

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

LEONEL SEVERO ROCHA

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-398-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

A realização do “IV Encontro Virtual do CONPEDI” nesse momento ainda de restrições aos eventos presenciais decorrentes da necessidade do isolamento social imposto pela pandemia da COVID 19 obriga ainda a uma reflexão sobre o acerto da decisão na realização do Encontro nessa condição de adversidade.

A virtualística tem funcionado como forma possível a assegurar o evento, em evidente privilégio dos esforços daqueles que realizaram o seu denodo de pesquisa, como forma de viabilizar suas apresentações para a comunidade científica. É claro que o formato já vem demonstrando certo cansaço na sua utilização constante, mormente aqui analisada de perspectiva acadêmica, mas, entre as perspectivas da não realização e sua realização virtual, por óbvio, o segundo desvã se impôs.

O Grupo de Trabalho “FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I”, reunião saudável de tradicionais GTs, contou com excelentes trabalhos e profícuas discussões sobre eles, em debate instigante que possibilitou o enfoque de múltiplas abordagens, dentro da melhor experiência dos encontros anteriores do CONPEDI. Assim, tivemos a apresentação de 27 trabalhos, listados no índice, com investigações muito bem elaboradas, em amostra significativa do que de melhor se produz no nosso país, nos campos objeto das temáticas do GT.

Num primeiro bloco ordenado das exposições, tivemos as apresentações dos trabalhos de Eric Araujo Andrade Oliveira e Jadson Correia de Oliveira, com interessante discussão sobre a possibilidade de integração da Análise Econômica do Direito ao âmbito da Epistemologia Jurídica; o de Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa, acerca da história da Hermenêutica e o denominado ‘giro linguístico’; o de Raphael de Abreu Senna Caronti, abordando a Teoria de Alexy eventualmente ser aplicada sobre a ótica dos princípios do Direito Ambiental Brasileiro; o de Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias e Victor Augusto Gaioski Pagani, abordando os limites definidores do que é aplicação do direito e o que é interpretação, com a questão do Ativismo Judicial; o de Victor Augusto de Oliveira e Victor Sales Pinheiro, trazendo diferenças conceituais entre Finnis e Posner na questão da razoabilidade prática e pragmatismo; o de Lilian Mara Pinhon e Fernanda Resende Severino, na temática da presunção da inocência e o papel de uma “(des)necessidade de uma única

interpretação”; o de Fabricio Carlos Zanin e Sergio Weyl Albuquerque Costa, trazendo a questão da crítica hermenêutica do Direito e os limites do positivismo jurídico (“Da discricionariedade à Teoria da Decisão”) e afinal; o de Juan Pablo Ferreira Gomes, sobre aspectos narrativos e discursivos da prova em Foucault (“A invenção da verdade”).

Em um segundo bloco, seguiram-se as seguintes apresentações HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO PROPULSORA DA EFICIÊNCIA JUDICIAL .Denilson Moura Da Silva. Objetiva-se estudar aqui a hermenêutica jurídica, aqui entendida como a interpretação realizada pelos órgãos judiciais. Abordar-se-á as hipóteses possíveis de emprego da técnica hermenêutica como propulsora da celeridade processual, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário.

O ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR UMA SOCIEDADE FRATERNA: RESPONSABILIDADES E CONSEQUÊNCIAS Ana Gabriela Dalboni Rocha , Carlos Augusto Alcântara Machado.

Trata da previsão constitucional de uma sociedade fraterna impõe aos indivíduos e ao Estado o dever de observância ao Princípio da Fraternidade, que se constitui em fundamento de validade de atos e normas jurídicas

PARADOXO DA (IN) TOLERÂNCIA EM KARL POPPER E OS LIMITES-FRONTEIRAS DO DISCURSO DE ÓDIO

Juan Pablo Ferreira Gomes

O trabalho parte do “paradoxo da tolerância” de Karl Popper para investigar as fronteiras e os limites jurídicos ao que se concebe como (in) tolerante, no que passou a ser definido enquanto discurso de ódio na atualidade.

O PARADOXO DE SEGUIR REGRAS: DUAS CRÍTICAS AS LEITURAS COMUNS DE WITTGENSTEIN

Liziane Parreira

Wittgenstein é um importante filósofo da linguagem, sua filosofia pode ser dividida em duas fases. Na primeira fase tem-se um autor de formação positivista-lógica do "Tractatus Logico-Philosophicus" e na segunda fase um hermeneuta preocupado com o significado da linguagem em "Investigações Filosóficas".

O PLURAL NO CICLO DE LUTAS: CULTURA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA DURANTE A REVOLUÇÃO MUNDIAL DE 1968 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA TEORIA SOCIAL DO DIREITO

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior , Antonio Carlos Wolkmer

A presente investigação apresenta uma reflexão acerca do surgimento do plural nas lutas sócio-políticas que se projetaram a partir do giro descolonizador realizado pela esquerda latino-americana. O objetivo geral consiste em identificar a mudança na cultura política ocorrida durante o primeiro ciclo de lutas na América Latina e suas consequências na teoria social do direito.

O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO: O STF E CONTRIBUIÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Guilherme Nunes de Paiva , Renata Albuquerque Lima

A interpretação conforme à Constituição surgiu como uma técnica de controle de constitucionalidade, ou de interpretação, no escopo de conceder à uma norma infraconstitucional com multissignificados, um sentido que se coadune à Constituição.

