

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GILDENEI VIERO MOTTA JUNIOR

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS vs CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: ANÁLISE *IN ABSTRACTO* DA NORMA MAIS PROTETIVA DE DIREITOS
HUMANOS SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA*

CURITIBA

2023

GILDENEI VIERO MOTTA JUNIOR

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS *vs* CONSTITUIÇÃO
FEDERAL: ANÁLISE *IN ABSTRACTO* DA NORMA MAIS PROTETIVA DE DIREITOS
HUMANOS SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

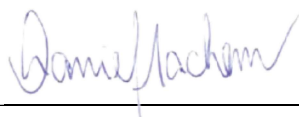
2023

TERMO DE APROVAÇÃO

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS vs. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE *IN ABSTRACTO* DA NORMA MAIS PROTETIVA DE DIREITOS HUMANOS SOB O CRIVO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA*

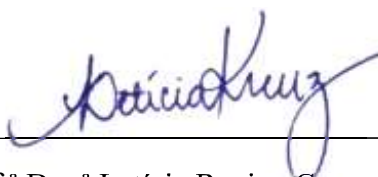
GILDENEI VIERO MOTTA JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Orientador



Prof.^a Dra.^a Leticia Regina Camargo Kreuz

1º Membro



Prof. Me. Felipe Klein Gussoli

2º Membro

Dedico este trabalho à minha mãe, Nara, meu maior exemplo de dedicação e ajuda ao próximo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Lauane Prestes, por toda paciência e apoio nesta jornada. À minha família e amigos, pela compreensão nas ausências. Ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, por todos os ensinamentos e oportunidades de aprendizado.

Aos professores e colegas de faculdade, que compartilharam esta jornada da graduação, obrigado pelas experiências e troca de conhecimentos. Seguimos por mais.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - Liberdade de pensamento e de expressão	28
QUADRO 2 - Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz	29
QUADRO 3 - Direito à liberdade pessoal – proibição de prisão civil por dívida.....	31
QUADRO 4 - Garantias judiciais – julgamento em prazo razoável.....	32
QUADRO 5 - Garantias judiciais – presunção de inocência.....	33

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CADH	- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)
CF/1988	- Constituição Federal de 1988
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
Comissão IDH	- Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	- Corte Interamericana de Direitos Humanos
CVDT	- Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
STF	- Supremo Tribunal Federal

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos vs Constituição Federal: análise *in abstracto* da norma mais protetiva de direitos humanos sob o crivo do princípio *pro persona*

Gildenei Viero Motta Junior

RESUMO

Embora a Constituição estabeleça a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental, parte da doutrina e jurisprudência subverte a lógica, concedendo supremacia à soberania formal das leis. Como resultado, segundo aponta uma pesquisa concebida pelo CNJ em 2023, há baixa aplicação da CADH no judiciário brasileiro e um dos motivos, segundo os magistrados entrevistados, é a sobreposição de direitos entre a CADH e a CF. Diante disso, se propôs a investigar se a justificativa procede, sendo lançada a hipótese pela improcedência. A revisão bibliográfica debruçou-se sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, assumindo a posição da supraconstitucionalidade. Na sequência, foram examinadas as soluções da Teoria do Direito para antinomias entre as normas internacionais de direitos humanos, concluindo pela não aplicabilidade dos critérios clássicos, mas sim do princípio *pro persona*, critério hermenêutico flexibilizador da hierarquia rígida de normas. Utilizando-se das balizas desse princípio, realizou-se a verificação em abstracto dos dispositivos legais da CADH e da CF que preveem os cinco direitos humanos mais incidentes na jurisprudência brasileira, segundo a pesquisa do CNJ. Os resultados demonstraram que os três primeiros direitos possuem uma extensão de proteção maior na CADH, o quarto possui dimensões de proteção distintas entre as normas e apenas um possui âmbito mais protetivo na CF. Observou-se, por fim, que são as partes que invocam a CADH no processo mais frequentemente, porém, quando o magistrado cita a Convenção, tende a utilizá-la para fundamentar o caso.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Constituição Federal. Princípio *pro persona*.

RESUMÉN

Aunque la Constitución establece como principio fundamental la prevalencia de los derechos humanos, parte de la doctrina y jurisprudencia subvierte la lógica otorgando supremacía a la soberanía formal de las leyes. Como resultado, según investigación diseñada por el CNJ en 2023, hay baja aplicación de la CADH en el poder judicial brasileño y una de las razones, según los jueces entrevistados, es la superposición de derechos entre la CADH y la CF. Entonsis, se propuso investigar esta acusación, lanzando la hipótesis de que era infundada. La revisión de la literatura fue en la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos y el control de la convencionalidad, asumiendo la posición de supraconstitucionalidad. Después, se examinaron las soluciones de la Teoría del Derecho para las antinomias, concluyendo que no eran aplicables los criterios clásicos, sino el principio *pro persona*, criterio hermenéutico que flexibiliza la rígida jerarquía de estándares. Utilizando las directrices de este principio, se realizó una verificación abstracta de las disposiciones jurídicas

de la CADH y del CF, que prevén los cinco derechos humanos más comunes en la jurisprudencia brasileña, según la investigación del CNJ. Los resultados demostraron que los tres primeros derechos tienen un mayor grado de protección en la CADH, el cuarto tiene diferentes dimensiones de protección entre las normas y solo uno tiene un alcance más protector en la CF. Finalmente, se observó que las partes procesales quienes invocan más veces la CADH, sin embargo, cuando el juez cita la Convención tiende a utilizarla para fundamentar el caso.

Palabras clave: Derechos humanos. Control de convencionalidad. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Constitución Federal. Principio pro persona.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO: HIERARQUIA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	13
3 PRINCÍPIO PRO PERSONA: PRINCÍPIO DE COMPOSIÇÃO NA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA	18
4 ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS MAIS INCIDENTES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DO PRINCÍPIO PRO PERSONA.....	26
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

A primazia dos direitos humanos na ordem constitucional é tema pacífico entre os internacionalistas. A relevância dada a essa temática pela Constituição se inicia desde os fundamentos da República, art. 1º, III, perpassa pelos princípios regentes das relações internacionais, art. 4º, II, se expressa em vários direitos e garantias individuais no art. 5º e tem seu ponto alto nos parágrafos 1º e 2º desse dispositivo. No §1º prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais e no §2º a integração dos direitos e garantias previstos na Constituição com aqueles previstos em tratados internacionais em que o país fizer parte.

Em contraponto ao texto constitucional, na esteira da resistência pela aceitação da hierarquia constitucional, ao menos, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico, o que se observa, de forma geral, é uma baixa aplicação dessas normas convencionais de direitos humanos pelo judiciário. Como exemplo, na jurisprudência do próprio STF é comum verificarmos referências a julgados de países da Europa e Estados Unidos, o que se mostra bastante controvertido frente à realidade brasileira, enquanto há poucas referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a pesquisa “Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro”, concebida pelo CNJ¹, revela, com base nas respostas dos magistrados entrevistados, que um dos motivos da baixa aplicação da CADH pelos juízes brasileiros decorre de uma suposta “sobreposição de direitos entre a norma convencional e a Constituição Federal”. Diante dessa justificativa apresentada pelos magistrados surge o seguinte questionamento, objeto desta pesquisa: “Com base na aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no judiciário brasileiro, há sobreposição integral de direitos humanos entre essa norma convencional e a Constituição Federal?”.

Portanto, o objetivo geral da pesquisa é identificar, a partir dos resultados da pesquisa CNJ, em uma análise *in abstracto* e sob aplicação do princípio *pro persona*, se a Constituição Federal abarca integralmente os direitos e garantias previstos na CADH. Os objetivos específicos são: i) verificar o panorama atual acerca da hierarquia de normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de controle de convencionalidade; ii) verificar os parâmetros necessários para aplicação do princípio *pro*

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro**. Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). – Brasília: CNJ, 2023.

persona, especialmente na comparação entre normas; iii) analisar cada direito humano do rol da pesquisa a fim de identificar: quais atores processuais, partes ou magistrado, mais invocaram a CADH; se a utilização da CADH como fundamento, seja único ou concorrente com normas nacionais, foi mais recorrente pelas partes ou pelo magistrado; se houve referência à jurisprudência da Corte IDH; iv) analisar, de acordo com os critérios do princípio *pro persona*, cada direito humano do rol da pesquisa, a fim de identificar, *in abstracto*, qual das normas é a mais protetiva, se a CADH ou a Constituição Federal.

A hipótese lançada é que não há uma sobreposição completa de direitos e garantias entre os dispositivos da CADH e da Constituição Federal, sendo que, o emprego do princípio *pro persona* para verificação da norma mais protetiva é juridicamente possível e pode revelar que há dispositivos da Convenção que são mais favoráveis ao indivíduo do que aqueles previstos na Constituição.

A metodologia empregada é a quantitativa e qualitativa. A pesquisa quantitativa foi utilizada para “descobrir e classificar a relação entre variáveis, identificar tendências, estabelecer relação de causalidade entre fenômenos e gerar padrões”. Para tanto, a base de dados utilizada é a constante na pesquisa do CNJ, em especial, parte dos resultados obtidos nos campos “Direito Humano em Debate”, “Quem invocou a norma convencional”, “Utilização da convenção como fundamento único, como fundamento concorrente com normas nacionais ou não utilização” e “Referência à jurisprudência da CIDH”.

