

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A (EN) CONSTITUCIONALIDAD DE LA DECISIÓN DEL STF SOBRE LA STF SOBRE LA APLICACIÓN PROVISIONAL DE LA PENA

Grazielle Mendes Martins ¹
Lucas Carvalho Américo ²

Resumo

O princípio da presunção de inocência está previsto na CR/88 em seu artigo 5º, inciso LVII e estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ganhou forma a discussão sobre a possibilidade de execução provisória da pena, antes do resultado dos recursos especial e extraordinário, com o julgamento do HC 126.292 SP, suscitando a relativização do princípio da presunção de inocência. A decisão do STF deve ser analisada de modo a criar condições para aplicação de uma justiça célere e igual para todos, sem contudo ferir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Palavras-chave: Constituição, Presunção de inocência, Tratados internacionais, Controle de convencionalidade, Decisão stf

Abstract/Resumen/Résumé

La presunción de la inocencia se incluye en la CR/88, 5º, párrafo LVII que se supone que nadie llevará la culpa hasta el trámite legal de la sentencia condenatorio. Hay discusión de la posibilidad de la ejecución temporal delante del resultado de los recursos especial y extra con el juzgamiento del HC126.292SP se hizo evidente la question del comienzo de l presunción de la inocencia. La decisión del STF tendra de ser analizado de manera a criar condiconesa la aplicación de una justicia acelerada y de igualdad y que todo esto no hiera a los derechos garantizados por la Constitución.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Supremo constitución, Presunción de inocencia, Los tratados internacionales, Control de convencionalidad, Decisión del tribunal

¹ Graduada em Direito pela PUC Minas Gerais, Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, Advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna, Advogado, mestrando do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna em proteção dos Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CR/88), estabelece em seu art.5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tal dispositivo é denominado, majoritariamente, como princípio da presunção de inocência.

Em que pese a expressa menção ao trânsito em julgado, ou seja, à decisão definitiva, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Habeas Corpus nº.126.292/SP, através do seu plenário, em 17 de fevereiro de 2016, considerou ser possível que o Estado execute a pena criminal de pessoa que ainda conta com recursos judiciais a serem julgados, ou seja, admitiu a execução provisória da pena.

Constata-se que, por vezes, os direitos e as garantias que limitam e legitimam o processo penal são analisados e encarados como simples regras procedimentais com caráter meramente ritualístico, considerando-se de fácil relativização, normalmente visando-se maior efetividade e facilidade à persecução penal do Estado.

Neste prisma, resta imperioso verificar os fundamentos da decisão e confrontá-los com as garantias inerentes ao princípio da presunção de inocência e suas conseqüências, as quais, tendo em vista a gravidade de tais desdobramentos, devem estar devidamente aprofundadas em um debate sobre sua possível relativização, observando que tal instituto é verdadeira cláusula pétrea irradiadora de uma série de outros direitos e garantias.

2 ASPECTOS CONSTANTES DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL A RESPEITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O princípio da presunção de inocência, nos termos da CR/88 assegura que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, significando, assim, uma proibição ao tratamento do imputado (pessoa investigada ou acusada) de forma igual ou análoga ao de culpado. Tal proibição, como se vê, é estendida pela CR/88, para todo período anterior ao trânsito em julgado, ou seja, enquanto não se tem a decisão definitiva, inafastável por qualquer tipo de recurso judicial. Baseado nesta determinação Renato Brasileiro de Lima (2016, p.467 e 468) afirma que:

Do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento, objeto de estudo nos próximos tópicos.

[...]

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

[...]

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o in dubio pro reo. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

[...] por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

Como se vê, entende-se que a previsão constitucional impede qualquer medida que antecipe os efeitos da condenação, ou seja, até que a pessoa seja definitivamente condenada é possível que se imponha medidas cautelares, mas não é possível que se imponha medidas baseadas na mudança de status do indivíduo (passando de inocente para culpado).

