

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA – FIC

FREDERICO MICHAEL PLACIDES DE SOUZA

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA

CARATINGA

2016

FREDERICO MICHAEL PLACIDES DE SOUZA

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador: Almir Lugon

CARATINGA

2016

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, Senhor de minha vida;

Aos meus familiares, que estiveram comigo, sempre apoiando nos momentos de adversidades;

Aos amigos, que entenderam minha ausência neste período de luta e não me deixaram desanimar;

Aos professores, que transmitiram com tanto afinho os conhecimentos durante estes cinco anos de curso.

Ao orientador Almir Lugon, pela paciência no período de orientação e por não me deixar desistir.

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa a todos aqueles que buscam no Direito uma maneira de construir uma sociedade mais justa, onde os direitos de todos sejam preservados.

“Que os outros se vangloriem das páginas que escreveram; a mim me orgulham as que li”.

Jorge Luís Borges, escritor argentino.

RESUMO

A presente pesquisa aborda a questão da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Mesmo diante do exposto no art. 5º, inciso LVIII, que diz que não ninguém será considerado culpado sem sentença condenatória, compreendendo que sem trânsito em julgado não existe culpa. No entanto, o art. 283 do Código de Processo Penal, pela nova redação de 2011 traz essa possibilidade. Por isso, buscou-se abordar nesta pesquisa a inconstitucionalidade desse dispositivo, pois contraria claramente o expresso pela Constituição Federal de 1988, relatando os princípios do Direito Processual Penal envolvidos na questão, além de citar a questão da inconstitucionalidade e da possibilidade apresentada pelo STF.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</u>	<u>11</u>
<u>1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</u>	<u>15</u>
<u>1.1 Formas de Controle.....</u>	<u>17</u>
<u>1.2 Efeitos das Decisões.....</u>	<u>20</u>
<u>1.2.1 Controle Difuso.....</u>	<u>21</u>
<u>1.2.2 Controle Concentrado.....</u>	<u>21</u>
<u>2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....</u>	<u>23</u>
<u>2.1 Princípio do Devido Processo Legal.....</u>	<u>25</u>
<u>2.2 Princípio da Presunção da Inocência.....</u>	<u>26</u>
<u>3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....</u>	<u>29</u>
<u>3.1 Da Inconstitucionalidade.....</u>	<u>29</u>
<u>3.2 ADC 43 e 44: Ações Sobre o Reconhecimento de Presunção de Inocência.....</u>	<u>32</u>
<u>3.3 STF: Possibilidade de Execução Provisória de Pena.....</u>	<u>34</u>
<u>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>38</u>
<u>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>39</u>

INTRODUÇÃO

O que se buscou abordar nesta pesquisa é a questão da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Mesmo que a Constituição Federal de 1988 destaque em seu art. 5º, inciso LVIII que ninguém poderá ser culpado sem sentença condenatória, e sentença essa transitada em julgado, a nova redação do art. 283 do CPP apresenta a possibilidade de entendimento do cumprimento da pena antes da sentença final.

Neste caso estão envolvidos os princípios do Direito Processual Penal, que são os do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência, que garantem que o acusado não poderá iniciar o cumprimento da pena antes que esta seja proferida, pois sem sentença não há condenação.

Em votação realizada pelo STF o entendimento ficou de que havendo condenação em segunda instância, poderá iniciar o cumprimento da pena enquanto aguarda o recurso.

No caso específico do HC 126292/SP, tendo como Ministro Relator Teori Zavascki, que foi julgado em 17 de fevereiro de 2016, com a prolação de acórdão condenatório em 2º grau não se considera que haja prejuízo ao princípio da presunção da inocência, já que o réu recebeu sentença condenatória.

De acordo com o art. 637 do CPP e do art. 27, parágrafo 2º da lei 8.038/90, o recurso especial e/ou recurso extraordinário não possuirão efeitos suspensivos nesses casos, mesmo que tenha sido interposto pela parte, pois a decisão recorrida ainda produz efeitos enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

O Min. Teori Zavascki defendeu que:

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.

Ao analisar o tema proposto, buscou-se uma metodologia que apresentasse condições de solucionar os nós que foram encontrados durante a pesquisa. Optou-se por uma metodologia que se embasasse em doutrina, jurisprudência e no ordenamento jurídico pátrio. O estudo pode ser considerado como interdisciplinar, trabalhando em conjunto o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal.

A divisão da pesquisa se deu em três capítulos. O primeiro aborda a questão do controle de constitucionalidade, nas formas de controle, do controle difuso e do concentrado. O segundo capítulo trata dos princípios do Direito Processual Penal, com o foco nos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. O terceiro e último capítulo aborda a questão da inconstitucionalidade e da possibilidade trazida pelo STF nestes casos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O ordenamento jurídico pátrio é composto de diversas categorias normativas, haja vista a necessidade de uma condição hierárquica para as normas, visando uma segurança para o sistema legal nacional, para que assim, seja mais fácil saber a qual norma se deve obedecer.