Já, a pesquisa qualitativa parte do pressuposto de “uma relação dinâmica, especial, contextual e temporal entre pesquisador e objeto de estudo; ambos pertencem à mesma realidade e se confundem”². Portanto, a revisão bibliográfica explorou a aplicação da CADH no ordenamento brasileiro, sua hierarquia na ordem jurídica e o controle de convencionalidade. Além disso, aprofundou-se no conceito do princípio *pro persona* e os critérios de sua aplicação, balizas para verificação da hipótese.

O presente trabalho justifica-se em razão da verificação de procedência ou não de um dos motivos apresentados pela magistratura brasileira para a baixa aplicação da CADH no judiciário nacional. A superação das barreiras para integração e interlocução da jurisprudência com a norma convencional e com as decisões da Corte IDH pode resultar em uma melhor efetivação dos direitos humanos na realidade brasileira, além de aumentar o nível do debate judiciário em temas relacionados aos direitos humanos.

² MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais**, 3^a ed. São Paulo: Grupo GEN/Atlas, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0359-8/>. Acesso em: 15 set. 2023. p. 40-41.

2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO: HIERARQUIA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O Direito Internacional Público deu lugar de destaque à proteção dos direitos humanos a partir da Segunda Guerra Mundial, fruto do consenso da sociedade internacional para criar mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e seus agentes.³ Nesse contexto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi adotada e aberta para assinatura em 1969, em San José, Costa Rica, sendo o principal instrumento de proteção aos direitos civis e políticos do Sistema Interamericano de direitos humanos (SIDH). A sua promulgação, no Brasil, ocorreu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 e o reconhecimento da competência obrigatória da Corte IDH no Decreto nº 4.462, de 08 de novembro de 2022.

A proteção conferida pela Convenção Americana é coadjuvante ou complementar, nos termos do seu preâmbulo, àquela oferecida pelo Direito interno dos Estados-Parte. Portanto, seguindo a lógica da sistemática internacional dos direitos humanos, a CADH apresenta uma proteção bidimensional: a primeira, como parâmetro mínimo de proteção a ser observado pelo Estado, e a segunda, como instância de proteção de direitos humanos, quando os órgãos estatais são falhos ou omissos⁴.

Nesse sentido, os dois primeiros artigos da Convenção estabelecem o seu cerne, vinculando os Estados-partes à obrigação de respeitar os direitos nela previstos e estabelecendo um patamar mínimo de proteção aos indivíduos, independentemente da sua condição. Denota-se, especialmente do art. 2º, sobre o “Dever de Adotar Disposições de Direito Interno”, que a atuação prioritária para garantir o exercício dos direitos e liberdades estabelecidos no Pacto, deve se dar por disposições legislativas ou de outra natureza.

No âmbito nacional, o processo de incorporação da CADH é a cristalização do art. 4º, inciso II da Constituição Federal, acerca da “prevalência dos direitos humanos” que, conjuntamente ao princípio da “dignidade da pessoa humana”, art. 1º, III, constituem

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 21ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624610/>. Acesso em: 20 set. 2023. p. 71

⁴ *Ibidem*, p. 35.

princípios fundamentais da República⁵. Além da eficácia imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, bem como, no compasso dos demais países latino-americanos⁶, o art. 5º, §2º do texto constitucional é interpretado por parte relevante da doutrina como uma cláusula de abertura da Constituição ao reconhecimento de direitos humanos-fundamentais para além da própria constituição, provenientes de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte, conformando o chamado “bloco de convencionalidade”⁷ ou “bloco de constitucionalidade amplo”⁸. Nesse sentido, MAZZUOLI⁹ destaca a dupla fonte normativa:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do art. 5.º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: (a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; (b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Todavia, a interpretação do nível hierárquico das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil não se mostrou ponto pacífico, especialmente na jurisprudência do STF. Embora contrariando a doutrina especializada, a Suprema Corte chegou a julgar, em 1995, por maioria de votos, pelo nível de lei ordinária de tratados de direitos humanos¹⁰, embora também houvesse posições pelo *status* supralegal¹¹ e constitucional¹².

Diante dessa confusão acerca da hierarquia dos compromissos internacionais de direitos humanos na jurisprudência brasileira, CANÇADO TRINDADE¹³ classificou como uma “lamentável falta de vontade” do judiciário brasileiro em não aplicar adequadamente o

⁵ MAZZUOLI, Valério de O. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982195/>. Acesso em: 20 set. 2023. p. 69

⁶ Tais como, Colômbia, Argentina, Equador e México. Cf. CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia De A.; FACHIN, Melina G. **Constituição e Direitos Humanos: Tutela dos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275840/>. Acesso em: 20 set. 2023. p. 92.

⁷ *Ibidem*, p. 71.

⁸ RAMOS, André de C. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/>. Acesso em: 20 set. 2023. p. 317.

⁹ MAZZUOLI, 2018, p. 311.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 72.131/RJ**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22/11/1995.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 79.785-7/RJ**. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29/03/2000.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Voto do Min. Carlos Velloso. Relator Min. Moreira Alves, julgado em 17/09/2003.

¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito Internacional dos direitos humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 623.

§2º do Art. 5º da Constituição. A hierarquização dos tratados de direitos humanos com *status* de legislação ordinária além de poder legitimar o Estado a descumprir unilateralmente o acordo internacional, também “afronta a ideia de Estado Constitucional Cooperativo e inviabiliza a tutela dos direitos humanos em nível supranacional”, segundo MARINONI¹⁴.

Numa tentativa de solucionar as controvérsias em torno do tema, foi acrescido o §3º ao art. 5º por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, a partir dessa disposição, estabeleceu-se o rito e quórum idêntico à aprovação de emenda constitucional para que os tratados de direitos humanos sejam incorporados com *status* de norma constitucional. Essa inovação do legislador foi fortemente criticada na doutrina, pois, além de ignorar as regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, particularmente as de *jus cogens*¹⁵, retorna à lógica de uma noção de soberania absoluta, combatida na doutrina de direito público internacional¹⁶.

Dessa forma, a celeuma acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados previamente à EC 45/2004 permaneceu, como no caso da CADH. Instado novamente a se manifestar sobre o tema no Recurso Extraordinário 466.343-SP¹⁷, o STF firmou entendimento, a partir do voto-vista do Min. Gilmar Mendes, acerca da “supralegalidade” dos tratados de direitos humanos, superando a posição anterior, que equiparava-os ao mesmo nível das leis ordinárias. Dessa forma, as normas internacionais de direitos humanos incorporadas sem o rito e quórum equivalente às emendas constitucionais, ou seja, que não cumpriram o requisito do art. 5º, §3º da CF/1988, possuem hierarquia superior às leis, mas inferior à Constituição.

Destaque-se que a questão sobre a qual se tratava no RE 466.343 versava sobre a inadmissibilidade de aplicação da parte final do art. 5º, LXII da CF/1988, sobre a prisão civil do depositário infiel, frente à previsão do art. 7.7 da CADH¹⁸. À ocasião, na fuga da aceitação sobre a cláusula de abertura de direitos humanos, o STF declarou a “eficácia paralisante” dos

¹⁴ MARINONI, L. G. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In PIZZOLO, Calogero [et al.]. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 59.

¹⁵ Na doutrina de RAMOS: norma *jus cogens*, ou norma em sentido estrito, no âmbito do Direito Internacional, é “aquela que contém valores considerados *essenciais* para a comunidade internacional como um *todo*, e que, por isso, possui *superioridade normativa* no choque com outras normas de Direito Internacional” Cf. RAMOS, 2022. p. 60.

¹⁶ MAZZUOLI, 2018, p. 77.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008.

¹⁸ 7.7 Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

dispositivos legais que previam a possibilidade de prisão do depositário infiel (art. 1.287 do Código Civil de 1916, art. 652 do Código Civil de 2002 e art. 1º do Decreto-lei n. 911/1969). Nesse sentido, merece destaque a conclusão de GUSSOLI¹⁹: que ao adotar a “eficácia paralisante” o STF, na prática, reconheceu, de forma, implícita, o status supraconstitucional da CADH “na medida em que houve um bloqueio indireto da norma constitucional por aplicação de tratado”. É a mesma interpretação de MARINONI²⁰, ao citar o conceito adotado do “efeito paralisante”:

Porém, seria possível argumentar que, quando a norma necessita ser controlada pela Convenção, ela já passou pelo filtro do controle de constitucionalidade, de modo que o controle de convencionalidade implica na negação da própria constitucionalidade. Na verdade, este problema - da supraconstitucionalidade da Convenção - torna-se mais evidente quando a própria dicção da norma constitucional contraria a Convenção.

