



FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

AMANDA PAULA DA SILVA DE SOUSA FERREIRA

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA**

CARATINGA

2016

AMANDA PAULA DA SILVA DE SOUSA FERREIRA

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA**

Projeto de Pesquisa apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga -FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Almir Lugon.

FIC

2016

A vitória está entre as linhas da dificuldade.

Dedico este trabalho a Deus, por sempre caminhar ao meu lado, e nunca ter me desamparado nos momentos mais difíceis, dedico também a minha família e amigos e que eu possa conquistar todos os meus objetivos e sonhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois com esse trabalho termina essa jornada de cinco anos, onde ele sempre caminhou ao meu lado me dando força para continuar. A meu esposo Fabrício e meu filho Luan Henrique pela paciência pelo apoio nessa caminhada, que sabe de todas as dificuldades que foram enfrentadas, e que sempre disposto a me ajudar a realizar meus sonhos e objetivos. A meus avós Amador (eternas saudades) e Efigênia, que me ensinaram valores que sempre levo comigo, sempre estiveram ao meu lado me apoiando com palavras simples de incentivo que me levaram à levantar a cabeça e seguir em frente e não desistir. Minha mãe, pelo apoio nessa caminhada, sempre ali estive nos momentos mais difíceis, pronta a ajudar. Ao meu padrasto, que do seu jeito, foi um pai, e nos momentos mais difíceis pude contar com seu apoio seu apoio. Meus irmãos João Paulo(eternas saudades), Leandro e as gêmeas, Ester e Rute que tenho grande carinho. Aos familiares pela torcida e orações em especial, Maria de Fátima e Simone. Aos meus amigos de longa data, Vonei e Adriana e as filhas Melissa e Maísa, que nos momentos que mais precisa, ali estavam prontos a ajudar, sem vocês não conseguiria essa conquista.

Aos amigos da Kefas.

A todos os professores pelos ensinamentos e conhecimento passado da ciência jurídica, principalmente ao professores e orientadores, Almir Ligon e Juliano Sepe. A todos os funcionários da Faculdade. A Rosilaine (Rosi) pela pessoa maravilhosa que é do Direito para vida, e neste cinco anos, total apoio puxões de orelha e ajudas e sua amizade , sem ela o Direito não existiria. A Priscila que pouco tempo de conversas tenho grande apreço que também quero do Direito para vida toda.

Aos amigos de faculdade que quero levar do Direito para vida toda, Greyce Kelly, Renata, Paula Caroline, Ana Paula, Cássia, entre outros, agradeço por tudo que fizeram por mim e pela amizade sincera.

Ao Dr. Marco Aurélio Abrantes Rodrigues e Alberto Figueiredo pelos ensinamentos e conhecimento passado.E aos amigos do JESP.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CCJ – Conselho Nacional de Justiça

CF/88 – Constituição Federativa do Brasil de 1988

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CPB – Código Penal Brasileiro

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CPC – Código de Processo Civil

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, os aspectos jurídicos probatórios da possível Inconstitucionalidade na decisão Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292 de não haver mais necessidade de trânsito em julgado para a execução de pena. O Supremo Tribunal Federal autorizou o início do cumprimento da pena após configuração da sentença condenatória em segunda instância.

Porém, há entendimentos que a referida decisão é Inconstitucional que implica o artigo 5º inciso LVII da constituição federal, o que contraria uma garantia fundamental a Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade.

Palavras-chave: trânsito em julgado, inconstitucionalidade, Controle de constitucionalidade, presunção de inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
1- CAPÍTULO - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
1.1 Formas de Controles.....	14
1.2 Efeitos das Decisões.....	18
1.2.1 Controle Difuso.....	18
1.2.2 Controle Concentrado.....	21
1.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	21
1.2.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	24
1.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.....	25
1.2.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.....	27
1.2.7 Inconstitucionalidade tipo Material e Formal.....	27
1.2.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	29
2- CAPÍTULO – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	33
2.1 Princípios do Devido Processo Legal.....	33
2.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	35
2.3 Princípio da Presunção da Inocência ou de Não Culpabilidade.....	39
3- CAPÍTULO – DA INSCONTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	44
3.1 STF: Possibilidade da execução provisória da pena.....	44
3.1.2 Argumentos do STF da execução provisória da Pena.....	46
3.2 Da Inconstitucionalidade da Execução Provisória da pena.....	52
CONCLUSÃO	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva o levantamento de questões atinentes á decisão do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus 126.292 do Relator ministro Teori Zavascki, que decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

As distinções relacionadas entre as espécies de Controle de Constitucionalidade levando em consideração o momento em que será realizado.

Alterando sua orientação jurisprudencial, ou seja para a execução da pena não haverá necessidade do trânsito em julgado, tendo apenas um acórdão condenatório proferido por um órgão colegiado, havendo o acórdão pode ser executado.

De início, necessário examinar os princípios e garantias constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, ressaltando a sua importância no ordenamento jurídico, principalmente em face da sua supremacia sobre as demais normas jurídicas e por serem classificados como Cláusulas Pétreas.

Num segundo momento, o trabalho se direciona ao estudo aprofundado do princípio da presunção da inocência (art.5º, inciso LVII, da CF) e do seu papel no processo penal.

Assim sendo, a problematização do trabalho se encontra diante da possibilidade ou não do cumprimento da execução antecipada da pena, em face da observância dos princípios norteadores do processo penal; se o cumprimento da execução antecipada da pena estaria em conformidade com o texto constitucional?

Neste sentido, pretende-se analisar os princípios constitucionais no processo penal de modo a verificar a compatibilidade dos preceitos legais em face do cerceamento de liberdade da pessoa na condição de ser humano. Pretende-se também analisar quais medidas constritivas de liberdade poderão ser aplicadas sem o trâmite final da sentença condenatória e qual o

posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal frente ao cumprimento da execução antecipada da pena.

Assim sendo, a temática deste trabalho encontra desenvolvido em três capítulos, a saber:

O primeiro aborda as questões do controle de constitucionalidade, relacionando adequação que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição.;

O segundo capítulo discorre sobre princípios processuais penais o Devido Processo Legal a Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade o Contraditório e Ampla Defesa.

E por fim o terceiro capítulo apresenta um questionamento acerca da decisão Supremo Tribunal Federal Da Inconstitucionalidade execução provisória da pena e da sua possibilidade da execução Provisória e seus Argumentos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Então o Trânsito em julgado é uma expressão usada para uma decisão (sentença ou acórdão) judicial da qual não se pode mais recorrer, seja porque já passou por todos os recursos possíveis, seja porque o prazo para recorrer terminou ou por acordo homologado por sentença entre as partes. Daí em diante a obrigação se torna irrecorrível e certa. Caracteriza coisa julgada formal. No caso da sentença de mérito, há também a coisa julgada material, que consiste na imutabilidade dos efeitos da decisão, que passa a ser substituída da própria lei entre as partes. É importante notar que lei pode retroagir desde que não afete a coisa julgada, sendo que o trânsito em julgado é uma decisão final de uma sentença ou processo.