Ao ser concebida como ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade, a Carta Política do Estado externa-se com posição de supremacia, encontrando-se nela, além de normas, uma ordem de valores, que se expressa no conteúdo de direito que não pode ser desatendido pelas normas ditas infraconstitucionais. Representa ela, pois, a expressão do acordo de vontades políticas desenvolvida numa democracia, que viabiliza a concretização das pretensões sociais de determinado grupo, indo além daquilo que diz respeito aos seres humanos, abrangendo inúmeros fatores que influenciam na construção de um espaço digno, a exemplo do meio ambiente, espaço urbano, bem como preocupação com a manutenção de desenvolvimento para gerações futuras¹.

Se por algum motivo essa hierarquia não é respeitada, se fica frente a um colapso jurídico, não observando o objeto primeiro de regência daquilo que compõe cada norma.

Para obviar esse mal é que a ciência do direito constitucional, em boa hora, municiou o jurista com o princípio segundo o qual a norma legal só tem eficácia, na medida em que não arrosta qualquer norma integrante da constelação constitucional. Por essa breve síntese já se permite, por lógica concluir que existe um verdadeiro primado da norma constitucional sobre as demais normas integrantes do sistema positivo reinante nos países democratas².

Conforme a própria etimologia que a palavra traduz, inconstitucional é toda norma ou ato normativo que vai de encontro às normas constitucionais, ou seja, que preconiza algo contrário já descrito anteriormente pela Constituição.

¹ GUEDES, Igor Gadelha. Sistemas e Tipos de Controle de Constitucionalidade. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24299/sistemas-e-tipos-de-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 09 de outubro de 2015.

² LACERDA, Belizário Antônio de. Inconstitucionalidade ou Ilegalidade do Ato Administrativo Normativo? Disponível em: <http://www.angelfire.com/mt/belizario/artigo1.html>. Acessado em 11 de outubro de 2015.

É preciso compreender que a colisão da Constituição com a norma ou ato normativo deve ser de caráter material, ou seja, a "contraditio" entre elas.

Neste sentido, Jorge Miranda preleciona que constitucionalidade e inconstitucionalidade devem designar conceitos de relação, ou seja, "a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido³".

Pelo supracitado, a inconstitucionalidade pode se caracterizar diante de significativa alteração das relações fáticas. Isto posto, uma norma que não era considerada como inconstitucional à época em que foi editada, pode tornar-se, devido às mudanças, passível de reprovação no ordenamento jurídico, ocorrendo, assim, o processo de inconstitucionalização.

Outro ponto de discussão é com relação à mutação constitucional devido à uma nova interpretação dada à Constituição. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendestraz à luz do seu pensamento:

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução da jurisprudência e, especialmente, a possível mutação constitucional, decorrente de uma nova interpretação da Constituição. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, sobretudo, do processo constitucional.⁴

Por tudo que foi aqui descrito, pode-se dizer que as alterações das relações práticas podem influenciar diretamente o sentido da norma desenhada pelo constituinte e, devido a isto, uma norma que era anteriormente considerada constitucional no seu todo tanto material quanto formal passa a ser inconstitucional por não ser mais suficiente para disciplinar.

Este exemplo se encaixa no tema escolhido neste estudo, que é a inconstitucionalidade da execução provisória de pena, que segundo a Constituição Federal de 1988 não pode ser realizada, pois para prisão é preciso condenação, para não ferir assim, os princípios do Direito Processual Penal.

O princípio do devido processo legal consta legitimado na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LIV, e visa assegurar ao litigante as garantias

³MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.p.273-274.

⁴ Idem.

de que independente da parte em que o processo se encontra, este se desenvolverá de acordo com o descrito no ordenamento jurídico, não podendo ter sua supressão com prejuízo para qualquer uma das partes.

É por causa desse princípio também que se proíbe a admissão de provas ilícitas ao processo, e caso essa garantia não seja respeitada, ocorre a sanção de nulidade em conformidade com o acolhido pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, essa vedação não é absoluta, haja vista que deve-se considerar o princípio da proporcionalidade, no intuito de que não ocorra grave prejuízo material ao direito apenas no atendimento a um procedimento.

O princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade também está alicerçado no art. 5º, Inciso LVII da Constituição Federal de 1988, onde consta de que ninguém poderá ser considerado culpado sem sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado.

Devido a este princípio, é preciso que se estabeleça todo um sistema acusatório por parte de um órgão público com o objetivo de alegar e provar os fatos criminais e a culpa do réu. No entanto, em decisão recente, o STF tem entendido que há possibilidade de prisão caso o réu já tenha recebido sentença em segundo grau, e poderá ser recolhido enquanto espera tramitação de recurso.

Há de se considerar a supremacia da Constituição, e por isso a necessidade de se preservar seus princípios, conforme afirmado por Luís Roberto Barroso⁵:

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados. Cabe indagar: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente? O domínio adequado desses conceitos e a uniformização da terminologia, nem que seja por mera convenção, ajudam a superar dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real.

⁵BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p.24.