O RESGATE DAS VIRTUDES PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski , Valéria Silva Galdino Cardin

O artigo realiza uma abordagem acerca da necessidade do resgate das virtudes na sociedade contemporânea, sobretudo na ordem econômica pátria para a efetivação da dignidade da pessoa humana

OS LIMITES ENTRE A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Lucas Augusto Gaioski Pagani , Bruno Smolarek Dias , Vitor Augusto Gaioski Pagani

O presente artigo visa discutir a possibilidade da criação do Direito através do Ativismo judicial ou a aplicação do direito através do papel interpretativo do magistrado, trazendo as diferenciações entre a aplicação do

Direito e a Criação de um novo Direito, não previsto anteriormente por nenhuma regra jurídica.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO TECNOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Leila Diniz , Luciano Jose Machado Do Amorim , João Victor Vieira de Sant'anna

O presente artigo tem por objetivo explorar a evolução desde a supremacia constitucional, consubstanciada no positivismo jurídico, passando pela implementação e acentuado uso dos precedentes judiciais em nossos tribunais, com sopesamento dos princípios colocados em conflito, até chegar na lacuna existente no ordenamento, dentre várias, também para os confrontos atuais, surgidos a partir do avanço digital, em que princípios constitucionais de primeira ordem colidem com atuais princípios tecnológicos

PONDERAÇÕES SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ZETÉTICA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: A NECESSÁRIA REVISÃO, ATUALIZAÇÃO E RECONTEXTUALIZAÇÃO

Bruna Medeiros Bolzani , Elenise Felzke Schonardie

O artigo tem como objetivo analisar a dogmática jurídica e a zetética jurídica no que concerne ao direito ambiental com o intuito de demonstrar a necessária abertura da dogmática jurídica à zetética jurídica, diante do contexto contemporâneo de emergência climática.

POR UMA ABORDAGEM EXPERIENCIALISTA DO DIREITO: A METAFORICIDADE DA COGNIÇÃO E AS REALIDADES JURÍDICAS

Monica Fontenelle Carneiro , Rodrigo Dutra da Silva

O presente estudo objetiva apresentar o direito e a prática jurídica como categorias cognitivas e linguísticas expressas metaforicamente, bem como a importância da metáfora para a capacidade humana de pensar e construir sentidos

RAZOABILIDADE PRÁTICA E PRAGMATISMO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE FINNIS E POSNER NA ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO

Victor Augusto de Oliveira Meira , Victor Sales Pinheiro

O artigo objetiva diferenciar duas modernas teorias do direito a partir do instituto jurídico do casamento: a análise econômica do direito e o direito natural analítico, utilizando como referência a obra de Richard Posner e John Finnis.

REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N. 6341/DF: UM ESTUDO HERMENÊUTICO DA DECISÃO DO STF E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Thiago Braga Parente , Renata Albuquerque Lima

Este artigo tem como objetivo estudar o julgamento de uma medida cautelar na ADI n. 6341 /DF, abordando a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos fundamentais e examinando a colisão entre direitos fundamentais diante da prevalência do direito à saúde.

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A ORIGEM DA HERMENÊUTICA NA TERCEIRA CRÍTICA

Jaci Rene Costa Garcia

Tendo como objetivo geral investigar o papel da estética kantiana para a hermenêutica, a delimitação do estudo envolve: [i] uma abordagem filosófica unificada pelo sistema crítico kantiano capaz de identificar os pressupostos que permita a realização dos julgamentos, [ii] o lugar do humano na comunidade e [iii]

VALORAÇÃO DA NATUREZA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE AXIOLÓGICA E ECOLÓGICA

Aline Cirilo Caldas , Bárbara Vier , Miguel Etinger de Araujo Junior

A sociedade está em constante modificação, em razão de vários fatores, desses destacam-se os embates sociais emergentes, os quais refletem no modo de conceber as questões humanas e solucionar problemas.

Por tudo que se observa, trata-se de uma importante reunião de pesquisas que merecem serem consultadas como fontes do imaginário jurídico em 2021.

19. O artigo apresentado por Ana Flávia Costa Eccard analisa, adotando o pensamento de Zygmunt Bauman, a transformação, na contemporaneidade, das relações sociais. Essas

passam a ser, cada vez mais, líquidas e marcadas por uma imediatidade. Esse cenário, por sua vez, altera as concepções e estruturas básicas, com impactos de várias ordens, inclusive no cenário normativo em que o Direito está inserido.

20. Liziane Parreira apresentou trabalho que investiga criticamente as concepções mais comuns do pensamento de Wittgenstein. O trabalho sugere que as abordagens usuais deixam de lado aspectos relevantes das obras do autor e propõe, em alguns aspectos, uma atualização dessas percepções.

21. Renan Aguiar examina em trabalho a possibilidade de sustentar uma leitura pragmática, fundada, essencialmente, numa conexão entre a linguagem e as relações intersubjetivas. O marco teórico essencial Richard Rorty é examinado a partir desse contexto.

22. Rodrigo Dutra socializou suas conclusões a respeito do artigo submetido, propondo uma nova abordagem do Direito. O centro da proposta envolve uma perspectiva experiencial em que a cognição pode ser tomada como uma metáfora constitutiva de diversos contextos jurídicos.

23. Aline Cirilo Caldas e Barbara Vier apresentaram artigo que propõe uma leitura valorativa e ecológica do ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem propõe uma valorização da natureza como um parâmetro na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

24. Carlos Roberto Oliveira apresentou estudo a respeito do caso fortuito e força maior como fatores jurídicos relevantes na compreensão de obrigações contratuais. Em especial foi adotado como pano de fundo os contratos de fornecimento de vacinas e as implicações sobre a sua operacionalidade jurídica efetiva.

25. Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho apresentou artigo relacionado à investigação hermenêutica da extrapolação, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da imunidade constitucional dos livros impressos para os livros eletrônicos. O texto examina os fundamentos desse contexto interpretativo refletindo quanto ao seu efetivo cabimento.

26. No texto socializado Ulisses Arjan Cruz dos Santos, Laura Maria Santiago Lucas e Valmir Cesar Pozzetti examinam o pensamento de Thomas Hobbes. No estudo chamam a atenção de que o autor pensa a fraternidade como instrumento de concretização da paz social. Nesse contexto propõem uma ampliação da leitura política do autor.

27. O texto apresentado por Jorge Alberto Macedo Acosta Junior, examina os impactos na cultura política na América Latina dos movimentos intelectuais europeus ocorridos no ano de 1968. Especialmente são examinadas as influências no campo da teoria do Direito.

