prevalência hierárquica de apenas um conjunto normativo, seja ele o direito internacional ou ordenamento jurídico constitucional interno. Com isso, será possível apresentar a resposta para o problema sugerido pelo presente estudo durante a conclusão.

2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal Brasileira é taxativa ao prever que ninguém poderá ser considerado culpado por cometer um crime sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, que já tenha superado todas as instâncias de julgamento previstas

no ordenamento jurídico pátrio e que sejam competentes[1]. A referida garantia está inserida no rol de direitos fundamentais trazidos pelo texto constitucional de 1988 e deve ser assegurada a todos os indivíduos que se encontrem em solo brasileiro.

Em decorrência disso, e do que também está disposto no art. 60, § 4º, da Constituição, essa prerrogativa é considerada como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma importante limitação material imposta pelo constituinte originário, a qual prevê que determinados conceitos oriundos da elaboração do documento devem ser preservados em sua essência. Deve-se evitar assim qualquer processo de ataque a concepção inicial do constituinte, não podendo a Constituição estar exposta a instabilidades efêmeras em razão de distúrbios sociais ou tensões políticas, por exemplo (MENDES; COELHO; BRANCO 2009, p. 253).

Ainda assim, apesar do rol de garantias fundamentais estar inserido na classe de cláusulas pétreas da Constituição brasileira, sua mutabilidade não está plenamente afastada. Isso porque, a vedação constitucional imposta pelo constituinte originário busca impedir apenas que futuras alterações legislativas possam abolir direitos e garantias individuais previstos na Constituição. Dessa forma, não estaria impossibilitada assim, uma reformulação do texto constitucional com o intuito de ampliar ou aperfeiçoar uma garantia, como a da presunção de inocência[2].

Por outro lado, a modificação constitucional de uma cláusula pétrea, a despeito de qualquer discussão doutrinária que possa existir sobre a sua possibilidade, deve obedecer ao regramento imposto pelo *caput* do art. 60, da própria Constituição. Para tanto, a alteração, além de respeitar o núcleo substancial do princípio ou direito salvaguardado pelo dispositivo constitucional, deve observar também as demais regras estabelecidas pelo dispositivo supracitado, afim de que essa mudança possa ocorrer.

No entanto, conforme se percebeu durante o julgamento do HC 152.752-Paraná, o voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso sugere um meio informal para permitir a modificação do texto constitucional. Tal método, conhecido na doutrina como mutação constitucional, devido ao momento de instabilidade política que o Brasil atravessa, e em razão do caráter mais

[1] Conforme consta na Constituição: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

[2] Ampliação essa que já ocorreu, como por exemplo, nos casos da edição da EC nº 26/2000, que acrescentou ao art. 6º da Constituição o direito à moradia e da EC nº 45/2004, que dentre outras garantias, fez constar a duração razoável do processo no rol de direitos fundamentais da Constituição, presente no art. 5º, LXXVIII.

rígido de uma cláusula pétrea, não parece ser o mais adequado em termos de contribuir para o fortalecimento da democracia brasileira.

O posicionamento do referido ministro no caso supracitado é semelhante ao que também foi adotado por ele no julgamento do HC 126.292-São Paulo, em 2016, e que permitiu a possibilidade de prisão em segunda instância no país a partir de então. Como doutrinador, esse pensamento está consubstanciado em suas obras[3], ao entender que a evolução constitucional deve acompanhar os novos anseios surgidos com o decorrer do tempo dentro da sociedade.

Com o devido respeito ao ministro, essa não parece ser a posição mais coerente em face do que a Constituição brasileira prega. Não fosse pela rigidez imposta através da exigência prevista no art. 60 para que se possa modificar um dispositivo constitucional, a taxatividade do inciso LVII, art. 5º ao falar em "trânsito em julgado de sentença penal condenatória" não parece deixar margens para interpretações dúbias. Apesar disso, para endossar a tese defendida, Barroso faz um esforço intelectual considerável durante o seu voto ao tentar reforçar a sua ideia de que a execução da pena após a segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

Mais coerente parece ser a posição de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 419), em sua obra Curso de Direito Constitucional. Segundo o autor, a finalidade da Constituição é aquela disposta pelo próprio texto constitucional, sendo uma ilusão crer que a normatização constitucional possa evoluir para se adequar a qualquer nova conjuntura advinda da sociedade. Para ele, não é a realidade social que deve moldar a Constituição, mas sim a interpretação das normas constitucionais que devem determinar a vida em uma coletividade. No entanto, segundo ele, não serão modificações como as que foram propostas por Barroso, as quais podem ser classificadas como "inoportunas e inviáveis" em razão do momento de instabilidade política que o Brasil atravessa, que irão promover o que o autor chamou de "felicidade nacional".