Por isso, buscou abordar o caso da inconstitucionalidade da execução provisória de pena, vislumbrando o previsto na Constituição Federal de 1988, e a decisão do STF.

1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade nada mais é do que verificar se as normas infraconstitucionais estão adequadas à Constituição, observando verticalmente se atos legislativos ou normativos estão em conformidade com a Carta Magna.

Alexandre de Moraes⁶ conceitua o procedimento, como “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

É um procedimento rígido constitucionalmente, ligado à supremacia da Lei Maior do país sobre todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico, visando, dentre outras coisas, a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Quando se fala em rigidez constitucional é preciso compreender que este termo é utilizado por causa da dificuldade para modificar as normas e determinações ali contidas, já que é da Constituição Federal que emana a supremacia, a autoridade estatal e os direitos e garantias fundamentais para a vida em sociedade.

Neste sentido, Alexandre de Moraes⁷ segue dizendo:

A existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Outro ponto importante a ser destacado é que nas constituições, o caráter rígido salienta a superioridade da Carta Magna em relação aos demais dispositivos legais produzidos pelo Poder Legislativo, exercido em sua função ordinária.

Desta forma, faz-se necessário estabelecer métodos que preservem o bom funcionamento do Estado, com o cumprimento dos preceitos constitucionais. Mas quando dispositivos contrários ao estabelecido pela

⁶MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p.627.

⁷Idem. p.635.

Constituição aparecerem no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se propor meios de reestabelecer a ordem, conforme citado por Vânia Hack de Almeida⁸: “Maculada a ordem constitucional, através de atos inconstitucionais, faz-se necessário que se restabeleça a unidade ameaçada”.

É preciso, portanto, estabelecer um controle de constitucionalidade, para que a norma maior do país não se torne flexível e coloque em xeque tanto a soberania quanto os direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, Paulo Bonavides⁹ destaca:

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

A partir do momento em que os direitos fundamentais são protegidos pela Constituição Federal e esta não é flexível, atos inconstitucionais são impugnados.

Essa proteção oferecida pela Constituição abrange as diversas gerações de direitos fundamentais. O Relator Ministro Celso de Mello¹⁰ destaca, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.

⁸ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. P.13

⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p.297.

¹⁰MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95

O controle de constitucionalidade não deve ser realizado somente em sentido vertical, devendo ser realizado de maneira direta e imediata, para que no sentido horizontal haja eficácia dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, por meio das palavras do Ministro Gilmar Mendes¹¹, tratou da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais na seguinte decisão:

Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do Ecad e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/1988).

Diante do exposto, ressalta-se que o controle de constitucionalidade se configura como instrumento necessário na supremacia de direitos e garantias fundamentais, que são protegidos pelos dispositivos constitucionais, limitando ao Estado sua intervenção, destacando deveres e competências na assistência à população e das políticas públicas que serão estabelecidas, garantindo que o estado democrático de direito se efetive. Portanto, deve-se compreender quais formas de controle podem ser utilizadas nesse processo.

1.1 Formas de Controle

¹¹RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006

O controle de constitucionalidade pode ser de caráter preventivo ou repressivo. O preventivo é aquele que se realiza na formação de ato normativo, ou seja, durante o processo legislativo, anterior ao ingresso do dispositivo no ordenamento jurídico. Já o repressivo ocorre após o fim do processo legislativo, quer dizer, quando não é mais projeto de lei. Dentro do controle repressivo, este pode ser realizado sob dois aspectos: o concentrado e o difuso.

Alexandre de Moraes¹² aborda os dois casos dizendo: “enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o controle repressivo busca dele expurgar a norma em desrespeito à Constituição.”

Quanto ao controle concentrado, também chamado de abstrato, reservado ou via de ação, seu exercício se dá por juiz ou tribunal em todas as esferas normativas (federal, estadual, distrital e municipal) que são subordinadas e este controle desde que respeitada a competência do órgão jurisdicional.

A declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado visa declarar inconstitucional a lei ou ato normativo, mesmo que não exista caso concreto, pois a invalidação de lei inconstitucional garantirá a segurança nas relações jurídicas.

Como espécies de controle concentrado de constitucionalidade encontram-se, baseadas na Constituição Federal de 1988: a ação direta de inconstitucionalidade (genérica, interventiva, por omissão), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade, tanto a genérica, interventiva quanto por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade estão descritas nos art. 36 (inciso III), 102 (inciso I, a) e 103 (parágrafo 2º) da Constituição Federal de 1988¹³:

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

(...)

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

(...)

¹²MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p.652.

¹³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 de novembro de 2016.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

(...)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

A análise das normas criadas pelo legislativo deve passar, conforme citado, por análise para se saber se não vai em sentido contrário à Constituição Federal, colocando em risco direitos e garantias constitucionais.

