

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL E OS MANDADOS INTERNACIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

Galtieno da Cruz Paulino

Doutorando em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Mestre pela Universidade Católica de Brasília (parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União) (2017). Pós-graduação em Ciências Criminais pelo UNIDERP. Pós-graduação em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2006). Membro-auxiliar na Secretária da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal, vinculado ao Gabinete da Procuradora-Geral da República (2018/2019). Atualmente é Procurador da República, em exercício como Membro-Auxiliar na Assessoria Criminal do Procurador-Geral da República junto ao STJ. ex-Procurador da Fazenda Nacional, ex-Analista do Ministério Público da União, ex-Assistente Jurídico do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Orientador Pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6803-0738>
e-mail: galtienio@yahoo.com.br

Recebido em: 15/06/2020

Aprovado em: 13/11/2020

RESUMO

Este artigo pretende discutir a relação entre a execução provisória de uma sentença penal, adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP, e a proteção internacional dos direitos humanos, em razão dos mandados internacionais de criminalização. Primeiramente, serão feitas considerações sobre a proteção internacional dos direitos humanos e os mandados de criminalização. Em seguida, serão expostos o conteúdo e os fins dos mandados de criminalização. Por fim, será estabelecida uma relação entre os mandados de criminalização e a execução provisória da pena no Brasil, demonstrando que o novo entendimento do STF é o que melhor se adéqua à proteção dos direitos humanos. Para tanto, realizou-se uma considerável pesquisa bibliográfica sobre o tema, e foi realizada uma análise crítica da doutrina e dos institutos inerentes aos mandados de criminalização, relacionando-os com a execução provisória da pena.

Palavras-chave: Direitos Humanos; mandados de criminalização; execução provisória; efetividade do processo.

THE PROVISORY EXECUTION OF THE SENTENCE IN BRAZIL AND THE INTERNATIONAL ORDERS OF CRIMINALIZATION

ABSTRACT

This article intends to discuss the relationship between the provisional execution of a criminal sentence, adopted by the Federal Supreme Court in HC 126292 / SP, and the international protection of human rights, due to the international mandates of criminalization. Firstly, consideration will be given to international protection of human rights and mandates of criminalization. Next, the content and purpose of the criminalization warrants will be exposed. Finally, consideration will be given to the relationship between the warrants of execution and the provisional execution of the sentence in Brazil, demonstrating that the new understanding of the Supreme Court is the best suited to the protection of Human Rights. To this end, considerable bibliographic research was carried out on the subject, and a critical analysis of the doctrine and institutes inherent to the criminal warrants was carried out, relating them to the provisional execution of the sentence.

Keywords: Human Rights; orders of criminalization; provisional execution; effectiveness of proceedings

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a proteção internacional do Direitos Humanos passou a ter uma proximidade maior com o Direito Penal, assumindo uma nova faceta, voltada para uma proteção maior das vítimas e para uma efetiva punição dos violadores dos Direitos Humanos.

Nesse cenário, surge a figura dos mandados de criminalização, como um dever, advindo da ordem internacional e da ordem interna dos Estados, direcionado ao legislador ordinário e ao julgador de tipificar e, efetivamente, punir determinadas condutas consideradas como graves violações dos Direitos Humanos.

No Brasil, as diretrizes dos mandados de criminalização entram em choque com a sistemática de aplicação da pena, recentemente alterada pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do HC 126292 / SP, quando a Corte Suprema passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, proporcionando uma punição mais célere aos acusados.

Ao longo deste trabalho, serão feitas considerações sobre os mandados de criminalização e a execução da pena. Será demonstrado que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP é o que melhor observa as obrigações impostas pelos referidos mandados, redundando em um contexto de maior proteção aos Direitos Humanos.

O artigo será desenvolvido a partir de uma análise crítica da doutrina e dos institutos inerentes aos mandados de criminalização, relacionando-os com a execução provisória da pena.

Para tanto, serão feitas considerações iniciais sobre a pluralidade de ordens jurídicas

e a necessidade de harmonização dos ordenamentos internos com a ordem internacional. Além disso, serão elencados alguns casos de previsão normativa expressa de mandados internacionais de criminalização no âmbito internacional e local, bem como serão relatados casos de reconhecimento da existência de mandados de criminalização implícitos.