Observe-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, ao tratar do mesmo princípio estabelece que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa". Assim, como se vê, não há uma exigência de que se alcance o trânsito em julgado do processo, apenas se impõe que se prove a culpabilidade do indivíduo de acordo com a lei, mostrando-se, portanto, possuir, por si só, uma proteção menor que a existente na CR/88, porém, de qualquer forma, exige que a lei interna do País seja respeitada, reforçando assim, eventual proteção mais vigorosa que eventualmente exista na lei interna do País.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, inserta no ordenamento brasileiro através do Decreto 678 de 1992, sobre o princípio da presunção de inocência afirma que:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Como se constata, o mencionado tratado internacional segue a mesma lógica da Declaração Universal e exige somente a comprovação legal da culpa, não exige, por si só, o

trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como o faz a CR/88. A este respeito Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 467) afirma:

A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art.8º, n° 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa. Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, "h") . A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam . Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.

Nota-se, portanto, que tanto constitucionalmente como mediante previsão dos Tratados Internacionais (seja porque impõem a obediência da lei interna; seja porque vedam a utilização de seus textos para limitar direitos previstos internamente) a execução provisória da pena não encontra amparo legal ou abertura suficiente para ser admitida jurisprudencialmente.

3 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal, através de seu Tribunal Pleno, enfrentou a questão da regra de tratamento imposta pelo princípio da presunção de inocência, no HC 84.078/MG, e decidiu pela impossibilidade de execução provisória da pena, nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também,

restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] Ordem concedida. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Vale destacar que antes desse julgado considerava-se válida a súmula 267 do STJ que trazia o seguinte preceito "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão", ou seja, o limite para o início do cumprimento da pena não era o direito constitucional a ter a inocência presumida, era sim, conforme esta súmula, as regras de direito processual penal previstas em uma lei ordinária.

Percebe-se, portanto, que a decisão do STF, em 2009, fez mais do que afastar o cumprimento provisório da pena, ela esclareceu o alcance do direito constitucional previsto no art.5º, inciso LVII. Ela demonstrou que o problema de várias medidas tomadas antes do término do processo penal não estão ligadas a regras processuais simples, estão, na realidade, ligadas a direitos e garantias constitucionais de máxima relevância.

Em que pese a notória relevância do resultado obtido no referido julgado de 2009, o STF, no dia 17 de fevereiro de 2016, novamente através de seu Tribunal Pleno, modificou o entendimento, desta vez a corte voltou atrás e conclui pela possibilidade do cumprimento de pena mesmo antes de se ter a decisão definitiva para o caso. Tal decisão foi proferida no HC 126.292 de São Paulo, cuja relatoria coube ao Ministro Teori Zavascki, o qual se analisa a seguir.

4 ANÁLISE DO HC 126.292 SP - RELATOR TEORI ZAVASCKI

Ao fundamentar o voto, o Ministro Relator Teori Zavascki, valeu-se, principalmente, de 8 (oito) argumentos. Tais razões devem ser enfrentadas de forma a permitir o correto juízo a respeito do tema.

4.1 Conflito de valores

O primeiro argumento apontado pelo Ministro Relator refere-se à existência de um conflito entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Em que pese ser verdadeira a existência do conflito entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade jurisdicional, não há necessidade de mitigar aquele direito fundamental na medida em que há outras soluções que viabilizam a efetividade jurisdicional sem atingir o princípio da presunção de inocência.

Não se está a defender que a presunção de inocência seja absoluta, contudo para justificar a relativização de tal princípio é imperioso demonstrar a necessidade de sobreposição de outro de igual importância, o que não se vê no caso em análise.

4.2 A existência de precedentes admitindo a execução provisória

No terceiro tópico, o relator aborda a existência de precedentes que admitem a execução provisória:

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

[...]

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados: [...]

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavaski, DJe 17/02/16).

Apesar do entendimento sobre o argumento acima ser contemporâneo da vigência da CR/88 até 2009, passando pelas súmulas 716 e 717, com modificação para incompatibilidade da execução e prevalência do princípio da presunção de inocência em 2009, e, hoje, 2016 novamente modificado o entendimento da corte, trata-se na realidade de uma análise histórica do tratamento do princípio da presunção de inocência, demonstrando variação nos entendimentos.