Já em caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, este se encontra no art. 102, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988¹⁴:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Percebe-se que no texto supramencionado tanto as ações diretas de inconstitucionalidade quanto os casos de arguição de descumprimento de preceito fundamental serão analisadas e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao controle difuso, concreto ou aberto ou conhecido como via de exceção, nada mais é do que a permissão a juiz ou tribunal, enquanto realiza análise do caso concreto, conferir compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.

¹⁴Idem.

É de competência do Supremo Tribunal Federal julgar as ações de inconstitucionalidade, mas não é realizado de modo exclusivo, conforme preleciona Pedro Lenza¹⁵:

Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades

Essa análise é realizada não sobre o objeto da lide, mas sim sobre a questão prévia, que é indispensável para que ocorra o julgamento do mérito. A declaração de inconstitucionalidade isenta o sujeito do cumprimento da lei ou da norma em questão.

1.2 Efeitos das Decisões

De maneira geral, os efeitos relativos às sentenças não podem extrapolar os limites da lide, pois há necessidade de se atentar para as partes litigantes.

Quando o controle constitucional difuso é realizado de maneira incidental, os efeitos das decisões são interpartes (ex nunc) e na declaração de que a lei é inconstitucional os efeitos podem ser pretérios, podendo produzir efeitos retroativos.

No entanto é preciso que se atente para o fato de que existem mecanismos que possibilitam que os efeitos da decisão sejam estendidos a terceiros (erga omnes), sendo a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a aprovação de súmula vinculante.

Desta forma, neste tópico estão descritos os efeitos das decisões no controle difuso e no controle concentrado, visando trazer pontos importantes sobre esses controles de constitucionalidade.

¹⁵LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239

1.2.1 Controle Difuso

O controle difuso é considerado como aquele que pode ser feito por todos os juízes, desde que estejam analisando um caso concreto. No que diz respeito ao questionamento sobre a constitucionalidade da norma, este é realizado por meio da via defesa ou exceção e acarretando uma questão incidental.

De acordo com Walber de Moura Agra¹⁶:

A importância do controle difuso não decorre de reminiscências históricas no Brasil. Ele se constitui na garantia constitucional de acesso mais fácil à cidadania e no meio mais eficaz de concretização dos direitos fundamentais. De forma alguma se pode pensar em suprimi-lo, mas remodelá-lo para se adequar às novas exigências da sociedade atual. Pela maior participação das partes no controle difuso, sua legitimidade procedimental sofre forte incremento, acrescido do fato de que como qualquer instância pode decidir a respeito, seu caráter dialógico – aberto – é muito maior. Por outro lado, como todo cidadão que sofre uma lesão tem competência para impetrar esse tipo de controle, ele se configura como instrumento imprescindível para a concretização dos mandamentos constitucionais.

Desta forma, compreende-se que o juiz, antes de analisar o mérito da ação, precisará, em um primeiro momento, decidir se considerará a norma constitucional ou inconstitucional. Se caso for constitucional, passará à aplicação da norma como é de costume, observando o fato e julgará o mérito da maneira como está previsto na norma. Em sendo a norma inconstitucional, não realizará a aplicação da norma por reconhecê-la como sendo inconstitucional, e ela não será considerada no momento da decisão.

Mesmo assim, a norma, mesmo que inconstitucional, e ainda que não aplicada pelo magistrado no caso concreto analisado, continuará no ordenamento jurídico, isto porque, a lide em questão não se constituiu para obter o afastamento da norma de seu caso concreto.

1.2.2 Controle Concentrado

¹⁶AGRA, Walber de Moura. O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 221.

Quando se fala em controle concentrado, é preciso ressaltar que a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A provocação deverá se pautar no art. 103-A da Constituição Federal de 1988:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Pelo exposto, vale ressaltar que a provocação é realizada por um dos legitimados: do legislativo os responsáveis são o Presidente da República, Governadores dos estados ou do Distrito Federal; do legislativo são a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, as mesas das Assembleias Legislativas dos estados e do Distrito Federal; o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ou partidos políticos com representação no Congresso Sindical e até mesmo Confederação Sindical e alguma entidade de Classe de expressividade nacional.

Em tese, a norma que for analisada passará por análise abstrata, já que a constitucionalidade da mesma é o mérito da ação. Assim sendo, a decisão deverá ser vinculada tanto aos órgãos do poder Judiciário quanto da Administração Direta em todas as esferas, não podendo essa norma ser aplicada novamente a mais ninguém.

2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

De modo geral, os princípios são os alicerces que fundamentam uma legislação no ordenamento jurídico, podendo estar positivados ou implícitos,

atrelados a uma decisão lógica, que deverão ser observados pelo legislador, aplicador e intérprete da lei.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Princípio jurídico, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹⁷

Além de servir de base para formulação de outras normas, serve como referência para dirimir problemas em função da desarmonia do ordenamento, além de orientar a interpretação da aplicação de normas, serve como meio supletivo em função da falta de norma, regular a estrutura organizacional do Estado e projetar as leis sobre a sociedade.

Sua previsão está tanto no Código de Processo Penal quanto na Constituição Federal de 1988, sendo que alguns destes princípios são objetos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais no que tange aos benefícios e consequências de sua aplicabilidade.