Na seção seguinte, será feita uma análise pormenorizada do conteúdo e dos fins dos mandados de criminalização, relacionando-os com as dimensões dos Direitos Humanos, especialmente a dimensão objetiva.

Por fim, utilizando-se dos conceitos desenvolvidos nas seções anteriores, realizar-se-á uma relação entre os mandados de criminalização e a execução provisória da pena no Brasil, oportunidade em que será demonstrado que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP é o que melhor se adéqua as exigências advindas do referido instituto.

2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

O estudo sobre a proteção internacional dos direitos humanos passa por uma análise inicial sobre o direito das gentes, o qual fixa para os Estados uma série de direitos e obrigações. Esse direito, segundo Vattel, “não é originariamente senão o direito da natureza aplicado às Nações” (2004, p. 1 e 2).

Essa concepção de direitos e obrigações enraizada nos Estados é melhor caracterizada, atualmente, pela defesa dos direitos fundamentais e, sob um viés internacional, dos direitos humanos. Estes se caracterizam pela necessidade de se fixar um mínimo existencial de proteção à dignidade da pessoa humana, redundando em uma conjuntura que proporcione a efetiva proteção desses direitos.

Atualmente, esses direitos e obrigações dos Estados passam por um contexto de adequação diante da concepção pluralista de ordens jurídicas, resultante da expansão do Direito Internacional e das mudanças pelas quais vem passando o Direito Constitucional, em razão do neoconstitucionalismo e da abertura que está se submetendo ao Direito Internacional (RAMOS, 2011).

A pluralidade de ordens jurídicas deve ser melhor adequada por um viés de harmonia e de dissonância (RAMOS, 2011). A harmonia das diversas ordens deve acontecer por intermédio da aceitação das normas internacionais nos ordenamentos internos, mediante a formação de um bloco de constitucionalidade composto pelos preceitos normativos

internacionais. Pela dissonância, entende-se como o dever dos tribunais de evitar interpretações aos tratados internacionais que não estejam de acordo com o posicionamento adotado pelas cortes internacionais. Ao se ratificar um tratado e se reconhecer a jurisdição dos órgãos internacionais que o interpretam, o judiciário deve respeitar a interpretação internacional adotada.

No Brasil, a visão pluralista de ordens jurídicas tem gerado algumas divergências, em razão de o país aderir e acatar diversos diplomas internacionais, enquanto o Direito internacional tem expandido sua atuação por diversas áreas e temas englobando, inclusive, todos os ramos do direito, dentre os quais se encontra o direito penal, uma vez que, por outro lado, o direito internacional adota uma visão unilateralista internacional, ou seja, não admite o descumprimento de suas previsões normativas em razão de algum obstáculo do ordenamento interno (RAMOS, 2011). Corroborar esse entendimento a redação do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Sobre a conjuntura plural de ordens jurídicas, Ramos bem detalha a situação, ao afirmar:

o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional). (RAMOS, 2011)

Nesse contexto, ao mesmo tempo que o direito internacional vai se expandindo em termos quantitativos (maior produção, por exemplo, de tratados), há uma ampliação qualitativa, a partir da fixação de entendimentos por organismos internacionais, como, por exemplo, as Cortes Internacionais, fixando a posição a ser adotada pelos Estados em determinadas casos, independentemente da previsão normativa dos ordenamentos nacionais. Essa situação mostra-se mais presente no campo dos direitos humanos, visto que se busca, por intermédio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, “garantir o exercício dos direitos da pessoa humana” (PIOVESAN, 2010, p. 15).

No âmbito interno, segundo Piovesan, a proteção internacional dos direitos humanos poderá ser absorvida por meio da adoção de tratados que venham a: “a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contraria preceito constitucional” (PIOVESAN, 2010, p. 109). É necessário, portanto, que se adote sempre a previsão normativa que redunde em uma maior proteção dos direitos humanos.

Na seara criminal, surge a figura dos mandados de criminalização, que se apresentam

como uma obrigação dos Estados de criminalizarem e punirem determinadas condutas como forma de se implementar uma efetiva proteção aos direitos humanos. Em caso de violação desses direitos, o dever de intervenção punitiva do Estado se sobrepõe à respectiva soberania, que não pode servir de escudo para a impunidade (PASSOS, 2011).