Os autores que defendem a supraconstitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil apoiam-se na interpretação do art. 5º, §2º no sentido de que, ao prever que os direitos e garantias “não excluem” outros direitos previstos em tratados internacionais, a Constituição objetivou “dar preferência ao regramento externo que ela não previu”²¹. Além disso, a prevalência dos direitos humanos, prevista no art. 4º, II, faz com que todo tratado que verse sobre a matéria, ao ser incorporado, seja por maioria simples ou qualificada, desde que mais favorável ao ser humano, tenha *status* acima da própria Constituição.

Contudo, independente da discussão hierárquica sobre os tratados, pode-se concluir que os tratados de direitos humanos que tenham ingressado na ordem jurídica brasileira antes da EC nº 45/2004 são materialmente constitucionais, por força do art. 5º, §2º, enquanto aqueles que forem aprovados pelo rito e quórum específico previsto no art. 5º, §3º apresentam eficácia constitucional de modo formal, na classificação de MAZZUOLI²², conformando o chamado bloco de convencionalidade. Dessa forma, a partir da EC nº 45/2004 emergiu um novo tipo de controle normativo: o controle de convencionalidade das leis.

¹⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e direito administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 64-65.

²⁰ MARINONI; MAZZUOLI (coord), 2013. p. 68.

²¹ GUSSOLI, 2022, p. 65-66.

²² MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Método, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642328/>. Acesso em: 25 set. 2023. p. 203.

Enquanto o controle de constitucionalidade se define como a verificação da adequação dos requisitos formais (competência, prazo, forma e rito) e materiais (observância aos direitos e garantias constitucionais) de uma norma ao previsto à Constituição²³, o controle de convencionalidade diz respeito a um exame da compatibilização vertical das normas de direito interno com as normas de tratados internacionais de direitos humanos que o Estado signatário tenha se comprometido. Juntos, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade formam a teoria do duplo controle, na terminologia adotada pelo Min. Celso de Mello no julgamento do HC n.º 87.585/TO²⁴.

O conceito do controle de convencionalidade teve origem na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do caso *Almonacid Arrellano y otros v. Chile, em 2006*, que a Corte manifestou, de forma colegiada, o entendimento de que a ratificação da CADH por um Estado-parte obriga também os seus magistrados à sua observância, motivo pelo qual “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”²⁵.

Os fundamentos do controle de convencionalidade estão lastreados, além dos arts. 1º e 2º da própria CADH, nos arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), respectivamente: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.” e “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]”. Basicamente, o dever de respeito aos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, pois, se o Estado livremente se vinculou à norma internacional, não pode alegar questões de direito interno, nem mesmo de sua própria Constituição, para não cumpri-la.

Destaque-se que há dois modelos de controle de convencionalidade possíveis de serem exercidos: internacional e interno. Enquanto o primeiro, de caráter concentrado, é de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tem caráter coadjuvante ou complementar, o segundo, controle difuso, é realizado pelo Poder Judiciário, mas não apenas por ele, dos Estados-Parte, considerado prioritário e, por isso, chamado de “primário”²⁶. Nesse

²³ FILHO, Manoel Gonçalves F. **Curso de Direito Constitucional**. 42ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 25 set. 2023. p. 27

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 87.585-8/TO. Relator Min. Marco Aurélio. p.341.

²⁵ MAZZUOLI, 2018. p. 23.

²⁶ MAZZUOLI, 2021. p. 35.

aspecto, em consonância às decisões mais recentes da Corte IDH, HACHEM²⁷ defende o controle de convencionalidade de modo difuso, por parte de todos os órgãos e autoridades públicas ou estatais de todos os Poderes.

As críticas de que o controle de convencionalidade extinguiria a supremacia da Constituição é enfrentada por SAGÜÉS²⁸ a partir do conceito de “Constituição convencionalizada” da Argentina. O estágio atual do conceito de supremacia constitucional passa por um processo de reciclagem e legitimação, diferente de suas origens, no Século XIX – da supremacia da lei em sentido estrito. A predominância da Constituição sobre as normas internas se mantém e, em relação ao direito internacional dos direitos humanos, ela deve se compatibilizar a ponto de, se houver oposição entre as normas, pode até mesmo prevalecer sobre as normas internacionais, desde que a regra constitucional seja mais favorável ao indivíduo, mas, do contrário, deverá ceder aos tratados internacionais.

Em alinhamento ao que defende SAGÜÉS e GUSSOLI²⁹, em respeito à primazia dos direitos humanos, princípio norteador da Constituição Federal, este estudo se posiciona pelo *status* de supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos e da plena possibilidade do controle de convencionalidade pelos Poderes estatais. É na dimensão desse princípio, contudo, que se defende uma relativização do critério hierárquico, pois, em caso de eventual antinomia entre normas direito interno e tratados de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo, ou seja, deve-se aplicar o princípio *pro persona*.

3 PRINCÍPIO PRO PERSONA: PRINCÍPIO DE COMPOSIÇÃO NA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

A Teoria do Direito pressupõe a composição do sistema jurídico em elementos, as normas jurídicas, organizadas de forma coerente e lógica, e norteadas por meio de um princípio unificador, formando um todo orgânico destinado a uma ou mais finalidades³⁰. No entanto, para que o sistema jurídico se conforme nessa completude, coerente e racionalizado, importa o estabelecimento de três outros princípios: princípio de diferenciação, para

²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, set./dez. 2021. p. 23 234.

²⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. ¿Ante las Puertas de la “Constitución Convencionalizada”? *In* BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Controle de Convencionalidade**. Coord.: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabricio Bittencourt da; JARDIM, Tarciso Dal Maso. Brasília: CNJ, 2016. p. 119.

²⁹ GUSSOLI, 2022, p. 67.

³⁰ GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Teoria dos sistemas jurídicos**. Curitiba: Intersaberes, 2020. p. 49-56, 69.

identificar as normas afetas ao sistema e diferenciar as normas estranhas, garantindo a unidade; princípio de extrapolação, para assegurar a organicidade do todo, completando as lacunas e garantindo a completude; e o princípio de composição, para solucionar as eventuais contradições que decorrem da relação entre as normas, garantindo a coerência do sistema³¹.

Na clássica doutrina de BOBBIO³², as normas são classificadas em imperativas, proibitivas e permissivas, podendo apresentar antinomias do tipo total-total, quando há impossibilidade de aplicação de uma norma sem conflitar com a outra; parcial-parcial, quando cada uma das normas tem um campo de aplicação conflituoso com a outra norma e outro campo sem conflito; e, total-parcial, quando a primeira norma tem âmbito de validade igual a uma parte da outra, sendo a primeira totalmente antinômica e a segunda parcialmente antinômica. Nesse sentido, apresentam-se os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade para a solução de antinomias, porém, caso se provem insuficientes, o jurista deve dar preponderância à norma que privilegie o maior grau possível de liberdade, princípio da *lex favorabilis*³³.

Como um sistema jurídico deontológico, ou seja, normativo, o princípio unificador adotado pela Constituição Federal, em seu art. 1º, III, é o princípio da dignidade da pessoa. Além disso, diante da dualidade de fontes normativas do ordenamento, de direito interno e do direito internacional, quando houver conflito de normas o intérprete deve dar preferência pela fonte que seja mais favorável à pessoa, conforme lição de MAZZUOLI³⁴:

E essa dualidade de fontes, que alimenta a completude do sistema, significa que em caso de conflito deve o intérprete optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio pro homine ou pro persona), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.

Além disso, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos houve uma crescente produção normativa na história recente, resultando na abordagem do mesmo direito por vários tratados, mas em níveis distintos³⁵. Portanto, vários desses tratados preveem cláusulas que possibilitam a sua não aplicação em face de outra disposição legal que seja mais

³¹ GUANDALINI JUNIOR, 2020, p. 119.

³² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição, tradução de Maria Celes C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 88-89.

³³ BOBBIO, 1999, p. 98-99.

³⁴ MAZZUOLI, 2018, p. 71.

³⁵ BASTOS NETTO, Claudio Cerqueira. **Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da corte interamericana de direitos humanos**. 2017, 139 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2017. p. 17-18.

favorável ao indivíduo, destacando-se, em especial, o art. 29.b da CADH³⁶, sobre a interpretação da Convenção de forma a não prejudicar os direitos e liberdades do cidadão.

Nessa esteira é que surge o princípio *pro persona*³⁷, ou primazia da norma mais favorável, definido por CONCI, GERBER & PEREIRA³⁸ como um instrumento interpretativo “cuja finalidade é buscar sempre a melhor proteção à dignidade da pessoa humana” e, portanto, havendo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve prevalecer aquela que possibilite o maior alcance ou a menor restrição do direito. Além disso, se a mesma norma permitir mais de uma interpretação, deve subsistir aquela que fornecer uma maior extensão ao direito, ou uma interpretação mais restritiva quando se estabelecer restrições a direitos.

Foi nesse sentido que a Corte IDH definiu a aplicação do princípio *pro persona* no Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile³⁹, em 2001, quando decidiu afastar a incidência de uma previsão constitucional chilena que permitia censura prévia de espetáculos cinematográficos, pois violava o art. 13 da Convenção, do direito à liberdade de expressão. Além disso, ainda condenou o Estado chileno a alterar a sua Carta Constitucional, de forma a harmonizar com o tratado internacional ratificado por aquele Estado.