Jean Carlos Dias

Rubens Beçak

Leonel Severo Rocha

**A (DES)NECESSIDADE DE UMA ÚNICA INTERPRETAÇÃO A SER APLICADA
PELO STF EM CASOS ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**
**THE (DES) NEED FOR A SINGLE INTERPRETATION TO BE APPLIED BY THE
STF IN CASES INVOLVING THE PRESUMPTION OF INNOCENCE**

Lilian Mara Pinhon ¹
Fernanda Resende Severino ²

Resumo

Dentre os objetivos da pesquisa está a análise da hermenêutica jurídica de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54. Com as diversas argumentações utilizadas pelos Ministros do Supremo, quanto ao significado do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, ficaram demonstradas as variadas interpretações utilizadas das leis nacionais e internacionais, o que coloca em risco os direitos humanos e fundamentais. Logo, é essencial uma única interpretação por parte dos Ministros do STF nos casos que envolvem a presunção de inocência. Tender-se-á pelo procedimento metodológico dedutivo.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Hermenêutica, Constituição de 1988, Princípio pro homine, Diálogo das fontes

Abstract/Resumen/Résumé

Among the objectives of the research is the analysis of the legal hermeneutics of some Justices of the Supreme Court in the Declaratory Actions of Constitutionalities 43, 44 and 54. With the various arguments used by the Justices of the Supreme, regarding the meaning of article 5, item LVII, of the CRFB/1988, the various interpretations used of national and international laws were demonstrated, which puts human and fundamental rights at risk. Therefore, a single interpretation by the STF Ministers is essential in cases involving the presumption of innocence. It will tend to the deductive methodological procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Hermeneutics, 1988 constitution, Pro homine principle, Sources dialog

¹ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Advogada. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/37196630002088>.

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público; em Formação de Professores; em Docência. Pesquisadora. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0705404933469657>

1. INTRODUÇÃO

A presunção de inocência é um direito fundamental inscrito em nível constitucional brasileiro e um direito humano inscrito no sistema internacional. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a norma presunção de inocência foi inserida no artigo 5º, inciso LVII, no Estado Democrático de Direito.

O termo presunção de inocência, e não culpabilidade, é trabalhado ao longo do artigo, visto que, em casos em que a culpabilidade do indivíduo permanece na dúvida, inferir-se-á a certeza da inocência, uma vez que esta não pode ser graduada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem a possibilidade de exercer a jurisdição em matéria constitucional. Em 07 de novembro de 2019, julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54 (ADCs 43, 44 e 54) e decidiu que está de acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), da redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, ficando consignada a constitucionalidade do referido artigo do CPP, na época vigente.

Como não existiu um consenso entre os Ministros do Supremo sobre uma única tese interpretativa a ser seguida em casos que envolvem a presunção de inocência e para que ocorra a preservação dos direitos fundamentais e humanos, a pesquisa justifica-se. Afinal, é necessário fazer uma crítica aos Ministros que restringem diversos direitos, ao argumentarem que a presunção de inocência tem menor peso do que a efetividade do direito penal, ou que informam que uma lei não possui o requisito trânsito em julgado e esta que deve prevalecer no caso concreto.

A problemática apresentada é: mesmo com a mudança de posicionamento do Supremo a respeito da presunção de inocência, em 07 de novembro de 2019, existe a necessidade de ser utilizada uma única interpretação nesses casos?

O presente artigo tem como objetivos expor a presunção de inocência no âmbito jurídico internacional e nacional brasileiro, analisar algumas interpretações utilizadas pelos Ministros do Supremo no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54, bem como criticar a falta de uma única interpretação a ser dada pelos Ministros do Supremo em casos envolvendo a presunção de inocência.

O marco teórico utilizado é o princípio internacional e constitucional brasileiro *pro homine*, em conjunto com a teoria de Erik Jayme, diálogo das fontes.

Em um primeiro momento, será realizada uma abordagem sobre a presunção de inocência no âmbito jurídico internacional. Posteriormente, apontar-se-á a presunção de

inocência no âmbito jurídico interno brasileiro. Após, será feita uma análise da hermenêutica utilizada por alguns Ministros do Supremo nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54. Em seguida, destacar-se-á a hermenêutica que deve reger a interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por fim, retomar-se-á a exposição desenvolvida ao longo do trabalho, a título de conclusão, afinal os Ministros do Supremo devem utilizar a interpretação *pro homine*, em concomitância com o diálogo das fontes, em casos que envolvem a presunção de inocência.

A metodologia de pesquisa adotada foi bibliográfica, com a utilização da doutrina, de textos e de artigos científicos sobre o tema, e documental, uma vez que foram usadas as legislações brasileiras, tais como a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal e as normas internacionais, tanto do sistema global como regional. O procedimento metodológico utilizado foi o dedutivo, visto que partiu de uma premissa maior para uma delimitação do tema problema.

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

Tendo em vista o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possibilitar a abertura para o diálogo entre o direito nacional e internacional, de modo a autorizar a troca de legislações e de jurisprudências, é fundamental o estudo da presunção de inocência no âmbito internacional, especialmente no sistema global e regional interamericano. Afinal, os próprios Ministros do Supremo interpretam a presunção de inocência com observância nas diversas fontes normativas existentes.

A norma presunção de inocência surgiu no século XVIII, na Europa, com a finalidade de atacar o sistema processual penal inquisitivo e acabou se fortificando com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No século XX, devido às grandes Guerras, é que o direito internacional se fortalece e ocorre a multiplicação de tratados e o surgimento de várias organizações internacionais em que o direito individual presunção de inocência é destacado.

Por causa da tensão entre o “direito de punir do Estado”¹ e o “direito à liberdade”² a presunção de inocência aparece com o propósito de ser uma proteção contra o poder punitivo do Estado (CAMARGO, 2005, p. 19-24).

Como o Brasil é signatário de praticamente todos os documentos do sistema global quanto do sistema regional interamericano, ao Poder judiciário cabe não violar os direitos

¹ Expressão conhecida em latim como “*jus puniendi*”.