A proteção internacional dos direitos humanos possui uma dupla relação com o direito penal e o direito processual penal (RAMOS, 2006). Fixa uma série de direitos e obrigações para o acusado, bem como impõe que as violações de direitos humanos sejam efetivamente punidas.

Surge, desse modo, a necessidade, por meio da punição, de trazer justiça às vítimas, visto que “a comunidade já não mais aceita a impunidade para crimes internacionais, para violações graves dos direitos humanos e do direito internacional humanitário” (TRINDADE, 2013, p. 109 e 110). Nesse ponto, destaca Trindade:

(...) reconhece-se hoje que os perpetradores de violações graves dos direitos humanos (Estados ou indivíduos), assim como os responsáveis por atos de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, devem responder judicialmente pelas atrocidades cometidas, independentemente de sua nacionalidade ou nível de hierarquia na escala do poder público estatal. (2013, p. 109)

A consagração efetiva do dever do Estado de punir penalmente àqueles que cometeram graves violações de direitos humanos ocorreu na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993 (RAMOS, 2006). Para tanto, basta analisar o teor da Declaração e Programa de Ação da referida conferência (1993).

Alguns diplomas internacionais, mesmo não fazendo menção expressa aos mandados de criminalização, serviram como fundamento inicial para a aproximação entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal. Nesse sentido, o art. 8 da Declaração Universal de Direitos Humanos, ao fixar que “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (ONU, 1948). Outros sustentáculos iniciais desses mandados estão presentes no art. 2, §3º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Outrossim, os mandados de criminalização estão previstos nos ordenamentos internos e no âmbito internacional, e pode se apresentar de maneira expressa ou implícita.

Em termos internacionais, a busca pela prevenção da violação de direitos humanos mediante a atuação do direito penal está presente, de maneira expressa, em alguns tratados internacionais de direitos humanos como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (art. 4.º), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (art. 4.º), a Convenção Interamericana para Prevenir e punir a Tortura de 1985 (art. 1.º), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a

Violência contra a Mulher (art. 7º, “d” e “e”), a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (art. 5º), o art. 6º do Estatuto de Roma (enquadra o crime de genocídio como delito internacional) e as quatro Convenções de Genebra de 1949 (consagram os crimes de guerra).

No Brasil, os mandados de criminalização previstos nos referidos diplomas internacionais foram consagrados na lei n. 9.455/97 (tortura), na lei n. 7.716/89 e no art. 140, §3º do Código Penal (crime de preconceito), nas leis n. 10.886/2004 e n. 11.340/2006 (violência contra a mulher) e na lei n. 2.889/1956 (genocídio). Ainda não há previsão, porém, de regulamentação interna inerente aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade.

Já os mandados internacionais de criminalização implícitos decorrem da atividade interpretativa dos tribunais internacionais. Um bom exemplo é o caso Velásquez Rodrigues (OEA, 1988), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, interpretando o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, consignou que a obrigação de os Estados efetivamente punirem quem viola os direitos humanos decorre do referido dispositivo. Mesmo posicionamento foi adotado no caso Suarez Rosero (OEA, 1997).

Observa-se, desse modo, toda uma estrutura normativa voltada à proteção dos direitos humanos, tendo como foco a vítima. Nesse sentido, a Resolução n. 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2005 (ONU, 2005), que consagra princípios voltados à reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos.

No âmbito nacional, os mandados da criminalização encontram sustentáculo principiológico em direitos como a proteção da liberdade, da honra, da imagem, do adolescente, da educação, dentre outros, e encontram-se devidamente demonstrados em alguns julgados, como o proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP. Esses mandados estão expressamente consagrados nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: a) art. 5, XLII (crime de racismo); b) art. 5, XLIII (crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo); c) art. 5, XLIV (ação de grupos armados); d) art. 7, X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); e) art. 227, §4º (crimes relacionados às crianças e aos adolescentes); f) art. 225 (crimes contra o meio ambiente).

Na próxima seção, serão feitas considerações sobre o conteúdo dos mandados de criminalização, seus efeitos e o âmbito de incidência.