Diante disso, o paradigma de soberania constitucional entra em declínio, pois mesmo no caso de choque entre a CADH e a Constituição de um Estado, por força do princípio *pro homine*, sempre deverá prevalecer a norma mais favorável ao indivíduo. Flexibiliza-se o critério hierárquico no sentido material, embora formalmente ainda se mantenha a pirâmide normativa, explica GUSSOLI⁴⁰. Essa análise, portanto, pauta-se no sentido material, pois, diante de normas que albergam direitos em níveis distintos há prevalência, e não “derrogação”, o que se assemelha à eficácia paralisante das normas internacionais, adotada pelo STF.

Partindo do pressuposto da relativização da rigidez da hierarquia normativa do sistema, o princípio *pro persona* se posiciona como “princípio de composição”, no conceito

³⁶ 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.

³⁷ Utiliza-se, neste trabalho, a expressão *pro-persona*, no mesmo sentido de *pro victima* e *pro ser humano*, em detrimento da expressão *pro homine*, seguindo o raciocínio desenvolvido por BASTOS NETTO, 2017, p. 19-22.

³⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin, & PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas Jus Cogens E Princípio Pro Persona in MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 107

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso a última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001.

⁴⁰ GUSSOLI, 2022, p. 69

de GUANDALINI⁴¹, de solução de antinomias e garantidor da coerência sistêmica. Embora possa parecer uma afronta à Teoria do Direito, a mitigação dos critérios formais para solução de antinomias entre normas que envolvam direitos humanos demonstra ser o caminho adequado. É dizer: entre duas normas válidas que visem à proteção de um direito humano, é o critério material das normas que terá o peso de prevalecer aquela que será aplicável. O sentido é análogo ao princípio da *lex favorabilis* de Bobbio, porém, ao invés da aplicação sequencial dos critérios formais para solução de antinomias, em se tratando de matéria de direitos humanos, o primeiro critério será a análise, com base no princípio *pro persona*, do conteúdo do direito humano previsto nos textos normativos.

As vantagens da aplicação do princípio *pro persona* se apresentam no seguinte sentido, de acordo com GUSSOLI⁴²: “a) a redução de potenciais conflitos normativos; b) maior coordenação entre normas na dimensão vertical entre tratados e normas internas; c) a maior coordenação entre normas na dimensão horizontal entre dois ou mais tratados”. A proposta visa, principalmente, proteger a finalidade do ordenamento, pois o sistema jurídico brasileiro tem como princípio unificador a dignidade da pessoa humana, como exposto, portanto, não seria coerente com a lógica sistêmica admitir que um critério formal obstaculize o alcance da finalidade do princípio unificador.

Em sua forma de aplicação, seguindo a classificação adotada por BASTOS NETTO⁴³, o princípio *pro persona* apresenta-se em duas dimensões: a primeira diz respeito à interpretação da norma de forma mais favorável na amplitude de direitos ao indivíduo ou, alternativamente, da interpretação mais restritiva quando se tratar de restrição de direitos. Essa é a dimensão da “preferência interpretativa”⁴⁴, que será aplicada quando a previsão de um mesmo enunciado legal permitir interpretações variadas sobre a extensão de proteção do direito humano. Diante dessa situação, o princípio *pro persona* aplica-se no sentido que “melhor proteja o beneficiário daquele direito”.

A fundamentação da “preferência interpretativa” é buscada na Comissão de Viena sobre o Direitos dos Tratados, que em seu artigo 31.1 prevê: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”, utilizado pela própria Corte IDH na aplicação

⁴¹ GUANDALINI, op. cit., p. 70.

⁴² GUSSOLI, 2022, p. 72.

⁴³ BASTOS NETTO, 2017, p. 23; 28.

⁴⁴ Parte da doutrina entende a dimensão da “preferência interpretativa” como o princípio *pro persona* propriamente dito, enquanto a segunda dimensão, da “preferência de fontes”, seria o “princípio da prevalência (ou primazia) da norma mais favorável”. Cf. RAMOS, 2022. p. 64.

do princípio *pro persona*⁴⁵, além do art. 29 da CADH, que veda a interpretação dessa norma convencional para limitar os direitos e garantias nela previstos ou mesmo previstos nas leis dos Estados-partes.

Já, a segunda dimensão do princípio é classificada como “preferência de fontes”, em que faz incidir a previsão, seja de direito interno ou de direito internacional, que garanta maior proteção ou, inversamente, a menor restrição de direitos. Como fundamento, o BASTOS NETTO⁴⁶ apoia-se na teoria do professor alemão Erick Jaime, para quem, diante da multiplicidade de fontes normativas dos sistemas jurídicos atuais, pode-se adotar um critério hierárquico ou um meio de coordenação entre as fontes. Aplica-se quando as normas em análise tutelam o mesmo direito, porém em graus distintos⁴⁷.

O raciocínio de MAZZUOLI⁴⁸ vai no mesmo sentido: em caso de conflito de normas, o intérprete deve optar pela norma mais favorável, com vistas à “otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de direitos humanos”. Inclusive, pode aplicá-las conjuntamente, cada uma onde se apresentar maior possibilidade de proteção do direito do indivíduo, descartando a utilização dos métodos tradicionais de antinomia, ultrapassados, no âmbito dos direitos humanos.

Destaque-se, ainda no âmbito da dimensão de “preferência de fontes”⁴⁹, duas possibilidades de aplicação do princípio *pro persona*: a primeira, quanto à preferência, entre duas normas, daquela que se mostre mais protetora; a segunda, da conservação de norma anteriormente mais favorável, ou seja, quando uma norma menos protetiva sucede uma norma que era mais protetiva.

Embora o princípio *pro persona* tenha fundamento teórico e normativo suficiente para plena aplicação, não lhe escapam as críticas doutrinárias. Na concatenação dessas críticas, exposta por GUSSOLI⁵⁰, o primeiro questionamento seria relativo ao efeito de conservação da norma mais protetiva em face de uma norma posterior, o que violaria o princípio do Estado democrático ao deslegitimar o legislador.

Essa aparenta ser a crítica mais frágil, uma vez que a promulgação de uma lei posterior que restrinja um direito humano previsto em lei anterior caracteriza violação do

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. Sentença 5 de julho de 2004 (Mérito, Reparação e custos)**, Serie C, nº 109. Parágrafos 172-173.

⁴⁶ BASTOS NETTO, 2017, p. 25.

⁴⁷ Ibidem, p. 73.

⁴⁸ MAZZUOLI, 2021, p. 776.

⁴⁹ BASTOS NETTO, 2017, p. 26

⁵⁰ GUSSOLI, 2022, p. 73-75.

princípio da proibição de retrocesso. Esse princípio implícito da Constituição garante a manutenção, inclusive contra o legislador ordinário⁵¹, de graus mínimos de segurança social atingidos, norte da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e da segurança jurídica, que visam à proteção da dignidade da pessoa humana. O raciocínio de BARROSO⁵² também conclui pela impossibilidade de retrocesso de direito ou garantia decorrente de lei posterior.

A segunda crítica se dá entre aqueles que, embora aceitem a aplicação do princípio *pro persona*, o consideram subsidiário à regra da hierarquia normativa, de forma a preservar os critérios clássicos de resolução de antinomia. Nesse aspecto, considera-se que a argumentação exposta anteriormente, a respeito da importância do critério hermenêutico material como princípio de composição para solução de antinomias e harmonização do sistema jurídico, é suficiente para contrapor a questão.

Contudo, a principal das críticas observada por GUSSOLI, trata da dificuldade de aplicação do princípio em casos concretos, pois, diante de vários direitos humanos previstos para vários sujeitos de direito com interesses antagônicos, o princípio não traria solução para o caso. A questão levantada por RAMOS⁵³ vai exatamente nesse sentido, de que a interpretação do *pro persona* “sofre desgaste profundo pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos, o que faz ser impossível a adoção desse critério no ambiente do século XXI no qual há vários direitos (de titulares distintos) em colisão”.

Esse ponto é enfrentado por BASTOS NETTO⁵⁴ que, em alinhamento com GUSSOLI⁵⁵, adverte que esse princípio não se trata de uma solução universal para todos os problemas, mas sim de um método hermenêutico auxiliar para compatibilizar direitos, não excluindo, portanto, outros métodos, como a ponderação, a interpretação conforme⁵⁶ e o próprio critério da máxima efetividade, citado por RAMOS⁵⁷. Além disso, caberá ao

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 448

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150

⁵³ RAMOS, 2022. p. 64.

⁵⁴ BASTOS NETTO, 2017, p. 72-73.

⁵⁵ GUSSOLI, op. cit. 74.

⁵⁶ Segundo GUSSOLI, interpretação conforme é “uma técnica de interpretação que faz com que as Constituições de cada país sejam “harmonizadas” com os postulados e princípios que surgem dos tratados sobre direitos humanos assim como da jurisprudência da Corte IDH, para alcançar uma maior eficácia”. GUSSOLI, 2022, p. 80.

⁵⁷ *Idem*.

intérprete o ônus argumentativo e a fundamentação das razões de aplicação de um instrumento normativo e do afastamento de outro.