² Expressão conhecida em latim como “*jus libertatis*”.

humanos. O Estado brasileiro possui obrigação *erga omnes* de proteção ao indivíduo e deve efetivar o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Afinal, por o homem possuir direitos invioláveis que lhe são intrínsecos, como a dignidade da pessoa humana, o indivíduo brasileiro além de ser sujeito de direito nacional, é sujeito de direito internacional. Mazzuoli (2019, p. 763) destaca que o ser humano faz parte da categoria de sujeito de Direito Internacional Público.

O Estado brasileiro, inicialmente, incorporou o sistema global. Posteriormente, em 1992, incorporou o sistema regional interamericano, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Silva (2017, p. 159-160) aponta que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que serviu de base para a Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi promulgada pela Organização das Nações Unidas, é universalizante e está definida em um estilo lapidar, sintético, preciso, elegante e escorreito. No artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consta que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. ”

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aponta que as pessoas “[...] nascem e são livres em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum,” indo ao encontro da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 1º.³

O Estado brasileiro segue a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual o artigo 7º da referida Declaração prescreve que: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. [...]” Dessa forma, é essencial que seja respeitada, por todos os Ministros do Supremo, a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange “[...] a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais [...]”, (BOBBIO, 2004, p.19). No artigo 11 dessa Declaração consta a norma de presunção de inocência.⁴

³ No artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem consta que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. ”

⁴ No artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos está inserto que: “I) Todo o homem 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

No artigo 29, item 2, a Declaração citada dispõe que nas limitações estabelecidas pela Lei as pessoas estarão sujeitas, com a “[...] finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”. Já no item 3 do referido artigo está claro que os direitos e liberdades não podem, em caso nenhum, serem exercidos em oposição aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

O artigo 25 e o artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 inserem a observância da presunção de inocência. Referidos artigos afirmam que somente nos casos previstos em lei o indivíduo será privado de sua liberdade e o acusado é inocente, até que seja provada a sua culpabilidade; e não cabe ao tribunal infligir penas cruéis, infamantes ou inusitadas. Em que pese a referida Declaração não informar ser necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é imperioso que o Poder Judiciário brasileiro aplique o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, por ser mais favorável ao indivíduo e estar previsto na legislação brasileira.

Consta no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 5º, 1 e 2 que as leis nacionais não podem destruir, restringir ou suspender os direitos e as liberdades reconhecidas no presente Pacto. No artigo 14, 1 e 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos está inserto que todo ser humano é igual perante os tribunais e as cortes de justiça e todo ser humano acusado de um delito terá direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.

Possui efeito vinculante perante os seus Estados-partes a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na qual o Brasil está integrado. A Corte interamericana vem firmando uma jurisprudência impositiva perante os Estados, como no caso *Suárez Rosero vs. Equador*, sentença de 12 de novembro de 1997, (MAZZUOLI, 2019, p. 94-98), sobre a observância de se respeitar a presunção de inocência. Ocorre que basta ser aplicada a norma mais benéfica ao indivíduo, pois as diversas fontes dialogam e não mais se excluem nos Estados Democráticos.

A presunção de inocência está disposta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8º, 2, na qual constam as garantias judiciais, “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente

sua defesa. ” “II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. ”

comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]”.

Juntamente ao sistema da Organização das Nações Unidas, os sistemas regionais vêm atuando de forma complementar, o que faz com que o indivíduo utilize aquele que for mais benéfico para exigir o reconhecimento de um direito violado (TRINDADE, 2000, p. 26).

A partir do momento em que Ministros do STF argumentam que são favoráveis à prisão provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deixam de observar os diversos instrumentos internacionais que sejam mais benéficos aos indivíduos, bem como suprimem o gozo e o exercício do direito à presunção de inocência.

Os direitos humanos e fundamentais não podem ser suprimidos por Ministros do Supremo. Utiliza-se a expressão direitos humanos ao longo do artigo como “[...] direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano da proteção internacional” (MAZZUOLI, 2017, p. 27). Já a expressão direitos fundamentais é utilizada como “[...] direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (MAZZUOLI, 2017, p. 27).

Tendo em conta a presunção de inocência estar elencada na CRFB/1988 como um direito fundamental ao ser humano, faz-se necessário aprofundar sobre a referida norma no sistema jurídico interno brasileiro.

3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO

No direito brasileiro, a norma presunção de inocência está inserida em vários dispositivos legais. Na Constituição da República Federativa, a norma está disposta no artigo 5º, inciso LVII⁵ e também em destaque nas legislações infraconstitucionais brasileiras. O princípio fundamental humanitário foi incorporado, revitalizado e revivificado como primado humano universal ao acabar com o período das trevas da inquisição quando o *mens legislatoris* colocou o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 (MORAES, 2010).

⁵ O inciso LVII do artigo 5º dispõe que: “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”.

Desde 1969, com o Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, a presunção de inocência está presente nos artigos 592, 594 e 604. O artigo 592 do CPPM aduz que a sentença é exequível apenas após passada em julgado.

Em determinados casos, o indivíduo possui tratamento peculiar para o titular poder dele usufruir. A Lei nº 7.210, de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal, no artigo 105 e no artigo 147 há a necessidade do trânsito em julgado da sentença, para que ocorra a execução da pena privativa de liberdade ou a fim de que o Juiz aplique a pena restritiva de direitos.

O Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, o Código Penal, no artigo 50, com a redação dada pela Lei nº 7.209 de 1984, aponta a necessidade do trânsito em julgado quanto à aplicação da multa.

Com o desenvolvimento, as principais fontes de privação da liberdade devem ser removidas, dentre estas a intolerância ou interferência de um Estado repressivo (SEN, 2000, p. 18). Mesmo com o regime autoritário, que perdurou de 1964 a 1985, já era observada, em determinados casos, a necessidade do trânsito em julgado, conforme já destacado.