A despeito das contradições entre os que defendem a possibilidade de modificação de cláusulas pétreas e aqueles que as consideram como intangíveis, o princípio da presunção de inocência encontra-se no cerne dessa discussão. Ainda assim, é preciso considerar a intenção do legislador originário ao redigir o inciso LVII, do art. 5º da Constituição. Nesse sentido, em 2010, o ex-ministro do STF, Eros Grau, julgou ser a prisão antes do trânsito em julgado da ação

[3] Conforme consta em um de seus livros: "A locução tendente a abolir deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro" (BARROSO 2010, p. 169.)

penal condenatória uma violação ao texto constitucional, considerando-a, inclusive, como desobediência a outro direito fundamental, o da ampla defesa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009). Esse entendimento, por sua vez, não impede outras formas de prisão na forma cautelar, positivadas no direito brasileiro, a exemplo das prisões temporária e preventiva.

Essa última visão a respeito do princípio da presunção de inocência é reconhecida por esse trabalho como a mais acertada em face da imposição constitucional já mencionada. Dessa forma, não estaria permitida assim a execução antecipada da pena, ou seja, após a segunda instância. Essa posição é ratificada por importantes doutrinadores do direito processual penal brasileiro, como no parecer emitido por Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró (2016) a pedido da advogada Maria Cláudia de Seixas. Do mesmo modo, inúmeros constitucionalistas repudiaram a ideia de aplicação provisória da pena, antes do trânsito em julgado da condenação. Dentre eles, nomes como Dalmo Dallari, Ives Gandra Martins, Ingo Sarlet, Elival da Silva Ramos e José Afonso da Silva (VEJA... 2018).

3 O TRATAMENTO DADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Historicamente, o princípio da presunção de inocência já tem sido consagrado em tratados internacionais há pelo menos sete décadas, quando foi materializado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 11[4]. Diversos outros documentos também abordaram a presunção de inocência no corpo de seus textos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)[5], a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1979)[6] e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)[7].

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), por sua vez, traz a garantia da presunção de inocência assentada no § 2º, do art. 8º[8]. A redação do referido dispositivo é semelhante a que está presente nos demais textos citados anteriormente. Assim, a única ressalva

[4] Artigo XI, da DUDH: "1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)
[5] Art. 14, § 2º "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)
[6] Artigo 7º "1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] 2. o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente;" (COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, 1981)
[7] Artigo 48º: "1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa." (UNIÃO EUROPEIA, 2016)
[8] Art. 8º, § 2º: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]". (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

expressa que o documento faz sobre a imputação da culpabilidade a um indivíduo é que ela deve obedecer às imposições legais vigentes em determinado ordenamento jurídico. Dessa forma, o princípio em destaque atua como balizador de outras garantias presentes também no texto da Convenção, como o devido processo legal e a ampla defesa (art. 2).

Nesse mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende que, para que seja comprovada a culpabilidade de uma pessoa, deve existir uma sentença definitiva (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001). Por isso, a antecipação da execução da pena não deve ser permitida, sob pena de privar alguém de sua liberdade sem que seja possível determinar a sua culpa. Tal entendimento corrobora o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1997), que julga ser a antecipação da pena uma violação a direitos humanos universalmente reconhecidos, nos casos em que a responsabilidade criminal ainda não tenha sido reconhecida.

Dessa forma, os Estados-membros da Convenção Americana devem inserir em seus ordenamentos jurídicos o princípio da presunção de inocência, de forma que nenhum indivíduo poderá ser considerado culpado sem a observância dos procedimentos determinados em lei para tanto. Com isso, o documento americano determina a observância do referido direito, impondo a necessidade apenas de respeito a algumas garantias mínimas, mas não determina a maneira como cada Estado deve proceder internamente para que o princípio seja respeitado.