Ressalte-se que mesmo o trânsito em julgado da sentença de primeira instância não pode ser alterado. Que ao final, não tem nada a ver com os prazos, trânsito em julgado é uma coisa e prazo outra.

O Controle da Constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. É sempre um exame comparativo entre um ato legislativo ou normativo e a Constituição. Todo ato legislativo ou normativo que contrariar a Lei Fundamental de organização do Estado deve ser declarado inconstitucional, será considerado atualmente inconstitucionalidade a existência de uma norma ou de uma omissão do legislador, utilizando-se, portanto, de elementos contingenciais, que podem ou não estar presentes. Se ela acontece em duas situações diferentes, é preciso que se busque a nota distintiva de uma e de outra, a fim de ser construído o conceito de inconstitucionalidade. Deve haver algo na norma e na omissão que as igualem. Algo que faz com que ambas possam ser consideradas em face da Constituição. Falar em ato positivo e ato negativo do legislador seria apenas dar nomes diferentes às mesmas coisas, norma e omissão.

A Inconstitucionalidade é o vício da norma elaborada sem observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites do poder de reforma do texto constitucional, no entanto, trata-se da desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da Constituição.

O princípio da presunção de inocência é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Esta situação, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

1-DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É a verificação das leis e atos normativos com a Constituição Federal, ou seja se uma lei é incompatível com a Constituição Federal é Inconstitucional.

O controle judicial de constitucionalidade das leis é uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico, e também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupado a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas contribuições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo poder legislativo , no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modifica-la ou suprimi-la.¹

A supremacia da Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico pressupõe que as normas sejam interpretadas conforme a Constituição, bem como leva a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos editados pelo poder público.²

¹MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional.ed.28, São Paulo: Atlas, 2012, p.733.

²MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.47.

Deste modo, o controle de constitucionalidade caracteriza-se como uma concretização e um desenvolvimento do direito constitucional, mediante a fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes. Tal afirmativa propicia o entendimento de que os atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade), ou a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Portanto o controle de constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente nos países de constituição rígida. Por ele é possível garantir a unidade e eliminar os fatores de desarmonia, que são as leis e atos normativos que se opõem ao texto fundamental, conflitando com os seus princípios e demais comandos.

1.1-FORMAS DE CONTROLE

Segundo Alexandre de Moraes, Não há apenas uma, mas várias formas de controle da constitucionalidade, uma vez que este controle pode ser encarado sob vários aspectos. Um destes concerne ao momento em que intervém. Distinguem-se então o controle preventivo do controle repressivo. Aquele que opera antes que ao todo, particularmente a lei, se aperfeiçoe; este depois de perfeito o ato, de promulgada a lei. Aquele é controle a priori. Este, a posteriori.³

O controle preventivo que surge antes do nascimento da lei, feito no projeto de lei, pelas comissões de justiça, presentes nas casas parlamentares pode ser exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, quando o controle em tela for realizado pelo Poder Executivo ou Legislativo, denomina-se Controle Preventivo político, uma vez que mesmo suscitada a inconstitucionalidade do ato normativo no curso do procedimento legislativo, tal norma ainda poderá ingressar no ordenamento jurídico. O Controle preventivo político tem significativa incidência nos países europeus, principalmente na França com o plausível Conselho de Constitucionalidade Francesa.

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional.ed.28, São Paulo: Atlas, 2012,p.733.

Há dois momentos cruciais dentro do controle preventivo, que após a fase de iniciativa, o projeto é submetido às Comissões Legislativas, em especial à Comissão de Constituição e Justiça a CCJ.

Entre outras finalidades a CCJ deve verificar a adequação do projeto de lei no se refere aos aspectos formais e materiais do processo legislativo. A CCJ elabora um parecer técnico sobre a constitucionalidade que, no entanto, pode não ser terminativo, pois ainda sim, é previsto a possibilidade de recurso na qual o projeto de lei pode ser aprovado, mesmo se o parecer da CCJ for pela inconstitucionalidade. Então, quando a CCJ elabora este parecer pela inconstitucionalidade e , cabendo recurso por parte dos Deputados, se o Presidente do Senado aceitar o recurso, este projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República para a Sanção ou Veto, se o Presidente do Senado não aceitar o recurso, este projeto será arquivado definitivamente.

Entre outras finalidades a CCJ deve verificar a adequação do projeto de lei no se refere aos aspectos formais e materiais do processo legislativo. A CCJ elabora um parecer técnico sobre a constitucionalidade que, no entanto, pode não ser terminativo, pois ainda sim, é previsto a possibilidade de recurso na qual o projeto de lei pode ser aprovado, mesmo se o parecer da CCJ for pela inconstitucionalidade e , cabendo recurso por parte dos Deputados, se o Presidente do Senado aceitar o recurso, este projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República para a Sanção ou Veto, se o Presidente do Senado não aceitar o recurso, este projeto será arquivado definitivamente. O presidente da república precisa ter dois fundamentos para vetar; Contrariedade do Interesse Público; Inconstitucionalidade do Projeto (Quando o presidente da república veta por este fundamento, age preventivamente).

Se o presidente da republica não encontrar nenhum desses dois fundamentos, o projeto de lei será sancionado, porém, se vetar, tal veto pode não ser definitivo, pois o presidente da república tem até 48 horas para enviar o projeto de lei a CCJ que poderá derrubar o veto. Até este momento o controle de constitucionalidade foi feito pelo controle político (preventivo).

A único modo que o controle preventivo é judicial é quando um projeto de Emenda Constitucional ferir cláusula pétrea. Assim, é vedado a deliberação de emenda tendente abolir qualquer inciso das cláusulas pétreas. Portanto, o STF entendeu que os parlamentares tem direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea. No caso, o que é vedada é a deliberação. (momento do processo legislativo). A mesa estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. O controle neste caso é judicial.