A elaboração do Anteprojeto Constitucional se deu com a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, estabelecida pelo Decreto nº 91.450. O documento continha no capítulo II, “Dos Direitos e Garantias”, no artigo 43, § 7º, que: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos expressos em lei. [...] § 7º- Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa.” O término da presunção de inocência foi estabelecido com a decisão judicial e na fase pré-Constituinte ficou inserida pela primeira vez a cláusula da presunção de inocência (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

A seguinte proposta foi posta em 1987: “[...] São direitos e garantias individuais: [...] § 11º Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A Comissão entregou a redação final contendo o artigo 3º, inciso XIX, alínea “g”, da seguinte maneira: “Título I – Dos Direitos e Liberdades Individuais -. Capítulo I – Dos Direitos Individuais -. [...] Art. 3º São direitos e liberdades individuais invioláveis: (...) XIX – A segurança Jurídica. [...] g) presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Diversas emendas foram elaboradas no decorrer de 1987, sendo que a emenda de nº 1P01381-0, dispunha no artigo 13, § 30 que: “Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.” Em reunião de 19 e 20 de setembro de 1988, o projeto de constituição (D), redação final, terminou o texto criando o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, que estava inserto na PR 00104-9.

A presunção de inocência não é definida pela CRFB/1988, contudo, o artigo 5º, inciso LVII, incorpora o conteúdo empírico do juízo de culpa “[...] na forma de sentença transitada em julgado [...]” (SANTOS, 2019). Ocorre que, mesmo com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54, alguns Ministros conseguiram forjar o verdadeiro significado do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988.

No artigo supracitado, observa-se que a norma presunção de inocência tem objetivos, tais como: fazer com que a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios seja mais equilibrada e igualitária, sendo preciso somente a apuração dos fatos pelo poder público. Inexiste a possibilidade de dar tratamento de condenado ao imputado, tendo em vista a garantia da dignidade humana, é fundamental o reconhecimento definitivo da culpa e há essencialidade de um processo seguir os padrões constitucionais de justiça para que seja verificado se o indivíduo possui culpa ou não, a fim de garantir o devido processo legal (MORAES, 2010).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desde o preâmbulo, deixa preciso que o Estado Democrático é destinado a garantir a liberdade, o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade, a justiça etc. A Constituição reflete e expressa um plano de comunidade de cidadãos livres e iguais. Afinal, Democracia demanda o respeito às variadas posições (OLIVEIRA, 2017, p. 111).

A proteção da presunção de inocência está garantida no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988.⁶ Ademais, com a existência da regra de tratamento, o Judiciário não pode tratar uma pessoa como condenada antes do trânsito em julgado até a sentença condenatória. Todavia, alguns Ministros do STF se posicionam favoráveis à execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, restringindo o direito à presunção de inocência.

O artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), dado pela redação da Lei nº 13.964, de 2019, aponta que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. ”

⁶ Consta no art. 60 que: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais. ”

Depois do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54 foram alterados os artigos 283 e 312, com redações dadas pela Lei nº 12.403, de 2011, em que pese os referidos artigos estarem de acordo com o texto constitucional.⁷

Está inserido no artigo 312, na redação da Lei nº 13.964, de 2019, que:

A prisão preventiva poderá ser decretada com garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo pelo estado de liberdade do imputado.

No artigo 283 do CPP, tanto a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, quanto pela redação da Lei nº 13.964, de 2019, o tipo de prisão de execução provisória da pena por condenação em 2º grau de jurisdição não consta. Em relação à pena privativa de liberdade, o artigo 674 do CPP informa a necessidade de o trânsito em julgado para o Juiz expedir a carta de guia para o cumprimento da pena do réu.

O artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988 é uma norma-princípio, pois o texto constitucional e a legislação infraconstitucional limitam em determinadas ocasiões a presunção de inocência. Conforme Ferrajoli (2010, p. 37) destaca, é importante que, em um Estado Democrático, um Juiz, diante de uma incerteza, observe a presunção legal de inocência em favor do ser humano.

A presunção de inocência está ligada a diversos princípios, tais como o princípio do juiz natural, do princípio do devido processo legal, da dignidade humana, da isonomia etc. O valor da pessoa humana encontra sua raiz no pensamento clássico e na ideologia cristã (SARLET, 2018, p. 99).

A Constituição de 1988 eleva o ser humano a um patamar de respeito pelo semelhante. Portanto, é necessário analisar os votos de alguns Ministros do Supremo nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43, 44 e 54 no tópico abaixo.

4. ANÁLISE DOS VOTOS DE ALGUNS MINISTROS DO STF NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADES 43, 44 E 54.

⁷ O artigo 283, na redação dada pela Lei 12. 403, de 2011 constava que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” O artigo 312, na redação dada pela Lei 12. 403, de 2011, dispunha que: “A prisão preventiva poderá ser decretada com garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Devidos às diversas controvérsias na sociedade brasileira a respeito da interpretação dada pelos Ministros do STF sobre a presunção de inocência, especialmente de 2016 até 2019, o Supremo, em 07 de novembro de 2019, julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Ficou assentada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, com base no artigo 5º da Constituição de 1988, incisos LVII e LXI.⁸ Vez que as ADCs nº 43 e 44 foram protocoladas em 2016, com o objetivo de que fosse consagrada a tese de que o artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, estava em harmonia com o texto constitucional. E a ADC nº 54, foi protocolada, atuada e distribuída por prevenção, em 2018, junto com as ADCs nº 43 e 44, pelo fato de possuírem o mesmo pedido. (BRASIL, STF. ADC 43. 2019).

Serão analisados os votos dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber, nos quais se posicionaram favoráveis à literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, bem como os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, que informaram a não necessidade de o trânsito em julgado para o indivíduo ser preso; e o voto do Ministro Edson Fachin, o qual julgou improcedentes os pedidos constantes nas ADCs 43, 44 e 54. (BRASIL, STF. ADC 44. 2019).