O Brasil, por ser signatário do referido documento, está inserido no contexto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Em razão disso, conforme entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro, além de respeitar os direitos previstos na codificação americana, deve adotar medidas capazes de efetivá-los, sendo que, caso seja necessário, deverá, inclusive, adequar o seu direito interno ao que está disposto na Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002).

O posicionamento da Corte, conforme retratado acima, decorre da interpretação do artigo 2, da Convenção Americana[9], que, por sua vez, parece retratar a mesma intenção adotada pelo § 2º, do artigo 2 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos[10]. Em ambos os dispositivos, percebe-se a imposição de uma obrigação positiva aos Estados a fim de que esses possam

[9] "Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

[10] "Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto."

viabilizar a fruição de determinado direito (no caso do presente estudo, a presunção de inocência) através de suas legislações internas.

Entretanto, ganha destaque aqui uma importante ponderação feita pelo legislador internacional. O dispositivo do documento regional supracitado faz a seguinte consideração: "de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção". Assim, pode-se depreender que, apesar do caráter imperativo do referido documento, a implementação de determinado direito deve observar a ordem constitucional vigente, de forma que a soberania de um Estado não se mostre comprometida, o que confrontaria também um dos pilares das democracias modernas.

Para tanto, é preciso ressaltar que essa interpretação não fere o que está disposto na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (1963)[11], a qual também foi adota pelo Brasil através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Isso porque, não se busca aqui uma razão para o Estado escusar-se em concretizar um direito, mas sim que essa efetivação leve em conta os preceitos constitucionais vigentes em sua ordem jurídica.

4 O PLURALISMO JURÍDICO E A IDEIA DO MODELO TRAPEZOIDAL

Em meio a discussão sobre o que está disposto no direito constitucional brasileiro e o que os tratados internacionais preconizam a respeito da garantia de presunção de inocência, emerge um aparente conflito de normas pertencentes à duas esferas jurídicas distintas. A Teoria Piramidal defendida por Hans Kelsen (1960) sustentava que apenas um dos arcabouços legais poderia exercer a supremacia em um dado ordenamento jurídico.

Assim, segundo o alemão, ou o direito internacional seria considerado hierarquicamente superior às demais legislações, inclusive a Constituição, ou as leis constitucionais ocupariam essa posição hegemônica. Com isso, muitas teorias foram criadas com base na supremacia constitucional para eximir Estados de cumprir obrigações assumidas internacionalmente em razão da incompatibilidade entre os tratados internacionais e suas leis internas (NEGISHI, 2017).

Esse argumento pode servir ainda como base de apoio para legitimar políticas públicas contrárias a implementação de direitos humanos consagrados em tratados internacionais. Sob o pretexto de preservar a soberania interna, alguns Estados se valem da teoria monista kelseniana para justificar o não cumprimento da normatização internacional em razão da prevalência de suas legislações internas com base na primazia constitucional.

[11]Art. 27: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1963)

Por outro lado, a argumentação construída no voto supracitado do ministro Barroso indica um caminho inverso. Enquanto o exemplo citado acima remete a ideia de que o ordenamento jurídico interno deve prevalecer em face do direito internacional, a opinião do constitucionalista brasileiro está fundada na ideia de que os documentos internacionais não preveem a garantia da presunção de inocência na mesma extensão que a Constituição brasileira e que com isso o inciso LVII estaria em desacordo com os tratados internacionais já mencionados. Dessa forma, permite-se inferir que essa legislação ocuparia então o topo da pirâmide proposta por Kelsen e exerceria assim a supremacia em face de toda a legislação interna, inclusive as normas constitucionais.

No contexto retratado até então, com a preponderância de apenas um conjunto normativo exercendo a supremacia em determinado ordenamento jurídico, determinados direitos e garantias podem ser preteridos. Isso porque, como ocorre no caso da presunção de inocência no Brasil, enquanto a Constituição Federal garante a sua aplicação até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, a Convenção Americana de Direitos Humanos não assegura a mesma extensão em seu texto. Assim, com base na teoria monista, caso houvesse o entendimento de que a norma internacional seja hierarquicamente superior a Constituição brasileira, seria possível interpretar que essa garantia fosse limitada, como sugeriu Barroso.