Tal constatação entretanto, não afasta a possibilidade de uma conclusão técnica a respeito do tema, pois dizer que um assunto foi tratado de forma diferente ao longo dos anos, não assegura que qualquer dessas interpretações divergentes tenha observado os aspectos técnicos necessários à melhor conclusão sobre o problema.

Assim, uma demonstração histórica da divergência sobre determinado tema, sem elucidar os critérios usados para esta mudança de posicionamento, não agrega elementos para se definir a correta interpretação do instituto.

4.3 Exaurimento do exame dos fatos

A linha de raciocínio do Ministro, envereda pelo argumento de que os recursos cabíveis das decisões de segundo grau não se detém a análise de fatos e provas:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Na esteira desse argumento, surgiu um novo padrão com a supressão de instância e deixou de ter reconhecida a presunção de inocência, com vistas a confirmar a sentença penal condenatória em segunda instância, motivo pelo qual, pressupõe-se uma relativização deste princípio.

O entendimento em vigor até esta decisão era o trânsito em julgado de sentença penal condenatória com a modificação para confirmação da sentença condenatória em segundo grau.

De acordo com o acórdão, significa dizer que em algumas situações haverá observância do princípio em outras não, alterando o momento de exaurimento da presunção de inocência. No entanto, cumpre esclarecer que o princípio da presunção de inocência deve ser observado, sem exceção, em todos os casos.

4.4 Abertura do termo "culpado"

Adentra, a fundamentação da decisão, no aspecto terminológico da redação constitucional:

O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

“No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se defluiu que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’. Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...) Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (*in*: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Sendo garantia constitucional o princípio da presunção de inocência, o termo culpado usado no artigo 5º, inciso LVII da CR/88 deve ser entendido da maneira mais ampla possível, buscando-se a máxima efetividade dos direitos fundamentais, contudo, ele não deverá ser considerado um direito absoluto, deverá obviamente ceder diante de outros direitos também importantes, como por exemplo, já era consenso que ele deveria ceder diante das prisões cautelares, que são prisões que se mostram necessárias durante o processo, sem entretanto, implicar na consideração da pessoa como se culpado fosse.

Considerar que a ineficácia da justiça possa ser motivo suficiente para relativizar o estado da pessoa inocente é considerar que a pessoa deve pagar pela falha do Estado em se organizar, pois, tornar o processo mais célere e com menos recursos é dever do Estado e não ônus do acusado.

4.5 Tratamento existente em outros países

O aspecto do direito comparado é apresentado nos seguintes termos:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema*”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduz:

a) Inglaterra. Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. [...]

b) Estados Unidos. A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. [...] [...] “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

c) Canadá [...] Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha (...) Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. [...]

e) França [...] o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal (...) O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha (...) A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. [...]

h) Argentina O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. [...] (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078’, p. 507). (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Esse fundamento restou carente de argumentos aprofundados, foi apresentado em aspectos por vezes irrelevantes dentro do que apresenta a Constituição da República de 1988, não só no texto do inciso LVII do art.5º, quanto no tratamento de seus direitos e garantias fundamentais enquanto cláusulas péticas, protegidas contra a abolição ou restrição. Deixou de observar, portanto, a diferenciação entre o direito brasileiro e o alienígena quanto ao sistema adotado.

No Brasil a Constituição Federal adota como marco para execução da pena "o trânsito em julgado da decisão condenatória" na maioria dos países ocidentais atenta-se para "o duplo grau de jurisdição". Assim destaca Luiz Flávio Gomes:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados todos os recursos (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema, a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Muitos países possuem um julgamento colegiado já no primeiro grau, no Brasil, o julgamento é monocrático, além da diferença no sistema recursal e carcerário, vários países sequer admitem recurso além do duplo grau de jurisdição.