Dessa forma, o princípio *pro persona* se diferencia da técnica da ponderação, pois, enquanto o princípio aplica-se em situações em que há diferentes normas tratando do mesmo direito ou de mais de uma interpretação da mesma norma sobre o alcance do direito em questão, a ponderação soluciona colisão de princípios constitucionais. Portanto, BASTOS NETTO⁵⁸ adverte que o princípio *pro persona* não solucionaria casos que envolvam multiplicidade de direitos e sujeitos, restringindo-se àquelas situações que envolvam mais de uma fonte ou mais de uma interpretação possível em torno do mesmo direito, ou seja, em ambos os casos o cerne do debate se daria em torno do grau protetivo do mesmo direito humano.

Não se deve concluir, contudo, que a diferenciação entre esse princípio e a ponderação conduz a uma exclusão de um em relação ao outro. A correlação entre os critérios interpretativos em matéria de direitos fundamentais e o princípio *pro persona* conduz à transformação desse princípio em um meta-critério interpretativo⁵⁹, orientando e dirigindo as opções do intérprete. Portanto, a aplicação do *pro persona* é uma das opções possíveis a serem utilizadas na atividade interpretativa, com vistas a alcançar maior extensão protetiva possível do indivíduo ou vítima de violação de direito, não obstante, a sua aplicação deve levar em conta as bases em que se funda, fugindo de uma aplicação puramente subjetiva.

Combatidas as críticas ao princípio, cabe agora a exposição de critérios doutrinários para aplicação dessa ferramenta metodológica. FEDERICO⁶⁰, ao examinar o conteúdo e alcance do princípio *pro persona*, entende pela sua vinculação aos conceitos clássicos da interpretação jurídica, como a ponderação, a interpretação conforme e a “correção”, esta última teria por escopo aproximar a decisão final em direção ao objeto e finalidade da norma, afastando a utilização do princípio de forma instrumentalista pelo intérprete.

Tendo em vista os critérios interpretativos das normas de direitos humanos estabelecidos nos arts. 31 a 33 da CVDT⁶¹, GUSSOLI⁶² apresenta três parâmetros que

⁵⁸ BASTOS NETTO, loc. cit.

⁵⁹ FEDERICO, Arizmendi Ponce Angel. **Las implicaciones del principio pro persona**. Universidad Nacional Autónoma de México. Cidade do México, 2021. p. 13.

⁶⁰ Ibidem, p. 10-12.

⁶¹ GUSSOLI sintetiza esses critérios em: a) a boa-fé objetiva guia a interpretação; b) obedece-se ao princípio da primazia do texto do tratado, considerando o contexto e todo o seu conteúdo sistematizado; c) o objeto do tratado é o que determina o sentido da interpretação; d) a finalidade declarada do tratado determina o sentido da interpretação. GUSSOLI, 2022, p. 82.

⁶² Ibidem, p. 72.

permitem a aplicação coerente do princípio *pro persona*: i) aplicação da norma mais protetiva, independentemente da hierarquia da norma; ii) conservação da norma mais protetiva, quando há revogação, tácita ou expressa, de norma mais protetiva face a uma norma menos protetiva; iii) interpretação protetiva, quando o intérprete está diante de apenas uma norma, mas que permite várias interpretações acerca da extensão do direito. Ao sintetizar esses parâmetros com as técnicas elaboradas por FEDERICO⁶³, é possível realizar a confirmação da aplicação adequada do princípio *pro persona*.

Dessa forma, em relação ao primeiro critério, da aplicação da norma mais protetiva, ao se deparar com mais de uma fonte que trate do mesmo direito humano, o intérprete deve privilegiar o dispositivo mais favorável ao indivíduo ou vítima, independentemente se as normas conflitantes estão dispostas somente entre normas internacionais ou entre o direito interno e o direito internacional. A fundamentação necessária da escolha da fonte deve ser capaz de responder adequadamente à seguinte pergunta: “Por que a norma “x” (escolhida pelo intérprete) é a que favorece da melhor maneira a proteção da pessoa no caso concreto?” Essa técnica também pode ser utilizada quando, frente a duas normas que protegem um direito, mas em extensões diferentes, surge a possibilidade de aplicação parcial de cada norma, cada qual no aspecto que oferece maior proteção à pessoa, conforme explorado anteriormente⁶⁴.

Em relação ao segundo critério, da conservação da norma mais protetiva, extrai-se que, mesmo quando há revogação tácita ou expressa por norma posterior, caso a norma revogada garanta proteção maior ao indivíduo ou a vítima, é esta que deve prevalecer em face daquela. Portanto, o critério cronológico de solução de antinomias é afastado em detrimento da norma mais favorável. A técnica de confirmação a ser utilizada aqui é a mesma, ou seja, “Por que a norma “x” (escolhida pelo intérprete) é a que favorece da melhor maneira a proteção da pessoa no caso concreto?”.

Já, em relação ao terceiro critério, da interpretação protetiva, há possibilidade de ser empregado quando o intérprete se depara com apenas um instrumento legal, mas que dele podem ser extraídos vários sentidos possíveis de proteção ao direito. Diante disso, a hermenêutica deve privilegiar a interpretação que confira maior grau de proteção ao indivíduo ou vítima. A fundamentação necessária a fim de confirmar que a interpretação adotada é a mais protetiva possível deve ser capaz de responder adequadamente à seguinte pergunta:

⁶³ FEDERICO, 2021, p. 12-13

⁶⁴ MAZZUOLI, 2021, p. 776.

“Essa é a interpretação que oferece a melhor forma de proteção dos direitos fundamentais no caso concreto?”

Destaque-se que, se um dos critérios anteriores ferir a finalidade da norma adotada, então não será possível o atendimento do princípio *pro persona*, resultando numa proteção menor do indivíduo. Por fim, o quarto critério diz respeito ao atendimento do objeto e finalidade da norma aplicada. Este é o mais importante dos critérios, em consonância ao disposto na CVDT. Neste último crivo de aplicação do princípio, a fundamentação deve ser capaz de responder adequadamente o seguinte: “A decisão considera o objeto e a finalidade para o qual foram criadas a norma aplicada sobre o direito humano em questão?”

Se as respostas forem suficientes para lograr êxito em todos esses quesitos, então o intérprete terá preenchido o conteúdo do *princípio pro persona* e, aliado a outras técnicas interpretativas que o caso concreto demandar, poderá concluir pela norma ou interpretação que garanta a maior cobertura protetiva ao indivíduo ou vítima.

4 ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS MAIS INCIDENTES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DO PRINCÍPIO PRO PERSONA

Embora os tratados de direitos humanos integrem o bloco de convencionalidade e, portanto, haja plena possibilidade de efetivação do chamado *controle de convencionalidade* das normas de direito interno, a pesquisa do CNJ⁶⁵ evidenciou, de forma inédita, baixíssimos números da aplicação da CADH na jurisprudência brasileira. No eixo “Análise da Jurisprudência”, concluiu-se que houve 4.978 acórdãos julgados entre 3/12/2008 e 31/12/2021⁶⁶, que citavam, em suas ementas, as expressões “Convenção Americana”, “Convenção Interamericana”, “Pacto de São José”, “Pacto de San José”, “convencionalidade” ou “Corte Interamericana”. Esses dados foram obtidos a partir do levantamento, catalogação e análise de todos os acórdãos, com inteiro teor disponível, dos cinco tribunais regionais federais, dos 26 tribunais de justiça dos estados, 27 do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Diante de um dos motivos elencados pelos magistrados para a baixa aplicação, qual seja, que há sobreposição de direitos entre a CADH e a CF/1998, propõe-se, partir dos

⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 41

⁶⁶ O marco inicial da pesquisa decorre do julgamento do RE 466.343/2008 pelo STF, ocasião em que a Corte assentou o entendimento pela suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 41.

critérios de aplicação do princípio *pro persona*, identificar se, *prima facie*, é possível confirmar a justificativa apresentada pelos juízes brasileiros. Para tanto, adota-se como objeto de análise os resultados da pesquisa do CNJ obtidos nos campos “Direito Humano em Debate” (fl. 137 a 139), “Quem invocou a norma convencional” (fl. 141), “Utilização da convenção como fundamento único, como fundamento concorrente com normas nacionais ou não utilização” (fl. 142) e “Referência à jurisprudência da CIDH” (fl. 147 a 150).

Além disso, como delimitação do rol de direitos humanos a serem investigados, serão analisados os cinco “direitos humanos em debate” que mais constaram no rol de decisões analisadas, sendo eles⁶⁷: i) Liberdade de pensamento e de expressão (1.297 acórdãos); ii) Direito à liberdade pessoal – Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz (1.012 acórdãos); iii) Direito à liberdade pessoal – Proibição de prisão civil por dívida (614 acórdãos); iv) Garantias judiciais – Julgamento em prazo razoável (323 acórdãos); v) Garantias judiciais – Presunção de inocência (175 acórdãos). Somados, os acórdãos em questão totalizam 3.421 decisões, representando 68,72% do universo da pesquisa do CNJ.