Pode-se concluir então que esse modelo não favorece a ideia de dignidade da pessoa humana, uma vez que o formalismo na adoção de apenas um sistema normativo como prevalecente impõe uma restrição ao ser humano enquanto sujeito de direitos. A partir dessa inconsistência, o modelo jurídico trapezoidal permite uma nova construção teórica em face das normas que devem prevalecer em um determinado ordenamento jurídico. Com isso, seria possível assim a coexistência tanto do direito internacional como da Constituição no topo da hierarquia normativa interna, sendo que a supremacia seria revelada não pela posição hierárquica da norma, mas pela sua materialidade, ao garantir a melhor proteção ao indivíduo.

De acordo com Nigeshi (2017), através desse novo modelo proposto, a integração de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno poderia ocorrer tanto por meio do fenômeno da constitucionalização do direito internacional como do pluralismo jurídico. Ou seja, tanto os direitos previstos nos tratados internacionais como aqueles oriundos das Constituições locais ocupariam o topo hierárquico do modelo jurídicos adotado em cada Estado, sendo que a norma mais benéfica ao indivíduo devesse sempre prevalecer.

Essa nova forma representa então uma ruptura do paradigma anterior e retira o foco da supremacia de uma questão meramente formal para uma questão mais concreta, configurada no direito que melhor atenda aos anseios do indivíduo. Muda-se então a finalidade principal da

elevação da hierarquização de normas para privilegiar as pessoas e não resguardar uma valoração estatal. Dessa forma, permite ainda que novas conquistas na área do direito internacional dos direitos humanos possam penetrar ordenamentos jurídicos mais rígidos fundados na soberania estatal (PIOVESAN, 2012), possibilitando assim uma maior abertura à internacionalização de seus ordenamentos constitucionais.

Entende-se então que a ideia do modelo de trapézio jurídico descaracteriza a necessidade de estabelecer a supremacia de um determinado conjunto normativo em um ordenamento jurídico. Em seu lugar, o ser humano passa a ser o elemento propulsor de qualquer regramento que vislumbre uma hierarquização normativa. Essa ideia está associada ao princípio *pro homine*, o qual determina que o regramento mais favorável ao indivíduo deve prevalecer em detrimento daquele que menos o favoreça, quando se tratar de um possível conflito de normas entre tratados internacionais e Cartas Constitucionais.

Ainda segundo a autora japonesa, independentemente da forma como os tratados internacionais passem a integrar os ordenamentos jurídicos internos, seja por meio da adoção do modelo pluralista legal ou por uma nova abordagem constitucionalista, as características oriundas do princípio *pro homine* também estão presentes no modelo trapezoidal. Isso porque, em ambos, prepondera a ideia de que a norma mais favorável deve ser aplicada de forma mais favorável aos indivíduos, permitindo assim um diálogo entre a normatização internacional e a local. Com isso, o referido princípio contaria com duas funções: uma ofensiva, no caso de permitir que normas internacionais mais benéficas possam penetrar os ordenamentos jurídicos internos e uma defensiva, impedindo que valores constitucionais possam ser restringidos por essas mesmas normas internacionais, quando sua composição não revelar um cenário mais benéfico ao indivíduo (NEGISHI, 2017).

5 CONSTITUIÇÃO E SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOB A ANÁLISE PRINCÍPIO PRO HOMINE

Uma importante questão sobre o tema, essa de natureza fática, revela-se em relação ao momento em que os referidos diplomas legais passaram a ter vigência no Brasil. Embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tenha sido celebrada em 1969, o Brasil só assinou o documento em 1992, ou seja, quatro anos após a edição da Constituição Federal de 1988.

Esse fato merece destaque, uma vez que o constituinte ao confeccionar a Lei Maior brasileira previu um direito mais amplo do que a garantia mínima que já havia sido prevista na Convenção, a qual foi redigida há mais de duas décadas antes. Com isso, a intenção do

legislador constitucional parece ter sido clara definir que a culpabilidade somente poderá ser definida após o trânsito julgado de uma sentença criminal. Dessa forma, a antecipação da execução da pena pode ser considerada como inconstitucional.

Ainda assim, a definição sobre o que de fato dispõe a Convenção Americana ao tratar da presunção de inocência e a ampliação do referido direito dada pela Constituição brasileira pode ocasionar algumas incertezas. Uma interpretação mais literal do documento internacional permitiria desencadear uma ideia de restrição a garantia da presunção de inocência. Em decorrência disso, poderia ser entendido que o direito estabelecido no inciso LVII, art. 5º, da Constituição Brasileira violaria a CADH.

