



## Opinião: A prisão antecipada à luz do princípio pro homine

Em que pese a expressa redação do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie a execução da pena, a praticamente inquebrantável tradição autoritária do sistema de Justiça criminal brasileiro demorou a curvar-se, pelo menos nesse ponto, para a ordem constitucional deflagrada em 1988[1]. Entretanto, apesar da óbvia opção constitucional (e, posteriormente, legal) pelo prestígio à presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal, no infeliz julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP[2], contrariando a dogmática e o texto constitucional, autorizou, na análise dessa ação, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, isto é, ainda que na pendência do julgamento de recurso especial ou de extraordinário.

Ainda sobre o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, no ano de 2016, a fragilidade jurídica e histórica dos argumentos consignados nos votos vencedores, além de todo um conjunto de atecnias (a impossibilidade de que a situação do paciente seja piorada em sede de Habeas Corpus[3], a não declaração da inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, a desconsideração do princípio *pro homine*, reitor das convenções internacionais sobre direitos humanos etc.), foram preponderantes para a instauração de uma sensação, ainda maior, de insegurança jurídica em todo o país. Afinal, se nem o próprio Supremo Tribunal Federal consegue respeitar a Constituição da República, quem o fará?

As discussões sobre a (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena, mesmo que na pendência de recurso especial ou extraordinário, acarretaram na separação da comunidade jurídica em, no mínimo, dois segmentos bem definidos: a) aquele dedicado ao respeito à presunção de inocência, à ciência jurídica e, inevitavelmente, ao ordenamento constitucional[4]; b) setores da grande mídia e do sistema de Justiça criminal ainda presos ideologicamente ao punitivismo e refratários do paradigma constitucional conquistado em 1988.

Quanto ao grupo favorável à execução antecipada da pena, nos termos ora discutidos neste texto, alguns (centenas ou milhares de) integrantes do Judiciário e do Ministério Público divulgaram uma intitulada “nota técnica”[5], por meio da qual, e a despeito do ordenamento jurídico, não se deve aguardar o esgotamento dos recursos especial e/ou extraordinário, já que: a) a presunção de inocência é um “princípio” relativo[6]; b) ao Judiciário é dado agir com sustento no livre convencimento motivado, permitindo-lhe ponderar, no caso em concreto, se o direito individual deve sucumbir ao interesse coletivo [7]; c) a alegação de que a declaração de direitos humanos admite *qualquer* prisão antes do trânsito em julgado; d) a busca da verdade material; e) a execução antecipada da pena funciona como instrumento de combate à criminalidade; f) Direito comparado (americano e europeu) não exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie a execução da pena; g) o parâmetro (normativo e jurisprudencial) anterior à Constituição da República.

De todos os pontos defendidos na nota referida, pretende-se destacar a impossibilidade de utilização dos tratados internacionais sobre direitos humanos como sustentação jurídica para a inconstitucional execução antecipada da pena.

No que tange a uma suposta admissão, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo



9, de que “qualquer” prisão é admitida, espera-se que algum equívoco tenha ocorrido no momento da elaboração do texto pelos defensores da execução antecipada da penal. Afinal, a redação do referido dispositivo é expressa no sentido de que “ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”. Ora, se não se aguardou o trânsito em julgado da condenação (tal como disposto na Constituição da República e na legislação infraconstitucional) e sequer há embasamento para a decretação de prisão cautelar, a privação de liberdade, nos moldes defendidos pelos signatários da nota, é manifestamente arbitrária.

Nessa senda, não se pode analisar o Direito interno e as normas internacionais sobre direitos humanos pelo critério da colisão e, conseqüente, exclusão de um por outro. Essas normas dialogam entre si. Conforme leciona Piovesan, a Constituição de 1988, distinguindo-se bastante das cartas anteriores, inovou ao consagrar o que a autora denomina de “orientação internacionalista”, calcada na predominância dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, bem como no compromisso de cooperação dentre as pessoas para o avanço da humanidade[8].