3. CONTEÚDO E FINS DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Consagrou-se na doutrina que os direitos fundamentais possuem duas dimensões,

conforme consigna a teoria da dupla dimensão. Em razão dessa teoria, os direitos fundamentais (ou direitos humanos) possuiriam uma dimensão subjetiva (os beneficiários da proteção são dotados de direitos subjetivos) e outra objetiva (deveres de proteção por parte do Estado). A primeira dimensão diz respeito aos direitos dos indivíduos de proteção e de exigência de respeito frente ao Estado. Já a dimensão objetiva apresenta-se como um conjunto de regras que se impõe, normalmente ao Estado, objetivando que os direitos dos indivíduos sejam implementados e se desenvolvam (RAMOS, 2016, p. 267).

Por meio da dimensão objetiva, supera-se a relação indivíduo – Estado presente nos direitos humanos, passando-se para um aspecto institucional. Nessa última dimensão, resulta para o Estado a obrigação de proteger os titulares de direitos fundamentais de possíveis violações de direitos humanos advindas do Estado ou de particulares. A dimensão objetiva apresenta-se, em síntese, como uma regra de imposição de deveres. Nesse diapasão, pode se concluir que os direitos humanos possuem um aspecto individual (subjetivo) e um aspecto institucional (objetivo).

Em razão da dimensão objetiva, Ramos afirma que:

os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. (2006)

Em virtude da dimensão objetiva dos direitos humanos surge para o Estado uma obrigação de respeito em face dos direitos dos indivíduos (não fazer) e uma obrigação de garantia (fazer), que engloba, dentre outras atribuições do Estado, o dever de punir todas as violações de direitos humanos.

A dimensão objetiva dos direitos humanos consagrou “uma característica que, aparentemente, não era típica do regime jurídico de tais delitos: a busca pela proteção penal” (RAMOS, 2016, p. 271). A obrigação do Estado de proteção aos direitos humanos passa a incluir o direito penal como um dos seus mecanismos sancionatórios. Deve o Estado agir de acordo com “a natureza do delito e puni-lo à medida do interesse da ordem pública, da segurança da sociedade e do que ele indique sobre a maldade do culpado” (VATTEL, 2004, p. 121).

É nesse contexto que surgem os mandados de criminalização, estabelecendo uma nova relação entre o direito penal e a proteção internacional dos direitos humanos. Passa-se a dar grande relevância à proteção da vítima e à punição dos responsáveis.

Além disso, o direito penal passa a ser enquadrado como um mecanismo de proteção

dos direitos humanos, por intermédio dos mandados constitucionais de criminalização, “que são os dispositivos constitucionais que ordenam a tipificação penal de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios ou até tratamento prisional específico” (RAMOS, 2006).

Os ventilados mandados não são responsáveis pela definição de condutas incriminadoras ou mesmo de sanções. Fixam apenas a conduta a ser considerada criminosa. Feldens infere que “centra-se, a princípio, em uma *obrigação de caráter positivo* dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma *obrigação negativa*, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente” (2005, p. 75).

Nesse sentido, consigna Trindade “o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações.” (TRINDADE, 1999, p. 407).

A relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal ocorre nos momentos da tipificação dos fatos e da aplicação da lei existente. Na aplicação, busca-se o combate à impunidade, em face da eficiência do Estado, devidamente demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP. O Estado deve punir a todos que violarem direitos humanos, preferencialmente de maneira célere. A impunidade influencia outras pessoas a também cometerem crimes. Já a defesa dos direitos humanos passa necessariamente pela redução da impunidade.

O dever de efetiva punição das violações dos direitos humanos (ou fundamentais) decorre, portanto, da dimensão objetiva desses direitos. Há uma “situação de intrínseca conexão entre o dever de prestação normativa em matéria penal e o tema da prospecção objetiva dos direitos fundamentais” (FELDENS, 2005, p. 73)

O dever do Estado de prever e punir efetivamente determinadas condutas violatórias dos direitos humanos é, segundo os utilitaristas, essencial para se prevenir a prática de novos crimes. Ramos afirma que a punição criminal das pessoas que violarem direitos humanos possui eficácia preventiva específica e geral, ou seja, inibe o autor de praticar novas violações e impede que a impunidade contribua para novas violações de direitos humanos por outros indivíduos (2016, p. 272 e 273).