Segundo Alexandre de Moraes:

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de Controle Preventivo de Constitucionalidade, que busca evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais, as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.⁴

De uma maneira geral, o Controle de Constitucionalidade Preventivo Político, é aquele realizado durante da elaboração de qualquer espécie normativa, visando impedir que um projeto de Lei inconstitucional venha a ser promulgado. Os Poderes Legislativo e Executivo, que exercem esta forma de Controle. No primeiro, tal Controle, é feito pelas Comissões de Constituições e Justiças e, no segundo, por meio do veto ao projeto já aprovado.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é exercido pelo conselho constitucional francês. Tem-se, por provocação de diversos órgãos, o controle de constitucionalidade de projetos de lei. Hodiernamente defende-se também o controle preventivo de tratados internacionais, tendo em vista as consequências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade.⁵

O controle repressivo jurídico ou judiciário, já existente cabendo a repressão, que é o próprio poder judiciário quem realiza o controle da lei ou do ao normativo, já editados, perante a Constituição federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à carta magna, fazendo de duas

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2.005,p.632.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gnet Branco-. Ed. Ver. E atual. Atual- São Paulo.Saraiva.2009,p.1057.

formas, pelo controle difuso e concentrado, não recairá sobre o projeto de lei e sim sobre a própria lei.

Tanto pela via difusa quanto pela via concentrada, a declaração de inconstitucionalidade da lei só poderá ocorrer pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial. É o chamado Princípio da Reserva de Plenário.

Os órgãos de Controle, irão verificar se a lei ou qualquer outro ato normativo estão eivados de vícios formais, ou se possuem um vício em seu conteúdo, ou seja, um vício material.

Controle formal, é por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que exerce a competência de eliminar 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.

Controle Material, as constituições existem para o homem e não para o estado; para a sociedade e não para o poder. O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais, é a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do Juiz constitucional se substitui à vontade do parlamento e do governo gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz

julgando de legibus e não secundum legem, como acontece no controle meramente formal.⁶

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela constituição mesma.

Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis.

Assim sendo, algumas normas são levadas a controle perante um órgão distinto dos três Poderes (controle político), enquanto outros são apreciados pelo Poder Judiciário (Controle Constitucional). No ordenamento jurídico brasileiro foi adotado como regra o Controle de Constitucionalidade Repressivo Jurídico ou Judiciário, sendo o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle do ato normativo, já editados, visando retirá-lo do ordenamento jurídico.

1.2-EFEITOS DAS DECISÕES

1.2.1-CONTROLE DIFUSO

A origem do modelo difuso de constitucionalidade deu origem nos estados unidos, norte americano nasceu na suprema corte americana, é atribuída pela doutrina aos termos da famosa decisão *Marbury x Madison*, do

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 232.

Chief Justice John Marshall, de 1803, foi trazido para o Brasil na segunda constituição brasileira, Constituição de 1891, sendo o primeiro controle de constitucionalidade.

Da doutrina que se construiu em razão desta, pode-se extrair que integra as atribuições normais de todo e qualquer juiz, no exercício da jurisdição, declarar a inconstitucionalidade de atos normativos contrários à Constituição, ou melhor, deixar de aplicá-los, aplicando, em seu lugar, atos normativos outros, estes, sim, constitucionais, desde que haja caso concreto.

Dessarte ter efeitos inter partes, o que se completa no direito norteamericano pela existência de uma norma constitucional não escrita, a do *stare decisis*; e a decisão, enfim, ser declaratória, operando efeitos *ex tunc*, por ser a norma inconstitucional nula.

Pedro Lenza explica com clareza que, com o disposto no art. 52, inc. x qual seja a participação do senado Federal após comunicação, poderá este, através de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Assim, para que a decisão passe a valer para todos-erga omnes- o senado de suspender a execução, com efeito porém *ex nunc*. Desse modo, em regra, os efeitos no controle difuso serão entre as parte a retroativos, com a possibilidade contudo, do STF modular os efeitos para *ex nunc* ou pro futuro, e o senado com sua participação, fazer valer para todos. Tal fenômeno é chamando na doutrina de “teoria da transcendência dos motivos determinantes.”⁷

Nesta forma de controle, discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado(qualquer um), peça auxílio ao judiciário para escapar da incidência de uma norma inconstitucional. Os efeitos dessa decisão operam-se entre as partes e *ex tunc* (desde o início). É chamada como via de exceção porque excepciona o interessado (dentre toda a comunidade) do cumprimento da regra. O que o interessado quer é que o pedido dele seja aceito e não que a norma seja considerada inconstitucional. O pedido de inconstitucionalidade não é o seu objetivo principal. Qualquer forma processual pode ser utilizada, ou seja, pode ser utilizado qualquer meio

⁷LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009,p.179.

processual colocado a disposição do indivíduo. O interessado pode tanto estar no polo passivo quanto no polo ativo da ação. Por tal razão, a expressão “via de defesa” significa que o interessado está se defendendo dos efeitos da norma. A declaração de inconstitucionalidade da norma é dada incidentalmente, ou seja, o juiz reconhece a inconstitucionalidade e por consequência julga o feito procedente ou improcedente. O foro para a propositura da ação é o foro regular. Assim, qualquer juiz poderá, diante do caso concreto declarar a inconstitucionalidade da norma.

O Supremo Tribunal Federal só declarará a inconstitucionalidade de uma lei pelo voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou dos respectivos órgãos, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, dada a sua relevância, não pode variar de acordo com a composição da turma julgadora nem estar sujeita a maioria ocasionais. Tendo sido arguida a inconstitucionalidade de uma lei perante um órgão fracionário do tribunal (câmara, turma, grupo ou seção) a questão constitucional deverá ser examinada pelo Plenário do Tribunal (Princípio da Reserva de Plenário) ou pelo respectivo Órgão Especial. Portanto, compete ao órgão fracionário, em acolhendo a alegação, submeter ao Pleno a arguição de inconstitucionalidade para a discussão. Há três exceções para o não submissão ao Pleno: quando o próprio STF já tenha decidido sobre a inconstitucionalidade; Quando o Tribunal não tenha decidido sobre o assunto, mas já tem decisão acerca do assunto; quando o Tribunal já decidiu sobre o assunto e tem o parecer de acordo com o STF.

Se o interessado perder nas duas instâncias, caberá um Recurso Extraordinário, porém as causas que ensejam a interposição de um Recurso Extraordinário devem obedecer aos requisitos do artigo 102, inciso III, alínea a, b, c e d.

Embora, em regra as decisões no controle difuso sejam retroativas (ex Tunc), invalidando a norma desde a sua promulgação, a jurisprudência do STF, admite a modulação temporal dos efeitos da decisão, ou seja, que a norma seja declarada inconstitucional sem a atribuição de efeitos retroativos. Estando presentes no caso concreto razões de segurança jurídica ou excepcional

interesse social o STF, pelo voto de oito dos seu 11(onze) ministros (2/3), poderá atribuir efeitos ex nunc(desde então) para o futuro à decisão. Para isto, por analogia, aplica-se o artigo 27 da lei 9.868/1999, que disciplina a modulação dos efeitos na ADI.