O Relator, Ministro Marco Aurélio, desde 2009, seguiu o mesmo raciocínio quanto à análise da presunção de inocência presente no texto constitucional. É contra a prisão em 2º grau, já que o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, não abre campo para controvérsias semânticas, por ser claro e possuir sentido único. Informou que somente quando ocorrer outros meios legais para a prisão do indivíduo, será possível a perda de liberdade. Referido entendimento foi seguido pelos Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O Ministro Gilmar Mendes argumentou em seu voto que a presunção de inocência é um princípio, assim não cabem prisões decretadas de forma autocrática e sem a devida individualização, mudando de posicionamento em relação ao seu voto em 2016, no julgado do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Um Ministro deve criar confiança na sociedade ao decidir um

⁸ Os Ministros consignaram que: “**Decisão:** O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.” (BRASIL, STF. ADC 54. 2019).

caso. Desse modo, é imperioso que apenas uma hermenêutica seja aplicada e leve à segurança jurídica.

O Ministro Celso de Mello deixou claro em seu voto que não cabem manipulações hermenêuticas no texto constitucional ou mesmo avaliações discricionárias justificadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, em razão do respeito aos dez axiomas do garantismo penal narrados na obra de Luigi Ferrajoli.⁹ Lembrou que há mais de trinta anos segue o mesmo posicionamento quanto ao alcance e ao conteúdo da presunção de inocência, deixando claro que uma regra de tratamento é consagrada por tal princípio. Relembrou algumas normas internacionais e constituições estrangeiras, estas constando o requisito trânsito em julgado. Também frisou que o texto constitucional possui o requisito adicional de trânsito em julgado e que, portanto, deve prevalecer por ser a cláusula mais favorável ao indivíduo. Além disso, consignou que é inaceitável uma hermenêutica de submissão.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto, alegou que é necessário ler o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, por inteiro, frisando que tal enunciado é mais benéfico ao indivíduo do que as normas internacionais que não contêm a expressão trânsito em julgado. Recordou que, desde 2008, o princípio *pro homine* foi ressaltado no HC 90450 pelo STF e que é importante que o intérprete o aplique.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, abriu a divergência ao informar que o cumprimento da pena após a condenação em 2º grau não desrespeita o princípio da presunção de inocência. Declarou que a interpretação constitucional supera aparentes contradições entre os princípios e citou a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por não condicionarem o cumprimento da pena ao trânsito em julgado. Registrou, também, que não existe exigência normativa a proibir referida interpretação. Referido Ministro ignorou o princípio *pro homine*, que está implícito na CRFB/1988, bem como desprezou “[...] que todo cidadão já é de plano inocente” (OMMATI, 2018b, p. 179).

O Ministro Luís Roberto Barroso argumentou em seu voto que a norma do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, possui mais de um sentido e que os fins sociais e o bem comum devem reger a atividade interpretativa. E declarou não existir amparo no texto constitucional

⁹ 1- *Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime); 2- *Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei); 3- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei penal sem necessidade); 4- *Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico); 5- *Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação); 6- *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa); 7- *Nulla culpa sine judicio* (Não há culpa sem processo); 8- *Nulla judicium sine accusatio* (Não há processo sem acusação); 9- *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova); 10- *Nulla probatio sine defensione* (Princípio da defesa ou da falseabilidade) FERRAJOLI (2010, p. 91).

vigente a ideia de uma única exegese possível e que o intérprete deverá escolher a melhor interpretação que realizará os valores constitucionais e o interesse da sociedade. Ademais, alegou que a presunção de inocência é um princípio de menor peso e que o interesse da sociedade na persecução penal possui maior peso. O Ministro Barroso utilizou a teoria de Alexy, a teoria dos direitos fundamentais. Contudo aplicou menor peso ao princípio da presunção de inocência do que ao princípio da efetividade penal, o que demonstrou uma discricionariedade para decidir e uma criatividade ao alegar que a melhor interpretação estava sendo aplicada em prol da sociedade. Ademais, o próprio Alexy (2017, p. 465) informa que sua teoria leva à discricionariedade, mas para referido autor, no sentido de “liberdade de decisão”, ocorre que, no caso concreto, o que acontece é uma arbitrariedade.

O Ministro Luiz Fux asseverou que a presunção de inocência é mitigada, à medida que o processo tramita. Informou que o Brasil faz parte de inúmeros instrumentos internacionais em que o trânsito em julgado não é exigido para que ocorra a prisão. Portanto, mais uma vez um Ministro do STF ignora a norma mais favorável ao indivíduo ao utilizar normas menos benéficas ao ser humano. Além do que, as normas internacionais deixam clara a necessidade de respeitar a lei nacional se esta for a mais benéfica.

O Ministro Edson Fachin alegou em seu voto que a interpretação da necessidade da execução ser possível somente com o trânsito em julgado é contrária à CRFB/1988 e que a interpretação do artigo 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, no que exige o trânsito em julgado para o início da execução da pena é inconstitucional. Outrossim, mesmo citando casos da Corte Interamericana, alegou a não essencialidade do trânsito em julgado para o indivíduo ser preso. Referido Ministro demonstrou a criatividade ao ignorar a mensagem que o texto constitucional e a Corte Interamericana passam quando se referem aos direitos dos indivíduos relacionados à presunção de inocência.

Foram diversas as argumentações utilizadas pelos Ministros do Supremo nos votos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Apenas a Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello ressaltaram a importância de observar a interpretação *pro homine*, mesmo diante das diversas normas internacionais, onde não constam expressamente a expressão trânsito em julgado.

Nota-se que a norma presente no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, teve uma interpretação diversa pelos Ministros. Alguns criaram uma interpretação contrária ao próprio texto constitucional e garantiram que estavam seguindo justamente o que a Constituição de 1988 prega: o respeito aos direitos humanos e fundamentais. Em que pese os Ministros do STF terem citado várias fontes ao justificarem seus votos, foram utilizadas normas menos

benéficas ao indivíduo por alguns Ministros. Consequentemente, foram restringidos diversos direitos elencados no sistema jurídico internacional e no sistema jurídico brasileiro, bem como ficaram demonstradas as arbitrariedade e criatividade em suas interpretações. As decisões do Supremo precisam ser fundadas em fatos de questão, de maneira que o ser humano possa assenti-las como decisões racionais (OLIVEIRA, 1997, p. 131).