Os princípios processuais penais são: princípio do devido processo legal; princípio da presunção de inocência; princípio do juiz natural; princípio da legalidade da prisão; princípio da publicidade; princípio da verdade real; princípio do livre convencimento; princípio da oficialidade; princípio da disponibilidade; princípio da oportunidade; princípio da indisponibilidade; princípio da legalidade.

Para que os princípios processuais penais sejam aplicados de maneira adequada é preciso que o operador do direito possua conhecimento sobre as peculiaridades e efeitos de cada princípio e da sua interligação, para que assim se possua uma visão ampla sobre eles, de forma que a justiça seja alcançada, de forma efetiva, para que não existam arbitrariedades em casos concretos.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.665.

Por isso é preciso considerar a relevância do tema, além dos seus efeitos potenciais não somente para o agente, mas também para a aplicação dos princípios do Direito Processual Penal e como essas questões refletem no meio social. Por isso, são abordados nesta pesquisa, especificamente, o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Presunção de Inocência.

2.1 Princípio do Devido Processo Legal

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à ampla defesa foi elevado à categoria de princípio constitucional, com a sua inclusão no artigo 5º, inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".¹⁸

Quando se fala em devido processo legal, Tucci e Tucci¹⁹ destacam que seu objetivo é a imperiosidade num Estado Democrático de Direito:

- a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process law, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);
- b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o 'processo' (judicial process); e,
- c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Compreende-se, portanto, que esta é uma garantia constitucional, devendo assim, esse princípio ser observado em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos. O art 5º da constituição Federal, inciso LIV, ainda assegura que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"²⁰. Neste sentido, compreende-se bens como sendo os

¹⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 28 de novembro de 2016.

¹⁹TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. P.18-19

²⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 28

materiais e os imateriais, já que na ação a discussão estabelecida pode ser sobre interesses não materiais, como é o caso da honra, da dignidade da pessoa humana.

Alexandre de Moraes²¹ assevera:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa .

Desta forma, destaca-se que o devido processo legal é aquele empregado no sentido estrito, válido tanto no processo judicial quanto no administrativo, com vistas a assegurar ao litigante os direitos relativos ao âmbito do processo no qual tomou parte.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos²², em seu art. 8º, traz o princípio do devido processo legal como uma garantia judicial:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse aspecto processual é que o princípio do devido processo legal traz como garantias complementares como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e assim, garante a todos condições justas de defesa e julgamento.

2.2 Princípio da Presunção da Inocência

de novembro de 2016.

²¹MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. P.121

²²DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1948. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/internacionais/declaracao_universal_dos_direitos_humanos.html>. Acessado em 28 novembro de 2016

A Constituição Federal de 1988 prevê a garantia do Princípio da Presunção da Inocência declarando em seu art. 5º, inciso²³, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgamento da sentença penal condenatória”. Nestes termos, compreende-se que o acusado de um crime não pode ser imputado culpa de forma imediata sem que haja o devido processo legal e que seja proferida sentença penal condenatória.

De acordo com o Pacto de San José da Costa Rica²⁴ estabelecido em 1969, tendo o Brasil como signatário, também traz a garantia desse princípio:

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Percebe-se que esta garantia é presente não somente na legislação brasileira, mas em dispositivos internacionais aos quais o Brasil é signatário, sendo assim resguardado em casos de prisão e processos tanto no território nacional quanto internacional.

O direito à liberdade é tutelado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, caput, constando como direitos e garantias fundamentais. Não é possível que se permita que este princípio seja ferido, pois não há como condenar alguém sem o devido julgamento legal e com sentença penal proferida. No entanto, ocorre comumente que a mídia exponha em demasia um

²³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acessado em 28 de novembro de 2016.

²⁴CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). In: Ministério da Justiça do Brasil – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm. Acessado em 30 de novembro de 2016.

acusado e este acabe sendo condenado pela sociedade sem que haja por parte dele direito de defesa.

Segundo Aury Lopes Junior²⁵:

(...) a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência pode ser violado por influência da mídia pela veiculação exacerbada de notícia deixando a entender que o acusado possui culpa, fazendo com que a sociedade o incrimine, e mesmo que seja provada sua inocência, os danos à sua dignidade e sua honra são irreparáveis.

Antes de ser considerada a pessoa culpada ela não pode receber nenhum tratamento desumano, caso contrário não teria nenhum sentido a existência de proteção dos direitos fundamentais, que são elementos intrínsecos a própria dignidade de qualquer ser humano. Esses valores são elementos da própria vida, imanentes ao indivíduo que vai propiciar o progresso da pessoa na família, na sociedade no trabalho e por toda a sua existência.

Os princípios são dotados de elasticidade para que possam atingir sua finalidade maior, proporcionando uma aplicação adequada da norma através da analogia. O legislador quando vota a lei, pode deixar de abranger uma disposição que regule especialmente determinada matéria e pode ocorrer que depois de iniciada a vigência da lei, é possível que pela complexidade do convívio social sugira situações não previstas. Surge assim a analogia como subsidio certo, preenchendo o que faltou na norma para resolver o problema não diretamente referido.²⁶

Nesse entendimento Norberto Bobbio destaca que:

²⁵JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 778

²⁶Declaração Universal dos direitos Humanos. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm acesso em 19 de Maio de 2011.