E ainda, precisa também demonstrar Repercussão Geral. Portanto, para que se possa interpor um Recurso Extraordinário, é necessário além de apresentar os requisitos descritos acima, demonstrar Repercussão Geral e que a decisão seja proferida em última instância.

Os efeitos da decisão do Recurso Extraordinário têm efeito entre as partes e ex tunc (retroativo). O STF julgará a matéria e reconhecerá a inconstitucionalidade ou não, fato que por si não expulsa a norma do sistema, pois a coisa julgada restringe-se somente as partes do processo em que a inconstitucionalidade foi arguida.

1.2.2- CONTROLE CONCENTRADO

Para Sérgio Moro o controle concentrado “visa à proteção não de direitos subjetivos, mas da própria integridade da ordem jurídica, com a invalidação de atos normativos incompatíveis com a Constituição”.⁸

Já segundo Alexandre de Moraes, as competências do STF podem ser divididas em dois grandes grupos, conforme o modo de acioná-lo: originário e recursal. Ocorre a competência originária quando o tribunal é acionado diretamente para se pronunciar sobre uma possível ofensa à Constituição por meio das ações que lhe cabe julgar e processar originariamente. E no caso da competência recursal, a atuação do STF decorre da solicitação da parte de revisão de decisão de tribunal inferior sobre matéria constitucional do Estado, atuando como última instância para julgar o recurso.⁹

⁸MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 306.

⁹MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000, p. 220.

Controle feito por via de ação, feito através de ações constitucionais, sendo cinco ações, Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta Genérica, Ação Direta Interventiva, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Ação declaratória de preceitos fundamentais.

1.2.3- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Ocorre quando tem uma norma constitucional de eficácia limitada que depende de regulamentação por uma lei infraconstitucional, mas esta não foi feita. fazem em desconformidade com os ditames constitucionais. viola a Carta Magna pela prática de um comportamento negativo, Ou seja, é aquele que provém da inércia de qualquer um dos Poderes do Estado. O Executivo, o Judiciário ou o Legislativo deixam de tomar as providencias, previstas na própria constituição, para o fiel cumprimento de suas normas.

Doutrinadores como Bulos, adverte sobre este comportamento negativo:

O comportamento negativo, responsável pela omissão inconstitucional, é detectado toda vez que o constituinte consagra imposições, deveres e metas a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, e, mesmo assim, eles não tomam quaisquer providências para impedir a síndrome de inefetividade da constituição.¹⁰

Não se trata de satisfazer o mero dever geral de criar leis, algo corriqueiro no processo legislativo ordinário. Refere-se à inércia da atividade legislativa concretizadora dos desígnios do constituinte originário, cujo fulmina os compromissos constitucionais, as exigências de ação positiva, os deveres institucionais de editar leis para efetivar a Carta Magna.

A ação direta por omissão é o mecanismo de defesa abstrata da constituição que se destina a combater a inércia legislativa. Não visa resolver litígios ou sanar controvérsias entre partes litigantes, mas tutelar a ordem jurídica como um todo.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo – SP: Saraiva, 2009,p.76.

Ação de Inconstitucionalidade por Omissão Essa ação é muito importante, já que envolve não apenas o problema do Judiciário, mas também abarca a área de atuação do Legislativo.

A proposta do Constituinte originário foi possibilitar que questões importantes que deveriam ser tratadas pelo Legislador, que ignora sua responsabilidade, possam ser atendidas pelo Judiciário. Essa ação é de fundamental importância para a concretização da Constituição como um todo, já que para realização do próprio Estado de Direito, é preciso que se garanta a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, dentre outros.

Os legitimados são os mesmos da ADI, e o objeto da ação encontra-se previsto no art. 103, §2º, da CF/88:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.¹¹

Visa efetivar norma constitucional devendo dar ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Se for na via administrativa o prazo para preencher as lacunas será de 30 dias.

Destaca-se ainda, que a omissão pode ser absoluta ou parcial, sendo certo que ambos os casos, havendo falta do legislador em assegurar os direitos e garantias constitucionais, deverá o Poder Judiciário notificar o poder que é o legítimo responsável pela omissão, para que possa manifestar no prazo legal. Destaca-se que a referida ação não pode ser confundida com o Mandado de Injunção, que é um remédio constitucional utilizado também para fazer um direito garantido no texto constitucional que ainda não foi positivado. Como relatado, ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, conferindo a chamada “ação mandamental”.

¹¹CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988).Emenda constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

Preceito Fundamental foi incluído na Constituição Federal a fim de preencher lacunas identificada no rol das competências do STF por atores como o Professor Celso Bastos.

Essa nova modalidade de ação foi incluída na Revisão Constitucional de 1994, que permitiu que fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, permitindo análise inclusive os atos anteriores a Constituição Federal de 1988. O referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF pudesse dirimir as controvérsias que dariam ensejo a um número descontrolado de demandas, com prejuízo para as partes e para a própria segurança jurídica.

Nos termos da Lei n. 9.882 de 1999 cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público art. 1º, *caput*.

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.¹²

O artigo explicita que caberá a arguição de descumprimento quanto for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, até a lei anterior a Constituição. Esta ação demonstrou-se bastante necessária, já que abarcou todos os outros fatos não atendidos pelas ações de inconstitucionalidade prevista.

1.2.4- AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

É uma espécie de controle concentrado do STF que visa declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, também chamada Ação Direta de Constitucionalidade é meio processual de garantia da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, consubstanciada no

¹² Lei n. 9.882 03 de dezembro de 1999.

controle jurisdicional concentrado, por via de ação direta. Foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional n.3 em 17 de março de 1993, em que o STF firmou competência para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, após a instauração do processo, e com a decisão definitiva de mérito, estende-se a eficácia contra todos, e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade a ação que tem por finalidade confirmar a constitucionalidade de uma lei federal ou ato normativo. O objetivo da ADC é garantir que a constitucionalidade da lei não seja questionada por outras ações.

A ADC é um dos instrumentos de controle concentrado de inconstitucionalidade das leis. A própria norma é colocada à prova. O oposto disso seria o “controle difuso”, em que a constitucionalidade de uma lei é confirmada em ações entre pessoas (e não contra leis), onde a validade da norma é questionada para incidentalmente, se for o caso, ser aplicada ou não a uma situação de fato.

Ressalta-se que não poderá ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade o direito pré-constitucional, embora seja reconhecido que anteriormente o Supremo tratava este tema como questão de preliminar, que haveria de ser decidida com o controle abstrato. Posteriormente, em favor do entendimento de que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais a posição foi modificada. Devendo-se ressaltar que neste caso não mais haveria exame de constitucionalidade, mas exame da legalidade.