Apesar de, com a CRFB/1988, ter ocorrido uma mudança interpretativa em seu texto, onde se verificam inúmeros princípios elencados com cláusulas de abertura constitucional, prontamente identificáveis, é inadmissível que um Guardião restrinja direitos ao julgar as ADCs 43, 44 e 54. Portanto, uma postura de fidelidade constitucional por parte do Poder Judiciário é preciso haver. Assim, é essencial que uma única interpretação seja seguida pelos Ministros do Supremo, nos casos em que a presunção de inocência está envolvida. Esta interpretação é a utilização do princípio *pro homine*, em concomitância com o diálogo das fontes, que será exposto no tópico abaixo.

5. A HERMENÊUTICA QUE O STF DEVE APLICAR NOS CASOS ENVOLVENDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, pode interpretar as normas, mas sempre com respeito aos direitos humanos e fundamentais. Para a preservação dos referidos direitos é fundamental uma hermenêutica que vincule os Ministros do STF aos casos que envolvem a presunção de inocência. E essa hermenêutica é a utilização da norma mais favorável ao ser humano, em conjunto com o diálogo das fontes.

Mesmo com a finalização do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, alguns Ministros do Supremo demonstraram em seus votos que, ao interpretarem a presunção de inocência, utilizaram uma criatividade que acarretou em discricionariedade. Consequentemente, um estado de exceção hermenêutico sucedeu, “[...] em que a partir de um “grau zero de sentido”, são atribuídos sentidos aos textos, de acordo com a vontade do intérprete.” (STRECK, 2014, p. 336).

A hermenêutica tem sua origem nos estudos dos princípios gerais da interpretação bíblica. Da religião o termo expandiu para a filosofia, posteriormente, para a ciência e mais adiante para o direito (BARROSO, 2019, p. 262-263). A hermenêutica, antes de ser um método de interpretação, é a percepção da nossa condição enquanto seres humanos jogados no mundo (STRECK, 2017, p. 230). O precursor da hermenêutica iluminista foi

Schleiermacher (PEDRON; OMMATI, 2018, p. 659). A hermenêutica está concentrada em uma relação de compreensão, interpretação, aplicação e envolvimento entre o texto e o leitor (OMMATI, 2018a, p. 77).

A Constituição de 1988, aparentemente, introduz normas conflitantes, tal como o princípio da presunção de inocência com a efetividade da jurisdição penal. Dessa forma, faz-se necessário aplicar o diálogo das fontes na própria CRFB/1988. Defender-se-á que, independente da norma mais benéfica ser a constitucional, a infraconstitucional ou a internacional, quando se trata de casos que envolvem a presunção de inocência, é necessário o diálogo das fontes, em concomitância com o princípio *pro homine*.

Diante das diversas normas jurídicas, o diálogo das fontes possibilita uma coerência entre elas, por não eliminar uma norma incompatível e sim compatibilizar os elementos que compõem o sistema normativo (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 12).

Erik Jayme desenvolveu o método denominado “diálogo” das fontes, no âmbito do Direito Internacional Privado, em 1995. Devido às pluralidades de fontes existentes no mundo do direito, é necessária uma coordenação das fontes constitucionais, tendo em vista que a monossolução não é suficiente (JAYME, 1995, p. 60-61). Posteriormente, Cláudia Lima Marques implantou referido método no direito brasileiro, para superar as antinomias existentes nas normas do Código de Defesa do Consumidor, com o Código Civil de 2002 (MARQUES, 2004, p. 15-24). Mais adiante, Valerio de Oliveira Mazzuoli utilizou o diálogo das fontes para esclarecer o conflito entre tratados de direitos humanos e entre normas de direito doméstico (MAZZUOLI, 2010, p. 39).

Com o neoconstitucionalismo, o diálogo das fontes surgiu objetivando atingir a integralidade das normas internacionais, sem deixar de lado, naturalmente, as especialidades que traçam os subsistemas particulares (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 12). Normas aparentemente conflitantes são incorporadas no texto constitucional de 1988, como o princípio da efetividade jurisdicional, com o princípio da presunção de inocência para alguns Ministros do Supremo.

Erik Jayme (1995, p. 259) leciona que:

[...] o fenômeno mais importante é o fato de que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não mais se excluem mutuamente; elas conversam uma com a outra. Os juízes são necessários para coordenar essas fontes, escutando os que elas dizem. (Tradução nossa).¹⁰

¹⁰ “[...] le phénomène le plus importante est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions

Mediante as diversas fontes normativas, é preciso avaliar qual delas deverá prevalecer em caso de conflitos entre os preceitos das normas. Consequentemente, as teorias monistas e dualistas no direito interno brasileiro já estão superadas, afinal, tornaram-se obsoletas, devido à necessidade da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano. Com as cláusulas de diálogo, não existe a essencialidade da primazia de uma ou de outra.

As normas do sistema global, dos sistemas regionais e dos sistemas nacionais falam umas com as outras, essas fontes não se excluem mutuamente. Cabe ao Poder Judiciário aplicá-las concomitantemente. Em prol da proteção do indivíduo e dos menos favorecidos, a conversa entre as diversas fontes permite achar a autêntica *ratio* de ambas as normas (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 239). Uma única operação combinada (*sigle combined operation*) é imprescindível para o Guardião da Constituição interpretar o direito brasileiro.