Para o direito internacional, o princípio da presunção de inocência é entendido como extensão do princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser devidamente respeitado, sem vinculação da legislação externa permitindo a cada país a regulamentação dentro do ordenamento jurídico vigente, devendo portanto, ser o princípio reconhecido com margem para aplicação do direito interno.

Vale destacar a inviável eleição de via de comparação com direito estrangeiro por se tratar de formas completamente diferentes, há institutos que não se encontram similar ou idêntico em nenhum outro ordenamento jurídico, além da existência de sistemas mais eficientes e céleres do que o pátrio.

4.6 Baixo índice de êxito nos recursos aos Tribunais Superiores:

O sexto argumento apontado no voto refere-se ao baixo índice de êxito nos recursos:

Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a

situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078: [...] (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

É indiscutível que os recursos destinados às instâncias superiores, mais precisamente STJ e STF demoram tempo considerável para serem julgados e mesmo que a hipótese suscitada seja verdadeira, no sentido de poucos julgados serem revertidos favoravelmente aos imputados, não deve usar dessa alegação para proibir o acesso ao julgamento dos recursos, por não justificar aplicação aos demais imputados de penas indevidas.

Essa afirmação recai na suposta existência de pouca ou nenhuma utilidade dos recursos especial ou extraordinário, dever-se-ia portanto, retirá-los do ordenamento jurídico caso comprove-se essa proposição.

4.7 Objetivos protelatórios dos recursos

Abaixo segue outro argumento aventado na decisão:

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. [...] Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

De encontro a argumentação apresentada pelo ministro Teori Zavascki, nota-se a possibilidade de duas consequências na não utilização dos recursos, a primeira, que os recursos estão previstos em lei, portanto, devem ser usados. Caso não se valia deles, o advogado corre o risco de descumprir seus deveres profissionais por representar de forma inadequada seu cliente. Em um segundo momento, a legislação vigente formas de controle para o excesso de recursos e limites à utilização dos mesmos, como a necessidade de demonstrar a *repercussão geral* do recurso extraordinário e a possibilidade de

decisão *monocrática* no *recurso especial* quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.

Entretanto, a alegação de excesso de *recursos*, não se mostra suficientemente forte, por se tratar de um problema a ser solucionado pela lei. O legislador tem como restringir as hipóteses recursais, ampliar seus requisitos, dificultar sua interposição. Nesta linha de raciocínio, fácil identificar que os processos seriam mais céleres, com condenação dos culpados e em respeito ao princípio da inocência, com o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.8 Existência de mecanismos para casos excepcionais

Reiterando e reafirmando a tese de que dever-se-ia trabalhar com a lógica da inexistência de efeitos suspensivos para os recursos Especiais e Extraordinários, o voto do relator explicita, por fim, que haverá meios excepcionais para casos específicos em que o efeito suspensivo se mostrar justificado:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. (HC 126.292/SP, plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/02/16).

Nítidamente, o objetivo pretendido por esta mudança de entendimento do STF é justamente inverter a lógica pretendida pela CR/88, ou seja, enquanto a Carta Magna assegura a presunção de inocência até que o órgão acusador consiga provar o contrário em decisão definitiva, o Supremo, através deste julgado, pretende inverter o ônus da comprovação da inocência a partir da decisão de segundo grau. Tal pretensão salta aos olhos no argumento em análise. Conforme se vê, defende-se que, nos casos em que o acusado conseguir provar suficientemente sua inocência, poderão, os Tribunais, agraciá-lo com o efeito suspensivo, permitindo, nestes casos excepcionais, que lhe valha o benefício da dúvida. Neste aspecto,

fica clara a conexão inarredável entre a regra probatória (*in dubio pro reo*) e a regra de tratamento.

5 INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 283 do Código de Processo Penal prevê:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória *transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O artigo em comento foi alterado pela lei 12.403/11, justamente com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico à interpretação que considerava impossível a execução provisória da pena em respeito ao princípio da presunção de inocência. Nestes termos, até então, a execução provisória da pena era vedada constitucional e infraconstitucionalmente.