Tem o Supremo Tribunal Federal exigido que esses atos normativos sejam contemporâneos ao parâmetro constitucional de controle, vedando o controle abstrato de constitucionalidade do direito pré-existente. Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade não chega nem a ser conhecida, por entender-se que não seria o caso de exame de constitucionalidade (exame no plano de validade), mas sim de recepção ou não (exame no plano de vigência). Segundo o STF, a não recepção de uma norma pela Constituição não traduz a sua inconstitucionalidade superveniente e sim a sua revogação.¹³

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle de Constitucionalidade. 2 ed . Bahia: Podium, 2007,p.183.

A Declaração de Constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

Enfim, uma norma que era válida, agora mais do que nunca continua sendo, apenas tendo sido reafirmada sua força impositiva.

1.2.5- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

O controle concentrado realizado por meio da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, apesar de constar em sua nomenclatura, não visa a declaração de inconstitucionalidade em si mesma, mas sim um mero pressuposto para a decretação da intervenção federal. A direta interventiva é proposta perante a Corte Suprema, quando a mesma é provocada para analisar a ação, buscando a defesa da ordem constitucional, sendo assim competente para tal. Assim, a representação interventiva foi criada como uma variante da via difusa, para operar em concreto, embora seja exercida por meio de ação direta.

O Poder Judiciário exerce na ação direta interventiva o controle da ordem constitucional, tendo em vista o caso concreto que lhe é submetido, não tendo a função de decretar a intervenção em ente federado.

A direta interventiva possui um escopo jurídico e outro político. Jurídico, porque o STF, tendo a competência jurisdicional, analisa apenas os pressupostos para a intervenção, não nulificando o ato que ensejou ao processo de intervenção. Julgando procedente o pedido, requisitam a intervenção para o chefe do Poder Executivo.

Na fase política, depois de ter sido dado andamento do processo de intervenção perante o STF, concluindo deste modo a parte jurídica da intervenção, compreende-se a atuação do Poder Executivo, por parte de seu chefe, em decretar a intervenção, conforme já estudado anteriormente.

Nesse sentido, bem esclarece o professor da Universidade Federal da Bahia, Dirley da Cunha Júnior:

Entende-se por intervenção o ato político, fundado na Constituição que consiste na ingerência de uma entidade federada nos negócios políticos de outra entidade igualmente federada, suprimindo-lhe temporariamente a autonomia, por razões estritamente previstas na Constituição [...] Sua finalidade é assegurar a própria Federação e os valores sobre os quais ela se encontra edificada [...] Todavia, a intervenção é ato excepcional, que só pode ocorrer em face das hipóteses taxativamente previstas na Constituição e mediante as formalidades traçadas constitucionalmente. A regra, em razão do respeito à autonomia, é a não-intervenção.¹⁴

A decisão proferida pelo Poder Judiciário limita-se a constatar e declarar que o ente federado desrespeitou algum dos princípios sensíveis estabelecidos na Constituição, ou negou-se a executar lei federal etc. Ela, por si só, não anula o ato, nem cria para o ente federado obrigação de fazer algo. Consiste a decisão judicial mero condição, simples pressuposto à atuação do chefe do Executivo, à adoção, por este, das medidas interventivas.

1.2.6- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

Encontra-se no fato da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é declarada em tese, ou seja, não há uma análise de caso concreto, já que o objeto da ação é justamente o exame da validade da lei em si, diz Pedro Lenza:

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verifica em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (lato sensu) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto.¹⁵

Sobre o objeto da ação direta genérica, pontua Moraes:

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia tenha se esgotado (por exemplo: medida provisória não convertida em lei) entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados

¹⁴CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.943.

¹⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Saraiva 2011, pag.263.

virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.¹⁶

Os atos normativos e leis objetos da ação devem estar em vigor, pois, pode-se ocorrer a possibilidade de não ser acolhido pelo STF o pedido da ação, sendo dado desprovimento a mesma, tornando a lei impugnada constitucional.

1.2.7- INCONSTITUCIONALIDADE TIPO MATERIAL E FORMAL

Ocorre quando o ato normativo afronta alguma regra ou princípio da Constituição Federal, conhecida como inconstitucionalidade nomoestática, já que agora passa a ideia de algo estático, substancial, relacionado à matéria.

A inconstitucionalidade por ação do tipo Formal, há uma inobservância do devido processo legislativo exigido para a formação do ato. Essa inconstitucionalidade pode se dar tanto na fase de iniciativa, quando se diz que a lei contém vício formal subjetivo, quanto nas demais fases do processo, onde a lei pode padecer de vício formal objetivo.

Conhecida como inconstitucionalidade nomodinâmica, ocorre quando o processo legislativo de formação da lei ou ato normativo não foi obedecido conforme determinado pela Constituição. Diz-se que a lei ou o ato tem vício de forma.

A expressão inconstitucionalidade nomodinâmica é utilizada em alusão ao processo legislativo, que traz a ideia de dinamismo, de movimento da lei, da iniciativa do projeto à sua promulgação.

A inconstitucionalidade formal pode ser dividida em orgânica e propriamente dita. Na orgânica, há uma não observância da competência legislativa para a elaboração do ato normativo. Como exemplo é a lei municipal tratando de temas que são de competência dos Estados ou da União.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2011,p.757.

Na inconstitucionalidade formal propriamente dita, Exemplo de vício formal subjetivo é a lei de iniciativa exclusiva ou reservada do Presidente da República e que é proposta por parlamentar. Em relação ao vício formal objetivo, seria hipótese a Lei Complementar aprovada com quórum de Lei Ordinária. Ou ainda Emenda Constitucional aprovada por quórum não qualificado, ou em apenas uma das casas legislativas. Inconstitucionalidade por Ação também conhecida como positiva ou por atuação tem como objetivo a verificar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) em relação à Constituição.

Inconstitucionalidade direta e indireta é a afronta imediata entre o ato impugnado e a Constituição e indireta quando o ato objeto de discussão, antes de ser analisado sob a ótica da Constituição, conflita com lei do ordenamento.

Inconstitucionalidade originária e superveniente, originária resulta de defeito congênito da lei, ou seja, no momento de ingresso no mundo jurídico, já era incompatível com a Constituição que estava em vigor. Já, quando superveniente, o conflito será resultado da incompatibilidade entre norma já existente e nova Constituição.

1.2.8- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade é o direito subjetivo de submeter uma lei ou ato normativo federal ou estadual a apreciação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal decidirá se a lei ou ato normativo ofende, ou não, a Constituição Federal, ou seja, Se houver afronta a Lei Maior, a lei deverá ser retirada do ordenamento jurídico. Podem ser impugnados por ação direta de inconstitucionalidade leis ou atos normativos federais ou estaduais.