O raciocínio por analogia é um tipo de raciocínio bem conhecido pela lógica. (...). Ainda em sua explicação acrescenta que: “Esse raciocínio é um instrumento fundamental da jurisprudência e é reconhecido explícita ou implicitamente por todos os ordenamentos”.²⁷Inclusive reconhecido na Lei de introdução ao Código Civil em seu art. 4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”²⁸.

Atualmente se defende que não há um valor maior do que o da pessoa humana, a primazia do coletivo não pode superar ao valor da pessoa humana. Neste sentido o princípio em questão é considerado absoluto. Os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância que as regras não tem. Os princípios são normas que determinam que algo seja realizado dentro das possibilidades reais jurídicas existentes.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

3.1 Da Inconstitucionalidade

Considera-se que o modelo de Estado adotado pelo Brasil foi o Estado Liberal, conhecido por Estado do Bem Estar Social, que foi registrado nos meados do século XX e que falhou em suas metas; pois buscava uma ampliação da forma de atuação do Estado com o sem a compreensão do que

²⁷BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 216.

²⁸VadeMecum. **Lei de Introdução ao Código Civil n.4657 de 04 de setembro de 1942**. São Paulo, Saraiva, 2007.

poderiam ser os serviços essenciais, implicando assim, em um alto custo operacional que não se pôde arcar.

Nesta linha de pensamento, Rafael Silva Paes Pires Galvão, destaca:

Ademais, a constante diminuição dos vencimentos, a ampliação da corrupção, corporativismo, foram fatores, entre muitos, que fizeram com que o sistema não perdurasse. Teve-se uma queda na qualidade dos serviços e a falência de muitos setores vitais para a sociedade. O ímpeto dos particulares em expandir seus negócios em áreas de alta lucratividade e a inoperância do Estado foi o binômio que ensejou a sua mudança para o um agente regulador e normativo da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, no molde esculpido pelo artigo 174 da Constituição Federal. Entretanto o novo modelo não prescinde das atividades essenciais (CF/88, art. 175) e de explorar diretamente a atividade econômica quando necessária ao imperativo nacional ou ao relevante interesse público (art. 173, CF/88)²⁹.

O Estado precisa, até certo ponto intervir na vida da sociedade. Para manter um Estado Democrático de Direito, a União possui diversas funções, tanto reguladoras quanto mediadoras.

Pelo supracitado, a inconstitucionalidade pode se caracterizar diante de significativa alteração das relações fáticas. Isto posto, uma norma que não era considerada como inconstitucional à época em que foi editada, pode tornar-se, devido às mudanças, passível de reprovação no ordenamento jurídico, ocorrendo, assim, o processo de inconstitucionalização.

Outro ponto de discussão é com relação à mutação constitucional devido à uma nova interpretação dada à Constituição. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendez traz à luz do seu pensamento:

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução da jurisprudência e, especialmente, a possível mutação constitucional, decorrente de uma nova interpretação da Constituição. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, sobretudo, do processo constitucional.³⁰

²⁹ GALVÃO Rafael Silva Paes Pires. Competência Legislativa dos Entes Federados. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6139/competencia-legislativa-dos-entes-federados-atinente-aog-natural>. Acessado em 21 de novembro de 2016.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

Por tudo que foi aqui descrito, pode-se dizer que as alterações das relações práticas podem influenciar diretamente o sentido da norma desenhada pelo constituinte e, devido a isto, uma norma que era anteriormente considerada constitucional no seu todo tanto material quanto formal passa a ser inconstitucional por não ser mais suficiente para disciplinar.

Com vistas ao exposto, destaca-se a mudança de entendimento pelo STF ocorrida em fevereiro de 2016 quanto à validade do princípio de presunção de inocência quando se trata de execução provisória de pena.

Em decisão anterior, HC 84078, o Relator Ministro Eros Grau³¹ proferiu o parecer do STF em 05 de fevereiro de 2009 desconsiderando a possibilidade de que houvesse execução provisória de pena. O relatório do referido ministro destaca:

A nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5 o. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esse posicionamento destaca a consolidação do pensamento de que somente o trânsito em julgado de decisão penal condenatória é instrumento hábil para que seja executada a pena, não havendo assim, a possibilidade de execução provisória, quando ainda há recursos ou julgamentos pendentes de serem realizados.

O Relator Ministro Eros Grau³² segue dizendo:

³¹HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Ministro Relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acessado em 29 de novembro de 2016.

³²HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Ministro Relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acessado em 29 de novembro de 2016.

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se 'hurlent de se trouver ensemble'". Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da "antecipação provisória do cumprimento da pena". Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente --- e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia; porque as palavras são terríveis, denunciam, causticamente --- anoto a circunstância de o vocábulo antecipada, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada.