Não há no acórdão qualquer menção ao artigo 283 e, principalmente, alegação de sua inconstitucionalidade, visto ser este totalmente incompatível com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O relator não tratou do impacto da decisão sobre a legislação processual penal vigente, seja para mencionar sua inconstitucionalidade, seja para fundamentar algum ponto e após rebater ou reforçar a existência do artigo em comento.

6 POSSIBILIDADE DE AFASTAR A DECISÃO STF

Em observância às normas internas brasileiras e formas de afastar a decisão proferida pelo Supremo, tem-se mais adequado o uso de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo (inibir cumprimento da pena) aos recursos especial e extraordinário, bem como do próprio *habeas corpus* no intuito de controlar eventuais atentados a direitos fundamentais, atribuindo amparo em caso de flagrante violação de direitos.

Na hipótese de manutenção da decisão e via de consequência, possível lesividade a direito fundamental garantido constitucionalmente, a decisão proferida no STF, órgão máximo brasileiro, poderá ser afastada de forma mais plausível e mais apropriada, com observância da proteção conferida pelos órgãos competentes para processar e julgar assuntos relacionados ao descumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil, por ser signatário do Pacto São José da Costa Rica, previstos no artigo 33, quais sejam, a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, visto que o STF violou a corte e seus preceitos.

7 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Amparado no controle de convencionalidade em jogo estará a análise da legislação brasileira e sua congruência com as convenções das quais o Brasil é signatário. É que a doutrina mais moderna de direito internacional defende uma força mais expressiva dos tratados e convenções sobre a legislação infraconstitucional. E mais, chegam a defender até uma equivalência entre normas constitucionais e tratados, especialmente aqueles que versarem sobre direitos humanos, de tal modo que, afora o controle de constitucionalidade, o intérprete deve ainda verificar se o caso sob análise está de acordo com a "legislação" internacional.

Logo, pelo controle de convencionalidade trazido pela Emenda Constitucional 45/04, como novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, a CR/88, os tratados de direitos humanos e os tratados internacionais comuns, concedem aos profissionais do direito uma gama diversificada capaz de invalidar as normas de direito interno que violam a Constituição ou algum tratado em vigência no país.

Assim os tratados de Direitos Humanos vigentes tem caráter supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição, desta forma a decisão do STF não seria aplicada no Brasil, já que o país ratificou as convenções e, como a decisão está em desconformidade com a previsão constitucional, não há aplicabilidade, porque o controle é obrigatório em todos os graus de jurisdição inclusive de ofício.

Sobre esse assunto, discorre Valério Mazzuoli em sua tese de doutoramento:

[pág. 227 da sua tese] "Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a [pág. 228] ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os de direitos humanos) internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º da CF/88."

[Pág. 235]: "Ora, se a CF/88 possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional."

Por todo o exposto, mostra-se plausível a observância do controle de convencionalidade, na eventualidade de não ser respeitada a norma interna com vistas à proteção e garantia de direitos amparados pela legislação vigente.

8 CONCLUSÃO

Pelo explanado, deve-se levar em consideração a importância da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, devendo o imputado ser considerado culpado somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não passível de recurso.

O acórdão proferido pelo STF em desatenção a este princípio e sem esgotamento definitivo de todos os recursos, feriu tratados, convenções, pactos internacionais e principalmente nossa "Constituição Cidadã" alterando cláusula pétrea, reescreveu a Constituição e aniquilou direito fundamental, podendo com isso dar ensejo a uma infinidade de pedidos de prisão, arriscando ainda aumentar o número de presos e a morosidade na prestação judicial, insegurança jurídica, sensação de impunidade, além da provável prejudicialidade a possíveis inocentes.

Neste diapasão, seria melhor a diminuição das possibilidades de recurso, garantir o acesso à justiça célere, solucionando as lides em prazo apto a não manter presos acusados inocentes ou na contramão livres culpados, com supressão das dificuldades em arcar com as despesas de um sistema caro e ineficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 26 de Maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078/MG. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 26 de Maio de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execução-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-i...>. Acessado em 23 de fevereiro de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. San José, 22 de novembro de 1969.