As partes legítimas para propor a ação são, em acordo com CF/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹⁷

Ao ser proposta a ação, o autor deve demonstrar o seu interesse jurídico, o qual determina a sua legitimidade para agir; faltando esta, o Supremo indeferirá a petição inicial, julgando o autor carecedor de ação.

Ainda que seja concedida a medida cautelar aos pedidos de Inconstitucionalidade do STF. A liminar será concedida somente na ação direta de inconstitucionalidade por ação, devendo estar presentes o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora). Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por ser incompatível com a sua natureza, não é cabível a concessão de liminar. É impossível adiantar os efeitos que nem mesmo a sentença poderia alcançar.

Concedida a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, não caberá o incidente de declaração de inconstitucionalidade previsto. No controle difuso, o juiz ou tribunal não deve afrontar o controle concentrado do STF. Julgando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo estará atribuindo eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. Retroagindo e gerando efeito sobre todos, a apreciação do incidente poderia ocasionar vários problemas de ordem prática, como o conflito de decisões judiciais, o dispêndio de tempo e de dinheiro dos litigantes.

Diante da liminar concedida e da arguição de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal deve suspender o processo e aguardar a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

O modo de atuação do STF na guarda da Constituição se dá por meio do julgamento de ações de competência originária que são denominadas: ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por

¹⁷CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988).Emenda Constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

omissão, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal - STF é o guardião da Constituição, ou seja, é o órgão brasileiro responsável pela guarda da Constituição, realizando então o chamado controle concreto de constitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, III, a, b, c e § 1º, da CF/88, que, embora goze de autonomia administrativa, é órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92, I, CF).

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 3, de 1993).¹⁸

Concluindo que a constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só no caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira-quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

A declaração de inconstitucionalidade, portanto é objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas cortes constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido (por exemplo medida provisória não convertida em lei) entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o pretório excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação

¹⁸ CONSTITUIÇÃO , Brasil (1988).Emenda Constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional.ed.28, São Paulo: Atlas, 2012.

direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.²⁰

Pedro Lenza refere-se ao controle concentrado, a decisão via de regra tem efeito retroativo - ex tunc - erga omnes ou seja, contra todos .A norma é invalidada desde a sua publicação. Mas, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e pelo voto de 2/3 d seu membros, o STF tem a faculdade de modular os efeitos de usa decisão.

Assim, é certo que o STF poderá restringir os efeitos, poderá estabelecer efeito não retroativo ou marcar qualquer outro momento para eficácia da sua decisão, como por exemplo, estabelecer efeito para o futuro.²¹

O modo de atuação do STF na guarda da Constituição se dá por meio do julgamento de ações de competência originaria que são denominadas: ações diretas de inconstitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Nessas ações não há existência de lide, o que há é o questionamento de um ato criado pelo legislativo ou executivo que pode estar em discordância com o ordenamento constitucional.

A Constituição estabeleceu um rol de pessoas que detém legitimação para ingressar com essas ações, bastando que elas vislumbrem eventual violação de dispositivo constitucional por ato normativo infraconstitucional, buscando a sua eliminação do mundo jurídico, sem que haja qualquer defesa de direito próprio ou alheio.

Tudo isso é feito para que assegure a segurança jurídica no ordenamento, que não deve possuir leis que estejam em conflito com a Constituição, de modo que a ideia de um controle de constitucionalidade está ligada aos princípios da supremacia e rigidez constitucionais, que se

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional.ed.28, São Paulo: Atlas, 2012.

²¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.p.228.

caracteriza pela presença de um sistema hierarquizado de normas, no qual a Constituição ocupa o lugar mais alto.

Desta forma, ao realizar o controle da constitucionalidade das leis, o STF verifica a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição sob aspectos formais (observância do processo legislativo especificado na Constituição) e materiais (consonância de conteúdo com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais previstas na Carta Magna).

Além disso, há a previsão dos próprios parlamentares poderem denunciar ao Poder Judiciário as eventuais inconstitucionalidades que pensam estar ocorrendo no curso da elaboração de uma espécie normativa para análise mais profunda, com o intuito de coibir atos que desrespeitem as normas constitucionais e regimentais.

Contudo, embora haja hipótese de atuação preventiva do STF, esta constitui uma mera exceção à regra geral de atuação, em que o controle de constitucionalidade ocorre de maneira repressiva, ou seja, após o ingresso da nova norma no mundo jurídico.

2- PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

2.1- PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal constitui o sistema democrático e republicano, deste princípio constitui vários outros princípios para esta base, é uma estrutura de ação dentro de um processo que garante que uma determinada pretensão que possa defender seus interesses é atribuído a grande responsabilidade de um super princípio, haja vista que sobre ele repousam diversos princípios asseguradores da persecução penal.

Trata-se de um princípio consagrado pela Constituição Federal, disposto no artigo 5º, inciso LIV, o qual preceitua que:

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²²

²² CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988). Emenda constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

O que proporciona para todas as pessoas a garantia de não ser privada de sua liberdade ou da propriedade de seus bens sem a tramitação de um devido processo estabelecido nos termos da lei.

O Devido Processo Legal, também denominado de *due process of law*, consagra a garantia de que ninguém será processado sem a prévia existência da norma aplicável ao caso concreto, pois não haverá pena criminal sem a observância dos requisitos pertinentes ao devido processo legal, que possibilite ao acusado a plena defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, bem como de ser informados pessoalmente de todos os atos processuais.

Na visão de Guilherme Nucci, o Devido Processo Legal é sem dúvida, aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art.5º LIV,CF/88).Constitui o horizonte a ser perseguido pelo estado democrático de direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representado o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.

“Não pode haver devido processo legal se a prova for colhida por meio ilícito, sigilosamente não for concedida ao réu a indispensável ampla defesa, se o processo correr sigilosamente, sem qualquer justificativa, se houver julgamento por juízo parcial etc. Por isso, cumprir fielmente os demais princípios e regras processuais penais consagra o devido processo legal.”²³

Guilherme Nucci, deve ser visualizado sobre os seguintes aspectos: material e processual:

“materialmente, o princípio liga-se ao Direito penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações do estado. Processualmente vincula-se ao procedimento à ampla possibilidade o réu produzir prova, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como de órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva.”²⁴

Na concepção de Alexandre de Moraes, o Devido Processo Legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo de Execução Penal. Guilherme de Souza Nucci. – 4 ed. rev. atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.-89.

²⁴ idem, p.89.

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.²⁵

É um instrumento pelo qual o Estado-juiz exerce a prestação jurisdicional, seguindo os imperativos da ordem jurídica, os quais estão incluídos o contraditório e a ampla defesa, sendo estes, corolários do devido processo legal.