No entanto, os ensinamentos do Direito Internacional levaram a definição de um princípio conhecido como *pro homine*. De acordo com a norma principiológica, nenhuma legislação que verse sobre direitos humanos possuirá hierarquia diferente de outra de mesma natureza. Isso porque, a norma que conceda direitos mais amplos irá preponderar sobre aquela mais restrita, estabelecendo assim uma relação de complementariedade entre elas, mas nunca um escalonamento hierárquico (GOMES, 2008, p. 498-501).

No Brasil, a despeito de qualquer discussão doutrinária a respeito da posição hierárquica das normas internacionais de direitos humanos, têm se admitido, por posição firmada da Suprema Corte brasileira, que essa normatização se encontra acima do direito ordinário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008). Ainda assim, em razão do que prega o princípio em questão, não haveria muita razão para se discutir o posicionamento da Convenção Americana no antigo modelo de pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, em razão do exposto acima, essa colocação se torna irrelevante em face do conteúdo da norma.

O julgamento do RE 466.343-SP, supracitado, ratifica esse entendimento. O STF, ao determinar que a prisão civil do depositário infiel é ilícita (Súmula Vinculante nº 25), consagrou a CADH como prevalente em relação a normatização interna que tratava do assunto, em especial o inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição brasileira, que prevê essa modalidade de reclusão.

Embora o tratamento da presunção de inocência no direito interno possua um tratamento inverso, comparado a prisão civil do depositário infiel, a lógica a ser utilizada deverá ser a mesma. Não obstante a norma constitucional estar posicionada acima da CADH em uma escala de hierarquia normativa, uma vez que a Convenção foi recepcionada como norma supralegal após a edição da EC 45/2004, o raciocínio a ser desenvolvido prescinde desse argumento.

No texto do próprio tratado, o art. 29, especialmente em sua alínea "b", é claro em defender a ideia trazida pelo princípio *pro homine*[12], corroborando com o que dispõe o art. 5.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[13]. Internamente, essa concepção foi adota pelo constituinte originário no § 2º, art. 5º, da Constituição, ao determinar que os direitos e garantias ali presentes não excluiriam aqueles provenientes de tratados internacionais adotados pelo Estado brasileiro.

De forma semelhante, porém com sob uma ótica um pouco diferente, a alínea "a" da CADH veda qualquer restrição de algum direito nela contido, seja por um Estado ou por um particular, a não ser em razão de permissão contida no próprio documento[14]. Do mesmo modo, a CEDH traz essa proibição nos artigos 17[15] e 53[16], ao vedar qualquer tipo de interpretação que seja tendente a limitar alguma garantia prevista na Convenção. Percebe-se então uma preocupação em legitimar o regramento trazido pelo referido princípio no âmbito internacional no que concerne a proteção a direitos humanos. Nesse sentido, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já manifestou seu posicionamento a respeito da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo ao tratar o caso dos migrantes indocumentados[17]. Segundo Valério Mazzuoli e Dilton Ribeiro (2016), o princípio *pro homine* se caracteriza como o principal pilar

[12] Art. 29: "Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados" (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

[13] Art. 5.2 "Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau."

[14] Art. 29: "[...] a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;" (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

[15] Art. 17º "Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção." (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM, 1950)

[16] Art. 17º "Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte." (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM, 1950)

[17] "Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente." (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013)

de sustentação para a internacionalização dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito ao seu processo de universalização.

Alinhado com esse pensamento, José Afonso da Silva (2018) emitiu um parecer contrário a possibilidade da prisão em segunda instância. Segundo o constitucionalista brasileiro, o Acórdão do HC 126.292/SP de 2016 apresenta uma inconsistência em razão de seus fundamentos se apoiarem na redação do dispositivo supracitado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, alegando que o texto do documento internacional não exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para que a culpabilidade possa ser atribuída a um indivíduo. Entretanto, o próprio autor faz questão de ressaltar que essa seria uma norma genérica, estabelecendo um direito mínimo a ser cumprido pelos Estados, mas que não os impede de estabelecer normas mais protetivas.