Mais do que isso, a Constituição de 1988, comprometida com a valorização da pessoa humana, permitiu que os direitos humanos, consagrados em tratados e convenções internacionais, também se incorporassem ao ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, criou-se um sistema de proteção dos direitos da pessoa humana tanto em sede interna como no âmbito internacional. Esse sistema, assim, possui natureza de complementariedade e de adição (os sistemas interno e internacionais se somam para melhor protegerem os direitos humanos). É correto falar-se em sistema global de proteção aos direitos humanos[9].

Consoante a doutrina de Choukr, nos termos dessa internacionalização dos direitos humanos, a própria noção de soberania deve se afastar da concepção clássica, somando-se a isso o entendimento de que a figura do ser humano abrange tanto a do sujeito de direitos internos como a do sujeito de direitos e garantias no campo internacional[10].

Esse conjunto de proteções normativas estabelece que as normas de Direito Internacional, relativas aos direitos humanos, são complementares às normas de Direito interno, criando todo um arcabouço protetivo e humanístico. Não há, portanto, e nesse contexto, uma prevalência das normas internas sobre as externas, devendo prevalecer o ato normativo que melhor tratar a pessoa humana. Trata-se do princípio *pro homine*[11].

Ora, se a Constituição da República estabelece que se deve, em prestígio à presunção de inocência, aguardar o esgotamento das instâncias jurisdicionais para que alguém perca esse estado de inocência, em sendo mais protetiva aos direitos humanos que qualquer tratado ou convenção internacional, dúvidas não há: aplica-se o disposto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna.

Segundo Valerio Mazzuoli, o princípio internacional *pro homine* abarca dois princípios jurídicos também vocacionados à proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, da CR). Assim, o *pro homine* é um princípio geral de Direito que possui incidência tanto no plano internacional quanto no âmbito interno. Esse princípio, no contexto do diálogo das fontes, impõe que se aplique a norma mais protetiva, a mais garantidora dos direitos humanos. Logo, “o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como



---

resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno”[12].

Por fim, vale lembrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi invocada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP – DJE 5/6/2009, para fins de reconhecimento da ilegalidade da prisão civil por dívida (fora da hipótese de inadimplemento injustificado de pensão alimentícia), malgrado sua expressa previsão constitucional[13]. Ora, seria deveras contraditório aplicar a referida convenção, contra o texto constitucional, para estabelecer uma forma de prisão penal diferente daquela que exige o trânsito em julgado da condenação.

Diante do exposto, espera-se que o STF, no julgamento das ADCs 43 e 44, volte a prestigiar o disposto na Constituição da República e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, regulados que são, pelo princípio *pro homine*, superando-se, de uma vez por todas, a leitura e a utilização autoritária do processo penal pelo sistema de Justiça criminal.

[1] Refere-se ao julgamento do Habeas Corpus 84.078/2009.

[2] E depois com a decisão liminar proferida em sede das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44.

[3] Em relação à mencionada ação, além do paciente, outro corréu também teve sua situação piorada, malgrado não tenha sequer figurado como parte nesse Habeas Corpus.

[4] Por todos, Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró: <

[http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>.

[5] Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/trezentos-procuradores-e-juizes-vao-ao-supremo-por-prisao-em-2a-instancia/>>. Publicado em 30.mar.2018.

[6] A nota traz uma análise caricata da presunção de inocência. Uma leitura mais abalizada pode ser obtida através de MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[7] Sobre o livre convencimento motivado, recomenda-se o estudo de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

[8] “Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados” (PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2015, p. 110).

[9] FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2013, p. 154.

[10] CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos – bases para a sua compreensão*



---

. Bauru: Edipro, 2001, p. 12.

[11] Artigo 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que trata das normas de interpretação: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

[12] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31.

[13] ARENHART, Sérgio Cruz. *O Supremo Tribunal Federal e a Prisão Civil*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

#### **Date Created**

12/04/2018