O Devido Processo Legal caracteriza-se como um importante instrumento para o alcance da almejada justiça, uma vez que dele decorrem outros princípios garantidores da solução do litígio.

Tendo em sua abrangência no meio processual, especialmente no ramo do direito probatório, que se manifesta na medida que os litigantes requerem e participam na produção de provas, bem como quando se pronunciam a respeito de seu resultado.

Assim, se as provas apresentadas nos autos contra o acusado e não lhe é dado o direito de ampla defesa, não há que se falar em Devido Processo Legal. Na linha desse entendimento, tem-se o raciocínio de Tourinho Filho, como assim, leciona:

“O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição de reformatio in pejus, respeito à coisa julgada (ne bis in idem), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade.”²⁶

Portanto, o processo é o meio pelo qual a parte pode, legalmente, obter o deferimento de sua pretensão, ou seja, de ter o seu direito garantido. Seu objetivo é evitar a justiça pelas próprias mãos, realizando assim, a sua mais completa defesa contra a pretensa punição do Estado.

2.2- PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

No Brasil o contraditório e a ampla defesa estão amparados pela Constituição Federal, como se vê:

Art. 5º, LV – 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 elas inerentes.

²⁵ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo. Atlas. 2005, p. 93

²⁶ TOURINHO, Fernando da Costa Filho, 2005, 2005, p. 26.

Para que exista o contraditório faz necessário haver mais de um litigante, sendo uma ação bilateral do processo, quando as partes para o Juiz, são colaboradoras necessárias. Portanto, todos os atos processuais praticados por uma das partes, serão dados oportunidade à outra a manifestar visando influenciar no convencimento do Juiz. “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de incluir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representante a tese a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.”²⁷

É indispensável que a defesa técnica seja exercida por Advogado, quando se trata de processo penal, inicia-se no interrogatório, quando o acusado não pode e nem deve ser interrogado sem a presença de profissional, inclusive exercendo o direito de conversar previamente com seu Defensor, bem o de ficar calado, sem que nada prejudique sua defesa, o ordenamento jurídico pátrio, assim dispõe:

Art. 5º, LXIII, CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Art. 186, do CPB - Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e não responder perguntas que lhe forem formuladas. (com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º/12/2003.)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.(com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º/12/2003.)

“Implica o dever de o Estado proporcionar é todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), (DF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a

²⁷GRINOVER, Ada Pelegrine. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GOMES FILHO, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 23ª Edição, Malheiros Editores Ltda. – 2007 – São Paulo, p. 61.

obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é obvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. O pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 3, d , assegura a toda a pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela Justiça, quando lhe faltar recursos suficientes para contratar algum (ef. Item 22.3; comentários à alínea c do inciso III do art. 564 do CPP).”²⁸

A ampla defesa tem como objetivo proteger as pessoas do abuso das autoridades, bem retribuir ao cidadão a obrigação que o Estado tem de proporcionar uma completa defesa, seja ela pessoal ou técnica. Pessoal é quando é ouvido acerca de qualquer acusação, disser de forma em que entende os fatos ou silenciar, a técnica, obrigatoriamente tem ser exercida por profissional do Direito.

Chegando a fase executória da pena, inicia-se a fase de maior dificuldade do condenado, no que diz respeito à situação econômica, considerando que o se o mesmo tivesse dinheiro iria gastá-lo na fase de instrução do processo, objetivando a absolvição ou pena menor. Na execução, em sua maioria o sentenciado não tem condições de arcar com os honorários do Advogado, aí que fica prejudicado em seus pedidos, contará apenas com a Defensoria Pública que já está sobrecarregada de processos e não tem condições de prestar uma defesa a altura de cada caso, individualmente.

Quando um condenado em cumprimento da pena comete qualquer das faltas previstas no artigo 50 da LEP, determinar a expedição de mandado de

²⁸ CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal , 10ª Edição, Editora Saraiva – 2003 – São Paulo,p. 20.

prisão e seu recolhimento, para posteriormente, após a prisão, designar audiência de justificação. Nesta oportunidade, o sentenciado justifica o motivo da falta, ocasião em que se não tiver uma defesa técnica bem feita, será submetido às sanções da lei, como por exemplo, a regressão do regime de cumprimento da pena.

A LEP, assim prevê:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º. O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º. Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Em respeito aos princípios supracitados o juiz antes de regredir o regime de cumprimento da pena, deve ouvir o condenado, porém não sendo encontrado ou estando em lugar incerto e não sabido, o mandado de prisão deve ser expedido, visando à celeridade processual e o cumprimento da pena ou medida de segurança.

Quando o sentenciado é condenado em regime aberto ou semi-aberto, incorrendo em falta grave, como por exemplo, cometer novo delito. Não é coerente o juiz de a execução decretar imediatamente a regressão do regime, havendo necessidade do procedimento incidental, oportunidade em que será ouvido o sentenciado, pessoalmente ou através de seu Defensor, o Ministério Público, podendo inclusive ser admitida a produção de provas, acerca do fato ocorrido.

Porém, não quer dizer que o juiz deve ouvir o condenado pessoalmente, mas dar-lhe oportunidade de se manifestar nos autos para justificar a falta cometida, portanto, deve ser intimado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tem acertadamente anulado várias decisões arbitrárias, por falta de intimação do réu, como segue:

Ementa: HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SENTENCIADO - DECURSO DO TEMPO, SEM QUE A PARTE TENHA MANIFESTADO INCONFORMISMO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. - Não há falar em constrangimento ilegal se, passados mais de 02 (dois) anos da ocorrência da suposta nulidade, o sentenciado prossegue com a sua execução sem manifestar qualquer inconformismo com a ausência de intimação formal, nas diversas oportunidades em que teve para tanto, tendo inclusive já progredido de regime. - Deve-se homenagear, no caso em comento, o princípio da instrumentalidade do processo, sob pena de se dar primazia excessiva ao rigor formalístico, sobretudo quando não se evidencia o efetivo prejuízo à parte. Recurso provido. Súmula: Deram provimento (Número do processo: HC 10000121267884000 MG -Órgão Julgador: Câmaras Criminais Isoladas / 4ª CÂMARA CRIMINAL- Relator: ANTÔNIO Herbert Carneiro - Data do Julgamento: 23/01/2013- Data da Publicação: 31/01/2013