Nesse diapasão, a ação penal apresenta-se como um dever do Estado essencial para a prevenção de crimes que violam os direitos humanos. Os autores desses delitos passam a ter certeza de que serão punidos. Por isso, deve-se combater a impunidade. Além disso, quando os efeitos da decisão condenatória demoram a incidir, surge um contexto prejudicial à

sociedade, contribuindo para o desenvolvimento do sentimento de impunidade e aumento da criminalidade. Punições rápidas são essenciais para desestimular a prática de crimes, é nesse sentido, que surge com grande relevância o posicionamento do Supremo Tribunal Federal referido. Vale destacar que o comportamento criminoso em uma sociedade costuma variar de acordo com a possibilidade de efetiva punição (BECKER, 1968). Apenas um sistema de justiça eficaz, aplicado de maneira efetiva e célere, pode contribuir para a redução da criminalidade e de possíveis violações aos direitos humanos.

No âmbito interno, os mandados de criminalização possuem sede constitucional, algumas vezes de maneira implícita, como forma de se defender direitos enquadrados como fundamentais. Esses mandados devem “partir de *bases normativo-constitucionalistas*, e não propriamente dogmático penalistas” (FELDENS, 2005, p. 73). Possuem como destinatários o legislador ordinário e o julgador. O primeiro em razão do dever de elaborar o instrumento legal voltado a regulamentação dos mandados previstos na constituição. Ao julgador incumbe a aplicação das normas jurídicas incriminadoras de maneira efetiva.

A execução provisória da pena, consagrada no HC 126292 / SP e temática central deste artigo, relaciona-se com o dever do juízo de efetivamente punir as violações de direitos humanos, buscando evitar que novos delitos venham a ser praticados.

A incidência dos mandados de criminalização centra-se na observância do princípio da proporcionalidade, tanto na proibição de excesso, como, principalmente, na proibição da proteção deficiente. Dessa proibição surge para o Estado o dever de tutelar os direitos humanos de maneira adequada e eficaz. Com a proibição da proteção deficiente “pretende-se identificar um *padrão mínimo* das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela.” (FELDENS, 2005, p. 109).

O princípio da proporcionalidade será responsável, no que diz respeito aos direitos humanos, pela fixação dos parâmetros mínimos e máximos da atuação do Estado voltada à efetiva proteção dos referidos direitos. Segundo Streck “essa característica mostra-se mais visível quando falamos no Direito Penal” (2009,p. 65), o qual volta-se para a proibição de arbitrariedades, ao tempo em que protege direitos essenciais dos indivíduos e da sociedade.

Com relação aos mandados de criminalização, o aspecto mais importante da proporcionalidade é a proibição de proteção deficiente, que redundará da concepção moderna de Estado Democrático de Direito, o qual “não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato” (STRECK, 2009, p. 92).

A proibição da proteção deficiente só se perfaz presente quando se está diante de um

dever de proteção, como acontece com a proteção dos direitos humanos, que, por intermédio dos mandados de criminalização, busca assegurar que os direitos das vítimas e da sociedade serão resguardados em face de possíveis violações.

Observa-se, portanto, que os direitos humanos não estão submetidos apenas a um regime de proteção negativa (proibição do excesso), mas também a uma obrigatória proteção positiva (proibição da proteção deficiente), que obriga o legislador e o juiz a atuarem da maneira que melhor garanta a proteção dos direitos humanos.

Em seguida, será desenvolvida a temática central deste artigo, envolvendo a relação entre a execução provisória da pena no Brasil, consagrada no HC 126292 / SP, e os mandados internacionais de criminalização.

4. OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL

Mesmo diante da vigência da Constituição Federal de 1988, que adotou pela primeira vez de maneira expressa o princípio da presunção de inocência, a ser afastado apenas com a decisão condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que seria admissível a execução provisória da pena, não havendo inobservância, portanto, ao referido princípio. Nesse sentido, o acórdão proferido em razão do HC 68.726.

Esse posicionamento foi mantido até 2009, quando a Suprema Corte, na análise do HC n. 84.078, passou a entender que a execução provisória da pena está em desacordo com o princípio da presunção de inocência, é necessário, portanto, o trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento da pena.