Sobre o direito à “liberdade de pensamento e de expressão”, com a maior incidência na pesquisa, é possível inferir que dos 1.294 casos, em 96,83% os termos da convenção foram invocados pelas partes. Em contrapartida, porém, as partes utilizaram a norma convencional como fundamento, seja único ou concorrente com normas nacionais, apenas 22 vezes, ou seja, em 1,75%, evidenciando uma baixíssima utilização da norma para fundamentar os casos. Do total geral, quando o direito à liberdade de pensamento e de expressão foi discutido no processo, a CADH foi utilizada como fundamento em 45 apenas casos, 3,47%. Quanto às referências à jurisprudência da Corte IDH, foram citadas principalmente pelas partes, em 28 casos, enquanto pelos magistrados, de ofício, em apenas um caso.

O direito à liberdade de pensamento e de expressão é previsto na CADH no art. 13.1, enquanto na CF/1988 há disposições correlatas a esse direito no art. 5º, inc. IV e IX e art. 220, §2º⁶⁸. Abaixo, segue o comparativo das normas, bem como algumas decisões da Corte IDH e do STF sobre o tema.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 137.

⁶⁸ Para a análise foram excluídos os demais âmbitos de manifestações ou possibilidade de limites ao seu exercício. Com base na pesquisa CNJ, o “direito à liberdade de pensamento e de expressão” foi desmembrado de outras manifestações correlatas, como “Liberdade de consciência e de religião”, “Liberdade de pensamento e de expressão – Limites legais”, “Liberdade de pensamento e de expressão – Proibição de restrição do direito por vias ou meios indiretos”, “Liberdade de pensamento e de expressão – Proteção da ordem e moral públicas”. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 59.

QUADRO 1 - Liberdade de pensamento e de expressão

CADH	CF/1988
13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.	Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
Jurisprudência da Corte IDH	Jurisprudência STF
<ul style="list-style-type: none"> - Corte IDH. Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile. Sentença de 5 de fev. de 2001; - Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentença de 2 de jul. de 2004; - Opinião Consultiva nº 5 (13 de novembro de 1985) 	<ul style="list-style-type: none"> - ADI 4451 - DF - Rcl 21504 AgR - SP - ADI 4815 - DF - ADI 2404 - DF - HC 82424 - RS

FONTE: O autor (2023).

Ao aplicar o critério de avaliação da norma mais protetiva, *princípio pro persona*, é possível identificar que, em relação ao direito de liberdade de pensamento e expressão, entre a CADH e a CF, a norma mais protetiva é, *prima facie*, a Convenção Americana. Isso porque, de acordo com a lição de MAZZUOLI⁶⁹, a disposição da norma convencional abrange uma dimensão individual (13.1 primeira parte) e uma dimensão social (13.1 parte final), de forma a cobrir não apenas o direito à liberdade de expressar o próprio pensamento, mas também “o direito à liberdade de buscar e difundir informações e ideias de toda índole”, previsão que carece na Constituição Federal. Dessa forma, em relação ao direito em questão, a CADH pode ser mais favorável à pessoa num caso concreto.

Em relação ao segundo direito humano mais recorrente na jurisprudência brasileira ao se invocar a CADH, “Direito à liberdade pessoal – direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, é possível inferir que, do total de 1012 casos, os termos da convenção foram invocados, principalmente, pelas partes, em 785 casos, ou 77,57%. Destes, as partes utilizaram a norma convencional como fundamento, seja único ou

⁶⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo 13 – Liberdade de Pensamento e de Expressão – Valerio de Oliveira Mazzuoli. In: PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987152/>. Acesso em: 30 out. 2023. p. 185.

concorrente com normas nacionais, em apenas 33 casos, ou 4,2%. Do total geral de casos envolvendo o direito analisado, a CADH foi utilizada como fundamento em 53 acórdãos, ou 5,24% dos casos. Não houve referência à jurisprudência da Corte IDH em relação ao direito humano em questão.

O “Direito à liberdade pessoal – Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz” se apresenta na CADH nos arts. 7.5 e 7.6, enquanto na CF/1988 há disposição sobre esse direito no art. 5º, LXI e LXV⁷⁰. Segue abaixo o comparativo das normas, bem como algumas decisões da Corte IDH e do STF sobre o tema.

QUADRO 2 - Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz

CADH	CF/1988
<p>7.5 Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.</p> <p>7.6 Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.</p>	<p>LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;</p> <p>LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;</p>
Jurisprudência da Corte IDH	Jurisprudência STF
<ul style="list-style-type: none"> - Corte IDH. Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros vs. Venezuela. Sentença de 27 de ago. de 2014; - Corte IDH. Caso J. vs. Peru. Sentença de 27 de nov. de 2013) - Corte IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 de nov. de 2010. - Opinião Consultiva nº - 9 (6 de outubro de 1987) 	<ul style="list-style-type: none"> - ADPF 347 MC/DF - HC 186490/SC - Rcl 29303/RJ

FONTE: O autor (2023).

⁷⁰ Para a análise foram excluídos os demais âmbitos de manifestações ou possibilidade de limites ao seu exercício. Com base na pesquisa CNJ, o “Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz” desconsidera, nesta análise, outras manifestações correlatas, tais como: “Direito à liberdade pessoal” em sentido amplo, “Direito à liberdade pessoal – Possibilidade de prisão civil decorrente de obrigação alimentar”, “Direito à liberdade pessoal – Proibição de detenção ou encarceramento arbitrários” e “Direito à liberdade pessoal – Proibição de prisão civil por dívida”. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 58.

Ao aplicar o critério de avaliação da norma mais protetiva, *princípio pro persona*, é possível identificar que, em relação ao “Direito à liberdade pessoal – Direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, entre a CADH e a CF, a norma mais protetiva é, *prima facie*, é a Convenção Americana. Na lição de PIOVESAN & FACHIN⁷¹, a disposição convencional obriga a revisão sem demora da privação de liberdade por autoridade judicial, além de prever limites quanto ao uso da prisão preventiva. A CF, embora determine o relaxamento “imediato” de prisão ilegal, não prevê expressamente que a condução de pessoa presa ao juiz se dê de forma célere, permitindo que haja um lapso entre a prisão ilegal e o conhecimento do judiciário. Somente quando apresentado o preso ao juiz poderá haver a incidência da previsão do “imediato” relaxamento. Dessa forma, em relação ao direito em questão, a CADH pode ser mais favorável à pessoa num caso concreto, tal qual foi reconhecido pelo STF na ADPF 347 e da Rcl 29303/RJ, ambos tratando, dentre outros temas, da obrigatoriedade da audiência de custódia, sobretudo por força do art. 7.5 da CADH.

Quanto ao terceiro direito humano mais incidente na pesquisa do CNJ, “Direito à liberdade pessoal - Proibição de prisão civil por dívida”, é possível inferir que, do total de 614 casos, em 331, ou seja, 53,90% não foi possível identificar quem invocou a norma convencional. Em relação à invocação pelas partes, ocorreu em 208 casos, 33,87%, sendo que, somente em 75 casos, 12,21%, a invocação ocorreu de ofício pelo magistrado. Quando a norma foi invocada pelas partes, utilizou-se a CADH como fundamento, único ou concorrente com normas nacionais, em 138 casos, 66,34%, por outro lado, embora os magistrados tenham invocado pouco a CADH quando se tratava da proibição de prisão civil por dívida, quando o fizeram, utilizaram a Convenção em 93,33% dos casos, ou seja, em 70 acórdãos. Dessa forma, em relação ao total geral, a CADH foi utilizada como fundamento para decidir em 86,80% dos casos, 533 decisões. Não houve referência à jurisprudência da Corte IDH em relação ao direito humano em questão.

O “Direito à liberdade pessoal – proibição de prisão civil por dívida” é previsto na CADH, art. 7.7, enquanto na CF/1988, há disposição sobre esse direito no art. 5º, LXVII.⁷²

⁷¹ PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi. Artigo 7 – Direito à Liberdade Pessoal – Flavia Piovesan e Melina Girardi Fachin. *in* PIOVESAN, FACHI, MAZZUOLI, 2019, p. 92.

⁷² Para a análise foram excluídos os demais âmbitos de manifestações ou possibilidade de limites ao seu exercício. Com base na pesquisa CNJ, o “Direito à liberdade pessoal – Proibição de prisão civil por dívidas” foram classificadas todas as decisões cujo objeto não era a prisão civil do depositário infiel, do devedor fiduciante ou do devedor de alimentos, mas nas quais se invocava a proibição de prisão civil por dívida para afastar, por exemplo, medidas de privação da liberdade em face de tipos penais que envolvem dívidas, como a

Segue abaixo o comparativo das normas, bem como algumas decisões da Corte IDH e do STF sobre o tema.

QUADRO 3 - Direito à liberdade pessoal – proibição de prisão civil por dívida

CADH	CF/1988
7.7 Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.	LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;
Jurisprudência da Corte IDH	Jurisprudência STF
- Comissão IDH no Informe de Inadmissibilidade nº 117/2012. Brasil (Demétrios Nicolaos Nikolaidis). 13.11.2012	- ARE 999425 RG/SC - RE 466.343 - SP - Súmula Vinculante nº 25

FONTE: O autor (2023).