Neste HC havia consolidação de posicionamento de que somente sentença penal condenatória após trânsito em julgado poderia dar início à execução da pena, não podendo a mesma ser realizada em caráter provisório, ou seja, com pendência de julgamento ou de recurso, mesmo que seja endereçado ao STJ ou STF, haja vista que estes não possuem dotação suspensiva.

Destaca-se neste sentido, não a questão recursal, ou seja, a análise de efeitos recursais específicos, mas considerava-se a importância do princípio processual penal de presunção de inocência, que ficaria em prejuízo caso o réu tivesse execução provisória da pena antes que a sentença fosse proferida.

3.2 ADC 43 e 44: Ações Sobre o Reconhecimento de Presunção de Inocência

Frente à questão do reconhecimento do princípio de presunção de inocência citado no HC 126292, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal dos Advogados do Brasil (OAB) entraram com ajuizamento de ação no Supremo Tribunal Federal (STF), ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), com pedido de liminar, com vistas ao reconhecimento legítimo constitucional da nova redação dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), trazida pela Lei 12.403/2011. De acordo com os solicitantes, a

mudança da norma tem por objetivo condicionar o início do cumprimento da prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De acordo com a ADC 43, o Partido Ecológico Nacional apresenta que no dispositivo supracitado pode-se identificar o princípio da presunção de inocência, descrito também no art.5º, inciso LVII da Constituição Federal. Já na ADC 44, a OAB salienta que a nova redação dada ao art.283 do CPP propôs uma harmonização entre o Direito Processual Penal com o ordenamento Constitucional, onde se destacou o reforço dado ao princípio de presunção de inocência.

Os dois pedidos de declaração de constitucionalidade se pautaram na controvérsia oriunda da decisão proferida pelo STF no HC 126292. Foi considerado pelo plenário na época que é válido o cumprimento da pena de prisão antes que seja declarada a condenação.

Especificamente no entendimento do PEN, a reformulação da jurisprudência no HC 126292 foi realizada sem que houvesse constitucionalidade na nova redação do art. 283 do CPP, onde se encontra a necessidade de se transitar em julgado para o cumprimento de pena. O pedido então era de que não houvesse novas execuções provisórias de penas de prisão e a suspensão das que estivessem em curso até que a questão fosse analisada.

Foi pedido ainda, subsidiariamente, que os pedidos cautelares anteriores que não haviam sido acolhidos, que fossem interpretados de acordo com o art. 637 do CPP: “Art. 637. 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.”³³

Quanto à ADC 44, a alegação da OAB é de que a decisão descrita no HC 126292 trouxe um caloroso debate doutrinário, devido à uma controvérsia jurisprudencial no que tange à relativização do princípio de presunção de inocência, o que de acordo com a OAB coloca em xeque a segurança jurídica, restringindo o direito de ir e vir do cidadão.

³³BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 14 de dezembro de 2016.

O que se pode observar, é que mesmo que a decisão não possua efeito vinculante, é de conhecimento comum que os tribunais do país inteiro se propõe a adotar posicionamento semelhante.

Ainda de acordo com a OAB, o STF não fez pronunciamento no que diz respeito ao que se encontra no artigo 283 do CPP, fazendo com que essa omissão permita que se conclua que o referido dispositivo ainda seja válido, podendo assim, ser aplicado em tribunais tanto estaduais quanto federais. Desta forma, não é permitida medida cautelar que que determine a execução antecipada de pena.

No HC 126292 votaram à favor da execução da pena: Carmen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki (relator) e Dias Toffoli. Os votos contra a execução de pena foram: Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Já nas ADC 43 e 44, os votos a favor foram: Carmen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki. Os votos contra foram: Celso de Mello, Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli.

Nas ADC 43 e 44, o relator Ministro Marco Aurélio determinou que as ações fossem julgadas em conjunto. Vale ressaltar que o Ministro Dias Toffoli modificou seu entendimento e seu voto contra a possibilidade de execução antecipada de pena. Seu voto se baseou na alternativa apresentada pelo Ministro Relator, onde seria permitido a execução de pena após sentença condenatória proferida pelo STJ.

3.3 STF: Possibilidade de Execução Provisória de Pena

Analisando a possibilidade de execução provisória de pena o STF considerou que havendo o réu sido condenado pelo juiz em 1º instância e que esta sentença tenha sido ratificada pelo Tribunal em 2ª instância, o réu poderá ser obrigado ao cumprimento provisório da pena enquanto aguarda julgamento de recurso.

A execução provisória da pena pode iniciar-se logo após ser proferido acórdão penal condenatório, independente de que a sentença proferida seja de caráter condenatório ou absoluto. Existe também a possibilidade de que exista

apenas uma condenação em apelação e a interposição de recursos sem efeito suspensivo.

Em recente decisão proferida pelo STF, com posicionamento contrário ao tratamento dado à mesma questão no HC 84078 em fevereiro de 2009, levou-se em consideração a execução provisória da pena não ser mais uma questão inconstitucional e não ir de encontro ao princípio da presunção de inocência.