Por outro lado, fica evidente também a intenção do legislador constituinte em primar pelo direito fundamental mais benéfico ao indivíduo. A presença de uma garantia como a presunção de inocência de forma mais extensa na Lei Maior brasileira, se comparada ao tratamento dispensado pelos tratados internacionais já mencionados, pode revelar um traço de intencionalidade do legislador constituinte ao estabelecer essa ampliação em seu caráter protetivo. E, embora não haja uma evidência concreta dessa finalidade, o contexto histórico de pós-ditadura brasileira pode fornecer elementos suficientes para subsidiar essa ideia.

Por essas razões, não só o legislador no exercício de sua função principal deve atentar-se para a compatibilidade de seus projetos legais com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos adotados internamente, obedecendo assim a ideia de dupla compatibilidade vertical (GOMES, 2008, p. 497). Seria incoerente imaginar que qualquer conduta, seja ela pública ou privada, viole um mandamento constitucional ou supralegal.

E é nesse contexto que a atuação judicial se encontra inserida. O julgamento do HC 152.752, por sua vez, mostrou-se contrário a esse entendimento. Embora alguns ministros tenham votado em favor da procedência do *habeas corpus*, o que impediria a execução antecipada da pena, a maioria deles decidiu pelo afastamento da garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

6 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se que o princípio *pro homine* serve como um balizador nos casos em que haja um possível conflito entre normas que versem sobre direitos humanos. Ainda que a situação envolva normas hierarquicamente distintas ou mesmos normas

internas e internacionais, a decisão sobre a aplicabilidade deve levar em conta o referido regramento.

Essa mesma ideia formulada pelo princípio *pro homine* também está presente no cerne do novo modelo de trapézio jurídico. A adoção das cláusulas que sejam mais favoráveis ao indivíduo desloca a ideia da supremacia constitucional de um viés puramente formal para um contexto material. Dessa forma, para que uma norma possa prevalecer sobre outra, não basta apenas que ela componha o conjunto normativo que ocupa o topo da hierarquia normativa, mas que a sua aplicação seja mais benéfica no caso concreto.

Embora o entendimento do presente estudo seja que não haja, de fato, uma colisão entre os dispositivos da norma constitucional brasileira e da Convenção Americana que tratam sobre a presunção de inocência, a ideia principiológica de que a norma mais favorável ao indivíduo deve prevalecer esclarece a problemática com objetividade. Assim, a ideia de dupla revisão citada por Gomes, ao se tratar de interpretação de normas no momento de aplicação da lei deve levar em conta não só a Constituição e os documentos internacionais, mas também qualquer outra lei ordinária que trate do assunto.

Fica demonstrado então que o princípio de presunção de inocência, tal qual está disposto no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 5º, LVII, da Constituição não viola a Convenção Americana de Direitos Humanos. Com base no preceito acima, qualquer dúvida sobre o tema torna-se esclarecida, uma vez que uma interpretação restritiva a uma norma de direitos humanos não condiz com o que é pregado pelo texto constitucional brasileiro que define a preponderância dos direitos humanos como norteador das relações internacionais brasileiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.212/RJ**. Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 03/11/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-030 Divulg 18/02/2010 Public 19/02/2010.

_____. **Recurso Extraordinário nº 466343 SP**, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Data de Publicação: DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008.

CIDH. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001**.

Informe Nº 66/01 Dayra María Levoyer Jiménez Caso 11.992 (Ecuador) 14 jun. 2001 OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev. 16 abr. 2002. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Ecuador11.992.htm#_ftn1>. Acesso em: 08 mai 2018

CONJUR – Revista Consultor Jurídico. **Veja o que dez constitucionalistas dizem sobre execução provisória da pena**. 04 abr. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>. Acesso em 07 mai. 2018

Corte IDH. C**aso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

_____. **Caso Cantos Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

_____. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.** Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

LOPES JR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em 07 mai. 2018

GOMES, Luiz Flávio. Direito internacional dos direitos humanos: validade e operacionalidade do princípio PRO HOMINE. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. n.11, p.494-503, jul./dez. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. **The European Journal of International Law**.Vol. 28 no. 2. 2017

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC n. 19 – jan./jun. 2012

RIBEIRO, Dilton. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. The Pro Homine principle as a fundamental aspect of International Human Rights Law. **Journal of Global Studies**. Meridiano 47, 17: e17003. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Parecer anexado ao HC 152.752/PR**. São Paulo. 28 de mar. 2018