Ao aplicar o critério de avaliação da norma mais protetiva, *princípio pro persona*, é possível identificar que, em relação ao “Direito à liberdade pessoal – proibição de prisão civil por dívida”, entre a CADH e a CF, a norma mais protetiva é, *prima facie*, a Convenção Americana. Isso porque a única exceção prevista ao direito previsto na norma convencional é o inadimplemento de obrigação alimentar e, portanto, não seria permitida a prisão do depositário infiel, possibilidade prevista na CF/1988. Dessa forma, em relação ao direito em questão, a CADH pode ser mais favorável à pessoa num caso concreto, como restou decidido no RE 466.343, julgado pelo STF.

Da análise do quarto direito humano mais incidente na pesquisa do CNJ, “Garantias judiciais - Julgamento em prazo razoável”, é possível inferir que, do total de 323 casos, em 203, ou 62,84%, não foi possível identificar quem invocou a norma convencional. Em relação à invocação pelas partes, ocorreu em apenas 29 casos, 8,98%, enquanto a invocação da CADH pelos magistrados se deu em 91 decisões, 28,17%. Quando a norma foi invocada pelas partes, a utilização da CADH como fundamento, único ou concorrente com normas nacionais, ocorreu em apenas 8 casos, 27,58%, porém, quando invocada pelos magistrados, a norma fundamentou 80 acórdãos, ou seja 87,91%. Já, em relação ao total geral, a CADH foi utilizada como fundamento em 82,04% dos casos, ou seja, em 265 decisões.

As referências à jurisprudência da Corte IDH em relação ocorreram em 25 casos, sendo a mais invocada o Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil, porém em 24 delas não foi

possível identificar quem invocou o direito humano em questão, e no único caso identificado, em que houve invocação da CADH pelas partes, houve referência à Resolução da Corte IDH de 22/11/2018 - Medidas provisórias a respeito do Brasil - Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

O direito a “Garantias judiciais – julgamento em prazo razoável” é previsto na CADH, art. 7.5, enquanto na CF/1988 há disposição correlata sobre esse direito no art. 5º, LXXVIII. Para a análise, foram considerados apenas os dispositivos que preveem estritamente o direito em questão, excluídos os demais âmbitos de manifestações ou possibilidade de limites ao seu exercício. Segue abaixo o comparativo das normas, bem como algumas decisões da Corte IDH e do STF sobre o tema.

QUADRO 4 - Garantias judiciais – julgamento em prazo razoável

CADH	CF/1988
7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.	LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
Jurisprudência da Corte IDH e Recomendações da Comissão IDH	Jurisprudência STF
<ul style="list-style-type: none"> - Corte IDH. Caso <i>García Asto Y Ramírez Rojas Vs. Peru</i>. Sentença de 25 de nov. de 2005; - Corte IDH. Caso <i>Amrhein e Outros vs. Costa Rica</i>. Sentença de 25 de abr. de 2018; - Comissão IDH. Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 dez. 2011. 	<ul style="list-style-type: none"> - RE 600851/DF - RE 635145/RS

FONTE: O autor (2023).

Ao aplicar o critério de avaliação da norma mais protetiva, *princípio pro persona*, é possível identificar que, em relação às “Garantias judiciais – julgamento em prazo razoável”, entre a CADH e a CF, a norma mais protetiva, no que tange à alternativa de conceder liberdade ao indivíduo caso não se atinja julgamento em prazo razoável, *prima facie*, é a Convenção Americana. Nesse sentido, destaca-se os julgados da Corte IDH e o trabalho da Comissão IDH para combater o excesso de prisão preventiva de acusados. Porém, no que tange à previsão de instrumentos para promover a celeridade da tramitação processual, bem como da razoável duração do processo como um todo, e não apenas até o julgamento, a norma

mais protetiva seria, *prima facie*, a Constituição Federal. Dessa forma, em relação ao direito em questão, há duas dimensões distintas de proteção em cada norma, podendo ser aplicada uma ou outra a depender do caso concreto.

A análise do quinto direito humano mais incidente na pesquisa do CNJ, “Garantias judiciais – presunção de inocência”, permite inferir que, do total de 175 casos, em 38,28% não foi possível identificar quem invocou a norma convencional. Em relação à invocação da CADH pelas partes, ocorreu em 64 casos, ou 36,57%, enquanto a invocação da norma convencional pelos magistrados se deu em 25,14%, portanto, em 44 casos. Quando a norma foi invocada pelas partes, a utilização da CADH como fundamento, único ou concorrente com normas nacionais, ocorreu em apenas 13 casos, 20,31%, por outro lado, quando a norma convencional foi invocada pelos magistrados, foi utilizada como fundamento em 77,27%, ou seja, em 34 casos. Em relação ao total geral, a norma foi utilizada como fundamento para decidir em 56% dos casos, ou seja, em 98 decisões. As referências à jurisprudência da Corte IDH em relação à garantia em questão ocorreram em apenas dois processos e, em ambos, houve referência ao Caso Chaparro Álvares y Lapo Ñiguez v. Equador.

O direito às “Garantias judiciais – presunção de inocência” é previsto na CADH no art. 8.2, enquanto na CF/1988 há disposição correlata sobre esse direito no art. 5º, LVII⁷³. Segue abaixo o comparativo das normas, bem como algumas decisões da Corte IDH e do STF sobre o tema.

QUADRO 5 - Garantias judiciais – presunção de inocência

CADH	CF/1988
8.2. 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: [...]	LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
Jurisprudência da Corte IDH e Recomendações da Comissão IDH	Jurisprudência STF
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Sentença de 12 de nov. de 1997. - Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador. Sentença de 21 de nov. de 2007.	- ARE 964246 RG/SP - RE 1235340 RG/SC - RE 560900/DF

⁷³ Para a análise, foram excluídos os demais âmbitos de manifestações ou possibilidade de limites ao seu exercício. Com base na pesquisa CNJ, as “Garantias judiciais – presunção de inocência” desconsidera, nesta análise, o “Garantias judiciais – duplo grau de jurisdição”. Sobre análise detalhada desta última, recomenda-se a obra BADARÓ, Gustavo. **Manual dos Recursos Penais**. 6 Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

- Corte IDH. Opinião Consultiva 17/2002 de 28 de ago. de 2002	- ARE 848107/DF
---	-----------------

FONTE: O autor (2023).

Ao aplicar o critério de avaliação da norma mais protetiva, *princípio pro persona*, é possível identificar que, em relação ao direito relativo às “Garantias judiciais – presunção de inocência” a norma mais protetiva, entre a CADH e a CF, *prima facie*, é a Constituição Federal, uma vez que ela estende essa garantia individual até o trânsito em julgado da sentença penal, enquanto a CADH utiliza o termo “comprovação legal”. A terminologia da norma convencional pode ser interpretada de maneira restritiva ao direito em questão, embora contrária ao próprio princípio *pro persona*, por exemplo, presunção de inocência apenas até o julgamento, que já comprovaria a culpa do acusado, caso advenha uma sentença penal condenatória. No mesmo sentido, caso se entenda pela condenação por decisão de órgão colegiado, ainda que seja cabível recurso. Dessa forma, em relação à garantia em questão, a CF/1988 pode ser mais favorável à pessoa num caso concreto⁷⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das reflexões desenvolvidas neste estudo, pode-se concluir que a celeuma em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não se sustenta diante do princípio da prevalência dos direitos humanos e da cláusula de abertura da Constituição Federal às normas internacionais de direitos humanos. Esses princípios constitucionais emergem o controle de convencionalidade, que é o exame de compatibilização vertical das normas de direito interno às normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, as quais possuem *status* supraconstitucional.

Portanto, em caso de conflito normativo envolvendo norma de direito internacional de direitos humanos e norma de direito interno, inclusive com a própria Constituição, deve prevalecer a norma que seja mais protetiva ao indivíduo. Essa é a dimensão básica do

⁷⁴ Porém, com relação à garantia ao duplo grau de jurisdição, correlata à presunção de inocência, conforme lição de BADARÓ, embora não previsto na Constituição Federal, por força do princípio *pro homine* (termo utilizado pelo autor), trata-se de um direito constitucional, pois é uma garantia prevista no art. 8.2.h da CADH e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Cf. BADARÓ, Gustavo. **Manual dos Recursos Penais**. 6 Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111649716/v6/page/RB-3.7>. Página RB-3.7. Acesso em 15 nov. 2023.

princípio conformador do sistema jurídico, que garante coerência às antinomias do sistema no âmbito dos direitos humanos, flexibiliza a rígida hierarquia normativa e faz prevalecer o princípio da dignidade humana: trata-se do princípio *pro persona*. Além da “preferência de fonte” mais protetiva, esse princípio também apresenta a dimensão da “preferência interpretativa”, no sentido da interpretação mais favorável na amplitude de direitos ao indivíduo ou, alternativamente, da interpretação mais restritiva, quando se tratar de restrição de direitos.