Cabe relatar aqui o conteúdo do HC 126292/SP³⁴:

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO
RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) :MARCIO RODRIGUES DANTAS
IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
COATOR(A/S)(ES) :RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º,
LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR
TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO
PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão
penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito
a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio
constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º,
inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

A análise se deu da possibilidade de prejuízo ao princípio processual penal de presunção de inocência, pois o réu havia sido condenado em 2ª instância.

Ao contrário do que diz o art. 5º da Constituição Federal de 1988, em que ninguém poderá ser preso sem sentença penal condenatória, mesmo havendo ainda espaço para recursos, o entendimento do STF se deu de que, não há prejuízo ao princípio de presunção de inocência, pois o réu já foi condenado em 2ª instância.

Desta forma, o Ministro Relator Teori Zavascki³⁵ aborda o assunto, dizendo:

³⁴HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em 30 de novembro de 2016.p. 05

³⁵HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em 30 de novembro de 2016.p. 05

2. 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.

(...)

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)

O STF considerou neste caso que não há prejuízo ao princípio da presunção de inocência devido as decisões em 1ª e 2ª instâncias corroborando a condenação do réu, não dando suporte assim à compreensão de que ele é inocente, fortalecendo a ideia de que a pena já pode ser antecipada enquanto os recursos são analisados.

O ministro³⁶ ainda cita em seu relatório os dizeres de Gilmar Mendes sobre esse conflito de entendimento do princípio de presunção de inocência:

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 deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma. 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

³⁶Idem. p. 11

extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. 6.

Essas afirmações só corroboram o que já foi descrito anteriormente, pois como não há violação do princípio de presunção de inocência, e, portanto, não há vício constitucional, já que a discussão sobre a existência de inconstitucionalidade na possibilidade de execução provisória da pena era o fato de o art. 5º do texto constitucional trazia a impossibilidade e que alguém fosse preso sem sentença condenatória, mas já havendo sentença penal proferida, seja em 1ª ou 2ª instâncias, mesmo em fase de recurso, já existe sentença e, portanto, possibilidade de prisão sem prejuízo ao princípio constitucional.

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.³⁷

Portanto, mesmo que alguns doutrinadores e juristas considerem a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, ressalta-se aqui a não existência de prejuízo ao princípio e a não ocorrência de inconstitucionalidade do ato.

³⁷Idem. p. 11

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar a questão do controle de constitucionalidade é fundamental para a hierarquia e a segurança jurídica do ordenamento brasileiro. Essa análise partirá do ponto onde está a necessidade do controle e de como será aplicação do tipo de controle, bem como os efeitos relacionados a este controle.

Quando se fala em princípio da presunção da inocência compreende-se que ele está inserido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, além de estar previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto San José de Costa Rica, tratados nos quais o Brasil é signatário.

O princípio de presunção da inocência é uma garantia constitucional que não permite que o acusado seja considerado culpado e sofra os efeitos da condenação sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Pode ser considerado como um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, aliado ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, que garantem que o réu terá um julgamento adequado, de acordo com a legislação.

No entanto, existe a possibilidade de que haja a execução provisória da pena, com base nas decisões em 1ª e 2ª instâncias. Neste caso não há que se falar em violação do princípio nem em inconstitucionalidade, pois já há sentença proferida, mesmo que ainda em fase de recursos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 221.

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. P.13

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.p.24.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:Lições de Filosofia do Direito**. Compilados por Nello Morra, Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 216.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed.,São Paulo: Malheiros, 2008. p.297.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 de novembro de 2016.

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 14 de dezembro de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). In: Ministério da Justiça do Brasil – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/gpdh/inter_dirhumanos.htm>. Acessado em 30 de novembro de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm acessado em 19 de outubro de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1948. In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo/Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/internacionais/declar>

acao_universal_dos_direitos_humanos.html>. Acessado em 28 novembro de 2016

GALVÃO Rafael Silva Paes Pires. Competência Legislativa dos Entes Federados. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6139/competencia-legislativa-dos-entes-federados-atinente-ao-gas-natural>. Acessado em 21 de novembro de 2016.

GUEDES, Igor Gadelha. Sistemas e Tipos de Controle de Constitucionalidade. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24299/sistemas-e-tipos-de-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 09 de outubro de 2015.

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. Ministro Relator Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acessado em 29 de novembro de 2016.

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em 30 de novembro de 2016.p. 05

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 778

LACERDA, Belizário Antônio de. Inconstitucionalidade ou Ilegalidade do Ato Administrativo Normativo? Disponível em: <http://www.angelfire.com/mt/belizario/artigo1.html>. Acessado em 11 de outubro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239

MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito

Constitucional Positivo. 16^a ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.665.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001. p.273-274.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p.627.

MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95

RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. P.18-19

VadeMecum. **Lei de Introdução ao Código Civil n.4657 de 04 de setembro de 1942**. São Paulo, Saraiva, 2007.