Contudo, a discussão foi retomada, no dia 17 de fevereiro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal, no HC 126292 / SP, passou novamente a admitir a execução provisória da pena. Na oportunidade, consignou-se ser necessário mensurar a extensão do princípio da presunção de inocência diante da efetividade da jurisdição penal.

Destacou-se, ainda, que a previsão do princípio da presunção de inocência no ordenamento nacional resultou em um “modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista” (BRASIL, 2016). Nesse diapasão, consignou-se que a presunção de inocência deveria ser assegurada apenas até a decisão condenatória, especialmente com a confirmação da decisão em segundo grau de jurisdição. Ademais, os recursos extraordinários não discutem os fatos e as provas, não possuem efeito suspensivo, uma vez que, em nenhum

país do mundo, as execuções ficam suspensas no aguardo da decisão da Corte Suprema.

Outrossim, os recursos extraordinários não se voltam à discussão da justiça da decisão e, para serem admitidos, necessitam da demonstração da repercussão geral. Além disso, aguardar o julgamento dos recursos extraordinários estaria incentivando a interposição de recursos protelatórios, comprometendo a efetividade da jurisdição penal exigida pelos mandados de criminalização, daí a necessidade de se manter uma relação de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência com a efetividade do processo, conforme adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP. Tal equilíbrio é atingido pela execução provisória da pena.

Em termos jurídicos, a discussão sobre o cabimento ou não da execução provisória da pena no Brasil gira em torno da extensão do princípio da presunção de inocência. Neste artigo, porém, será realizada uma análise da ventilada decisão sob a perspectiva dos mandados internacionais de criminalização. A relação desses mandados com a execução provisória da pena envolve o aspecto da aplicação da lei penal. Vale lembrar que o Estado, ao aplicar a lei penal, deve se pautar pela eficiência e pela celeridade, buscando combater a impunidade e a ocorrência de novas violações de direitos humanos. A defesa desses direitos passa necessariamente pela redução da impunidade.

Com o novo posicionamento jurisprudencial, objetiva-se inibir a interposição de recursos meramente procrastinatórios pelo acusado, no intuito exclusivo de evitar o trânsito em julgado do processo, possibilitando a incidência de causas extintivas da punibilidade e, por conseguinte, o não cumprimento da pena.

O aguardo do trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para o início da execução da pena, se não houver recurso do Ministério Público, pode redundar na configuração da prescrição da pretensão executória. A jurisprudência, em especial o Superior Tribunal de Justiça, preceitua que, transitada em julgada a decisão para a acusação, ter-se-á o início do prazo prescricional, mesmo que a pena não possa ser executada. A depender dos diversos recursos interpostos pelo réu (recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração etc.), necessariamente acabará ocorrendo a prescrição sem que o cumprimento da pena tenha sido iniciado, ocasionando um possível contexto de impunidade de graves violações de direitos humanos, pois a exigência do trânsito em julgado se aplicaria a todo e qualquer crime, mesmo envolvendo violação de direitos humanos.

Ademais, a não punição de graves violações de direitos humanos fortalece na sociedade o sentimento de injustiça e de descrença no direito penal e no direito processual penal, incentivando novas práticas delitivas. Resulta, por conseguinte, em um contexto de

proteção deficiente dos direitos humanos, que é rechaçado pela comunidade internacional.

A necessidade de uma punição célere em face de violações de direitos humanos, a ser atingida pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é essencial para que ocorra a efetiva punição de graves violações aos direitos humanos.

Seguindo esse entendimento, em 1997, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Genie Lacayo (OEA, 1997) condenou a Nicarágua por grave violação aos direitos humanos por injustificadamente demorar em punir os responsáveis pela morte de Jean Paul Genie Lacayo. Além de se reconhecer o direito à vida como um direito essencial, consignou-se que havia sido violado o devido processo legal, a ensejar em uma injustificada inobservância desse direito fundamental. Consagrou-se, nesse caso, o direito da vítima de exigir, de maneira célere, a punição dos autores da prática delitiva violadora dos direitos humanos.

Nesse diapasão, só haverá um contexto de efetiva observância dos mandados de criminalização e, por conseguinte, de proteção aos direitos humanos por intermédio de um processo penal célere e que proporcione uma efetiva e rápida punição aos autores de graves violações aos direitos humanos, que, no Brasil, poderá ocorrer por meio da adoção da execução provisória da pena, conforme consignado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP.