Por meio da incidência dos critérios de aplicação do princípio *pro persona*, conjuntamente com outras ferramentas hermenêuticas é possível atender ao comando constitucional da prevalência dos direitos humanos. Da análise geral, comprovou-se a hipótese, que não há uma sobreposição integral de direitos e garantias entre os dispositivos da CADH e da Constituição Federal e, diante da eficácia imediata dos direitos fundamentais e do controle de convencionalidade, a CADH pode ser aplicada em favor da proteção de indivíduo, mesmo que em detrimento da própria Constituição Federal. Em relação aos objetivos específicos, foi possível observar:

O direito humano que aparece em primeiro lugar, com 1294 acórdãos, foi o direito à “liberdade de pensamento e de expressão”. A análise dos dispositivos normativos sobre esse direito concluiu que é a Convenção Americana que tem um âmbito de proteção maior, pois possui uma dimensão individual e social dessa liberdade, além de garantir o direito à busca e recebimento de informações, conceitos ausentes no texto constitucional. Em contraponto, a pesquisa do CNJ mostrou que embora a norma tenha sido invocada quase que somente pelas partes, 97% dos casos, as partes utilizaram a Convenção como fundamento em apenas 1,75% dos casos, mesmo a Convenção Americana sendo mais protetiva do que a Constituição Federal.

Já, “direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, total de 1.012 acórdãos, concluiu-se que a norma mais protetiva é, mais uma vez, a Convenção Americana, pois ela prevê celeridade na apresentação da pessoa presa ao juiz, a quem caberá analisar a legalidade do ato. Já, na Constituição, não é prevista essa urgência. Mais uma vez, embora as partes tenham sido ampla maioria na invocação da norma convencional, pouco a utilizaram como fundamento dos casos, apenas 4%, mesmo a Convenção conferindo um âmbito de proteção maior.

A “Proibição de prisão civil por dívida”, total de 614 acórdãos, a conclusão da norma mais protetiva também foi a Convenção Americana, pois a única exceção que ela prevê ao direito à liberdade pessoal é o inadimplemento alimentar, não sendo possível a prisão do

depositário infiel, que é admitido pelo texto da Constituição Federal. Da pesquisa do CNJ embora na maior parte dos casos não tenha sido possível identificar quem invocou a Convenção, quando invocada pelas partes, a norma foi utilizada como fundamento em 66% dos casos e, quando invocada pelos magistrados, foi utilizada como fundamento em 93% dos casos, demonstrando uma utilização maior da norma mais protetiva por ambos os atores processuais.

Em relação ao direito a “Garantias judiciais - Julgamento em prazo razoável”, total de 323 casos, a análise concluiu que as normas protegem o direito em dimensões diferentes. Enquanto a Convenção é mais protetiva acerca da previsão de alternativa de concessão de liberdade caso o julgamento não ocorra em prazo razoável, a Constituição garante que haja ferramentas processuais para celeridade do processo. Da pesquisa do CNJ não foi possível identificar quem invocou a norma na maior parte dos casos, além disso, houve baixa invocação pelas partes, porém, quando a Convenção foi invocada pelos magistrados, foi utilizada como fundamento para decidir quase 88% das decisões.

O último direito analisado, “Garantias judiciais – presunção de inocência”, total de 175 casos, apresenta âmbito de proteção maior na Constituição, pois ela prevê a extensão da garantia de inocência até o “trânsito em julgado”, enquanto a Convenção prevê essa presunção até que haja “comprovação legal”, um termo amplo, que pode ser interpretado de forma restritiva, por exemplo, até a sentença ou julgamento por órgão colegiado de instância superior. A pesquisa do CNJ demonstrou que a invocação da norma se deu, pelas partes, em 36% e pelos magistrados em 25%, sendo que as partes utilizaram a convenção como fundamento em apenas 20% dos casos e os magistrados, por outro lado, utilizaram em 77%.

Dessa forma, conclui-se que a hipótese lançada é procedente, não há uma sobreposição integral de direitos e garantias entre os dispositivos da CADH e da Constituição Federal e, diante da eficácia imediata dos direitos fundamentais e do controle de convencionalidade, a CADH pode ser aplicada em favor da proteção de indivíduo, mesmo que em detrimento da própria Constituição Federal. Além disso, a CADH é mais protetiva do que a Constituição Federal, ao menos numa análise em abstrato, em 3 dos 5 direitos humanos que mais foram objeto de debate na jurisprudência quando se invocou a Convenção. Porém, mesmo se mostrando como mais protetiva em parte dos casos, a norma convencional é pouco utilizada como fundamento para decidir quando invocada pelas partes, e mais utilizada como fundamento quando invocada pelos magistrados.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. Manual dos Recursos Penais. 6 Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111649716/v6/page/RB-3.7>. Página RB-3.7. Acesso em 15 nov. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS NETTO, Claudio Cerqueira. Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da corte interamericana de direitos humanos. 2017, 139 f. Dissertação - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2017.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10ª edição, tradução de Maria Celes C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.404/DF. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 31 ago. 2016. Publicado em 1º ago. 2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.451/DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 21 jun. 2018. Publicado em 6 de mar. 2019.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.815/DF. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado em 10 jun. 2015. Publicado em 1º fev. 2016.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental na Reclamação 21.504/SP. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 17 nov. 2015. Publicado em 11 dez. 2015.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 999.425/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24 ago. 2020. Publicado em 26 nov. 2020.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 72.131/RJ. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento em 23 nov. 1995. Publicado em 1º ago. 2003.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 79.785-7/RJ. Relator para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 29 mar. 2000. Publicado em 29 nov. 2002.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 82.424/RS. Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 17 set. 2003. Publicado em 19 mar. 2004.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 87.585-8/TO. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 03 dez. 2008. Publicado em 26 de jun. de 2009.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 186.490/SC. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgamento em 10 dez. 2020. Publicado em 22 de out. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento e Preceito Fundamental 347/DF. Relator Min. Marco Aurélio. 09 de set. de 2015. Publicado em 19 fev. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação 29.303/RJ. Relator Min. Edson Fachin, julgado em 06 de março de 2023. Publicado em 10 maio de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 03 dez. 2008. Publicado em 05 jun. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 600.851/DF. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 07 dez. 2020. Publicado em 23 fev. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 635.145/RS. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 1º ago. 2016. Publicado em 13 set. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 1235340/SC. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 24 out. 2019. Publicado em 04 ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. 560900/DF. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 06 fev. 2020. Publicado em 17 ago. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo, 964246/SP. Relator Min. Teori Zavascki. Julgado em 10 de nov. 2016. Publicado em 25 nov. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Agravo, 848107/DF. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 03 de jul. 2023. Publicado em 04 ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 25. Publicado no DJe nº 238, de 23 dez 2009, p. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito Internacional dos direitos humanos. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia De A.; FACHIN, Melina G. Constituição e Direitos Humanos: Tutela dos Grupos Vulneráveis. São Paulo: Almedina, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275840/>. Acesso em: 20 set. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe de Inadmissibilidade nº 117/2012. Brasil (Demétrios Nicolaos Nikolaidis). Publicado em 13 nov. 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 dez. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Brasília: CNJ, 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. Sentença de 5 de jul. de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso a última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Amrhein e Outros vs. Costa Rica. Sentença de 25 de abr. de 2018

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 de nov. de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentença de 21 de nov. de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso García Asto Y Ramírez Rojas Vs. Peru. Sentença de 25 de nov. de 2005

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentença de 2 de jul. de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Irmãos Landaeta Mejías e Outros vs. Venezuela. Sentença de 27 de ago. de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso J. vs. Peru. Sentença de 27 de nov. de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Sentença de 12 de nov. de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 5, publicada em 13 de nov. de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº - 9, publicada em 6 de out. de 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Opinião Consultiva 17, de 28 de ago. de 2002

FEDERICO, Arizmendi Ponce Angel. Las implicaciones del principio pro persona. Universidad Nacional Autónoma de México. Cidade do México, 2021

FILHO, Manoel Gonçalves F. Curso de Direito Constitucional. 42ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 25 set. 2023.

- GUANDALINI JUNIOR, Walter. Teoria dos sistemas jurídicos. Curitiba: Intersaberes, 2020.
- GUSSOLI, Felipe Klein. Tratados de direitos humanos e direito administrativo. Curitiba: Íthala, 2022.
- HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, set./dez. 2021
- MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord). Controle de convencionalidade: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013
- MAZZUOLI, Valério de O. Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, 5ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982195/>. Acesso em: 20 set. 2023.
- MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direitos Humanos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Método, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642328/>. Acesso em: 25 set. 2023.
- MICHEL, Maria Helena. Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais, 3ª ed. São Paulo: Grupo GEN/Atlas, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0359-8/>. Acesso em: 15 set. 2023.
- PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987152/>. Acesso em: 30 out. 2023.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 21ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624610/>. Acesso em: 20 set. 2023.
- PIZZOLO, Calogero [et al.]. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- RAMOS, André de C. Curso de Direitos Humanos. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/>. Acesso em: 20 set. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. ¿Ante las Puertas de la “Constitución Convencionalizada”? *In*: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabricio Bittencourt da; JARDIM, Tarciso Dal Maso (coord.). Controle de Convencionalidade. Brasília: CNJ, 2016.