O princípio *pro homine* está anunciado expressamente no sistema jurídico global, interamericano e no sistema jurídico brasileiro. Tal princípio objetiva a proteção dos indivíduos para evitar o abuso dos direitos humanos e fundamentais. Como Guerrero (2016, p. 297) informa, o princípio *pro homine* constitui um critério de interpretação e também um critério de uma regra de reenvio, confirmando a essencialidade de sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

O princípio *pro homine* desponta após a segunda Guerra Mundial no âmbito internacional. É um método hermenêutico o qual reconhece os direitos protegidos. No sistema interamericano são inúmeros princípios que destacam e confirmam o princípio *pro homine*, tal como o artigo 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.¹¹

No Brasil, o princípio *pro homine* está elencado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Está implícito no artigo 4º, inciso II, do texto constitucional vigente brasileiro, onde se lê “prevalência dos direitos humanos”, conforme acentua o doutrinador Mazzuoli (2017, p. 230), na Lei nº 13.445/2017, segundo Pinhon e Brasil (2020) etc.

Portanto, a interpretação *pro homine*, em conjunto com o diálogo das fontes, deve vincular os Ministros do STF nos julgamentos que envolve a presunção de inocência. Como nos últimos anos os Ministros do STF utilizaram diversas interpretações sobre o artigo 5º,

internationales, les systems nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.”

¹¹ O art. 29, b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 dispõe: “Normas de interpretação 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.”

inciso LVII, da CRFB/1988, tais como argumentações fundamentadas na ponderação de valores, nas leis nacionais brasileiras, nas leis estrangeiras, nas normas do sistema global e regional, no princípio da norma mais benéfica ao indivíduo etc., e o direito à presunção de inocência foi restringido, juntamente com diversos outros direitos, é essencial que os Ministros do Supremo estejam vinculados a apenas uma hermenêutica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma presunção de inocência está elencada no sistema jurídico brasileiro, tanto na Constituição de 1988, quanto em legislações infralegais, bem como nas normas internacionais em prol do ser humano, que é sujeito de direito internacional e nacional. De inúmeros instrumentos internacionais o Brasil faz parte, seja do sistema global ou do sistema interamericano e referidos instrumentos expressam, em diversas cláusulas, a norma presunção de inocência, tais como no artigo 14, 1 e 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8º, 2. No texto constitucional, a norma presunção de inocência, um direito individual, está inserida no artigo 5º, inciso LVII e foi bastante discutida a interpretação do referido artigo pelos Ministros do Supremo nos últimos anos.

Um direito dialógico edifica o sistema jurídico brasileiro com as quatro ondas evolutivas do Direito (legalismo, constitucional, internacionalista e universalismo), e, em conjunto com o princípio *pro homine*, propicia uma maior proteção aos direitos humanos e fundamentais. Um critério que sirva de orientação ao julgador, ou seja, a interpretação *pro homine*, em conjunto com o diálogo das fontes, em especial ao Guardião da Constituição, o sistema jurídico brasileiro precisa quando presentes normas irreconciliáveis ou conciliáveis envolvendo a presunção de inocência. Pois, a falta de uma única interpretação a ser seguida pelos Ministros do Supremo, em casos envolvendo a presunção de inocência, acarreta uma discricionariedade e uma criatividade por parte de determinados Ministros, mesmo com o novo posicionamento dos Ministros do STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

O princípio *pro homine* está elencado implicitamente no texto constitucional, no artigo 4º, inciso II, da CRFB/1988 e em instrumentos internacionais, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 no artigo 29, b. O diálogo das fontes, teoria criada por Erik Jayme, com o objetivo de conciliar as diversas fontes existentes, vez que estas não se excluem e sim conversam entre si, precisa estar presente nas interpretações dos Ministros do STF, pelo fato de preservar os direitos humanos e fundamentais.

O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2019, a respeito do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 firmou a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, na época vigente. Em que pese não ter existido uma única interpretação no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, foi firmado o posicionamento pela maioria dos Ministros do Supremo, de que é necessário observar a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988.

Apenas a Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello frisaram a importância do princípio *pro homine* diante das diversas fontes normativas existentes. Ademais, alguns Ministros utilizaram normas menos favoráveis para justificar a prisão após o 2º grau de jurisdição e também criaram interpretações para o texto constitucional e até mesmo para as normas internacionais, como, por exemplo, o Ministro Barroso e o Ministro Fux. O que demonstra uma discricionariedade e, até mesmo, uma criatividade por parte de referidos Ministros ao restringirem os direitos humanos e fundamentais, em especial a presunção de inocência, que é um direito individual e inafastável, tanto no âmbito jurídico internacional, como no âmbito jurídico nacional brasileiro.

Em suma, cabem aos Ministros do STF utilizarem uma única interpretação nos casos que envolvem a presunção de inocência, mesmo com a finalização dos julgamentos das ADCs 43, 44 e 54 em 2019. Pois, o princípio *pro homine*, em concomitância com o diálogo das fontes, faz com que os direitos humanos e fundamentais sejam preservados e efetivados. Afinal, independente de um conflito de uma norma internacional com uma norma nacional, ou de conflitos de normas constitucionais, ou mesmo de uma norma constitucional com uma norma da legislação infraconstitucional, é imprescindível a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo, para que o sistema jurídico brasileiro consiga atender às demandas de uma sociedade complexa e pluralista.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. “O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo”. III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 2. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Constituição Federal, etapas e fases*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/o-processo-constituente. Acesso em 18 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. In: Vade mecum. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 430-477.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

CIDH. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*, de 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 13 nov. 2020.

CIDH. *Convenção americana sobre os direitos humanos*, de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 jun. de 2020.

CIDH. *Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*. “Protocolo de San Salvador”. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUERRERO, José Luis Anzit. “*El ‘principio pro homine’, visto como una revolución científica en el campo del derecho, desde la teoría epistemológica de Thomas S. Kuhn*”. Tese, doutorado. Universidad Del Museo Social Argentino. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: ledroit internacional privé postmoderne. Recueils des Cours*. v. 251, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 07, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. Método, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *A tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

PINHON, Lilian Mara; BRASIL, Deilton Ribeiro. Lei de migração: um compromisso com a prevalência dos direitos humanos? *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. v. 20, n. 36, p. 71-96, jan./abr. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos precedentes judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 19, n. 119, out. 2017-jan. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. Boletim 316, mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Trad.: Laira Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: ed. UnB, 2000.