Vale destacar que os direitos fundamentais são de cunho jurídico-positivo, não se resumindo à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do poder público. São “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”. Voltam-se, portanto, para uma atuação do Estado (perspectiva positiva) e não apenas para uma abstenção (perspectiva negativa) diante do indivíduo. Tais direitos devem ser analisados não só sob o ângulo individual, mas também sob o enfoque da sociedade, “podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.” (SARLET, 2017).

Uma das principais funções dos direitos fundamentais, sob o viés objetivo, é o dever geral do Estado de efetivá-los, consistente na obrigação de proteção ao indivíduo e à sociedade, que, na esfera do cumprimento da pena, será efetivamente atingido mediante a execução provisória da pena.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, foram feitas considerações sobre os mandados de criminalização e sua previsão no âmbito internacional e nacional. Restou demonstrada a importância desse instituto na busca por uma efetiva proteção dos direitos humanos, mediante o respeito dos interesses das vítimas e a efetiva punição dos violadores dos referidos direitos (direitos humanos).

Expôs-se a maior proximidade que os Direitos Humanos atualmente possui com o Direito Penal, redundando, inclusive, no surgimento do instituto dos mandados de criminalização, que estão intrinsecamente relacionados com a dimensão objetiva dos direitos humanos.

Por fim, demonstrou-se que a efetiva proteção dos Direitos Humanos, advinda dos mandados de criminalização, só poderá ser alcançada em um contexto de punição célere / efetiva, e esta, no Brasil, poderá ser melhor atingida por intermédio da execução provisória na pena, adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126292 / SP. Decisão que demonstra uma atuação do Estado voltada à proteção positiva (proibição da proteção deficiente) dos direitos fundamentais, por meio da qual surge a obrigação para o legislador e para o juiz de atuarem da maneira que melhor garanta a proteção dos direitos humanos

Com o início mais rápido do cumprimento da pena, evitar-se-á que graves violações de Direitos Humanos não sejam punidas - mesmo o acusado já tendo sido condenado - em razão, por exemplo, da incidência da prescrição, ante o entendimento jurisprudência atualmente adotado sobre o início da prescrição da pretensão executória, conforme exposto no tópico anterior.

Por meio do entendimento fixado no HC 126292 / SP, cria-se uma relação de equilíbrio entre os direitos fundamentais do acusado e os direitos da vítima e da sociedade de uma sociedade justa e segura, na qual todo aquele que comete um crime, especialmente os que resulte em uma grave violação de direitos humanos, seja punido.

REFERÊNCIAS

BECKER, G. S. **Crime and punishment: An economic approach**. Journal of Political Economics n. 76, p. 169-217, 1968.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 6 maio 2016.

BRASIL. **Decreto n. 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 2 maio 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 68.726, decisão de 28 de junho de 1991, DJ de 20 de novembro de 1991. Disponível em: <<<[&doc ID =71186](http://redir.stf.jus.br/pagi_nadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=AC)>. Acesso em: 12 de abril de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84078 / MG, julgamento em 5 de fevereiro de 2009, DJe-035 de 26 fevereiro 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+84078.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>> Acesso em: 21 abril 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 126292 / SP, julgamento em 17 fevereiro 2-16, Dje-100 de 17de maio de 2016. Disponível em: <<<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg nos EDcl no AREsp 222566 /DF, julgamento em 7 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-e-special-agrg-nos-edcl-no-are-sp-222566-df-2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355>>. Acesso em: 20 abril 2016.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OEA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Genie Lacayo, sentença de 29.01.1997.

OEA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Suarez Rosero, sentença de 12.11.1997.

OEA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Velasquez Rodrigues, sentença de 29.07.1988.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>>>. Acesso em: 11 abril 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>> Acesso em: 6 maio 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 14 abril 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005**. Disponível em:< http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_29.htm> Acesso em: 14 abril 2017.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. **Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de Direitos Humanos**. PUC, São Paulo – SP, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e O Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 11.ª edição, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas da Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências**, v. 62, p. 9 - 55, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova Perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 4 mar 2017.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília – DF, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Tradução Vicente Marotta Rangel. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2004.