REGIME PRISIONAL - FALTA GRAVE - REGRESSÃO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SENTENCIADO - NULIDADE. A inobservância do disposto no § 2º, do art. 118, da Lei de Execução Penal, importa em nulidade do incidente que regride o sentenciado para qualquer dos regimes mais gravosos de cumprimento da pena antes de lhe ser oportunizada a possibilidade de justificar a prática de fato definido como falta grave, ou de demonstrar a improcedência da imputação que causaria a regressão. Agravo provido. Súmula: Deram provimento (Número do processo: 2.0000.00.462559-2/000(1) Precisão: 66 - Relator: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Data do Julgamento: 26/10/2004 - Data da Publicação: 13/11/2004)

REGIME PRISIONAL - FALTA GRAVE - REGRESSÃO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SENTENCIADO - NULIDADE. A inobservância do disposto no § 2º, do art. 118, da Lei de Execução Penal, importa em nulidade do incidente que regride o sentenciado para qualquer dos regimes mais gravosos de cumprimento da pena antes de ser-lhe oportunizada a possibilidade de justificar a prática de fato definido como falta grave, ou de demonstrar a improcedência da imputação que causaria a regressão. Agravo provido. Súmula: "Deram provimento." (Número do processo: 2.0000.00.360405-9/000(1) - Relator: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Data do Julgamento: 04/06/2002 - Data da Publicação: 22/06/2002) Acórdão: Inteiro Teor.

2.3- PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

Também é conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, em que o acusado tenha utilizado de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) consiste no direito de não ser declarado culpado senão ao término do devido processo legal, como destaca Renato Brasileiro:

Assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).²⁹

A distinção de terminologia distinta entre a presunção de inocência outra a de Não Culpabilidade, justifica-se pela diversidade de termos usados pela Constituição Federal de 1988 e pela convenção América de Direitos Humanos.

“Art. 8º,§2º.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

A da presunção de Não Culpabilidade é uma consequência que está consolidado expressamente na Constituição Federal de 1988, que assim dispõe no seu art. 5º, inciso LVII:

Ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória).³⁰

A constituição em nenhum momento usa o termo inocente, sua redação é negativa dizendo que ninguém será considerado culpado por isso alguns doutrinadores se referem ao texto constitucional consagrando o princípio de Não Culpabilidade, como Mirabete, prefere tratar de Princípio de Não Culpabilidade sob o argumento de que a Lei Maior não presume a

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016.p.80

³⁰ CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988). Emenda Constitucional, Brasil, Revisão Constitucional, Brasil, Título.

inocência, mas estabelece que o acusado é inocente durante o desenrolar do processo.³¹

A convenção Americana não exige o trânsito em Julgado diz que não legalmente comprovada sua culpa, uma expressão aberta, não expressa na convenção mas explicada sistematicamente. A presunção de inocência se estende até o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, sendo a mesma convenção americana que assegura o duplo grau de jurisdição. Tendo o réu o direito de recorrer a um tribunal, objetivando um reexame integral da matéria de fato e de direito, evidenciando o direito do exercício ao duplo grau e após tê-lo exercido legalmente é que estará comprovado a sua culpa, ou seja os limites temporais entre a constituição e a convenção americana são diversos, a Constituição vai até o trânsito em Julgado sendo expresso no artigo 5º LXII e a Convenção Americana enquanto não comprovada sua culpa, pode ser compreendido no exato momento em que você exerce ao direito ao duplo grau e que foi mantido uma sentença condenatória ou prolatado uma acórdão condenatório cessaria a presunção de inocência.

O entendimento que prevalece desde a Constituição Federal de 1988 é que se o réu for condenado por um tribunal de segundo grau, aquela pena poderia ser executada provisoriamente, pois os recursos extraordinários não dotados de efeitos suspensivos, sendo a pena executada provisoriamente conforme art.637, CPP:

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.

O que se obtinha era execução provisória da pena seria executada apesar de não haver o trânsito em julgado, sendo os recursos ordinários não serem dotados de efeito suspensivo, a pena poderia ser executada independentemente da presença de qualquer hipótese que autorizasse a prisão cautelar o que o Supremo Tribunal Federal mantinha decisão até o ano de 2007 sobre este entendimento:

(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44

liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.(...).³²

Tourinho Filho, compartilha da ideia de que a prisão antes de transitada em julgada a sentença condenatória só é admissível a título de cautela. Afirma que a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar e do réu não fazer jus à liberdade provisória tendo em conta apenas a gravidade do crime, constituem antecipação da pena e, por conseguinte, violação do princípio constitucional da presunção da inocência.³³

Este princípio assegura a todo réu, que a pena não deve ser aplicada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória transitada em julgado para a execução de pena, podendo ser esta com perda da liberdade. De certo modo, pode-se dizer, não sem razão, que a presunção é um dos princípios basilares do estado democrático de direito com garantia de processual penal, visando à tutela do direito pessoal.

Deste direito decorre a exigência de que pena não seja aplicada depois de transitado em julgado. Somente depois da pena torna-se irrecorrível é que podem ser proposta medidas de execução de pena. A própria constituição estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.³⁴

Neste sentido cabe ao estado, depois de observados todos os procedimentos legais comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente considerado inocente. A consagração da inocência, destarte, não afasta a constitucionalidade em algumas modalidades de prisão provisória, tais como a prisão cautelar, que ainda é harmonicamente reconhecida pela jurisprudência. No tocante, assim como alguns outros princípios, o da presunção da inocência busca reprimir atos arbitrários do estado.

³² STF 1º turma, HC 91675/PR, Rel. min. Cármen Lúcia, j.04/09/2007, Dje 157 06/12/2007.

³³ TOURINHO, Fernando da Costa Filho. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001, p.178.

³⁴ CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988). Emenda Constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explícito, previsto, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU:

Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumidamente 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.³⁵

no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Art. 14, 2. Toda a pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.³⁶

Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade.

A presunção da inocência, como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, decorre do sistema processual acusatório, no qual cabe ao Ministério Público ou, nos casos de ação privada, ao ofendido ou ao seu representante, o ônus da prova contra o réu.³⁷

Entende-se que o acusado só poderá ser considerado culpado e, por conseguinte, sofrer os efeitos da condenação, após o trânsito em julgado da sentença condenatória tal garantia não impede que alguém seja submetido à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A própria Constituição

Federal prevê casos em que é possível o réu sofrer os efeitos da condenação antes

do decreto condenatório, como nas hipóteses flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente art. 5º, LXI:

³⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

³⁶ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo de execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.75-6.

ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.³⁸

A razão pela qual não ofende o princípio constitucional reside no fato de que a prisão antes do acórdão ou sentença condenatória se dá apenas em situações excepcionais e atendidos os requisitos da cautelaridade.³⁹

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm se posicionado no sentido de que os processos em andamento e os inquéritos criminais não autorizam a valoração negativa dos antecedentes do acusado para fins de exacerbação da pena-base.⁴⁰

Em respeito ao princípio constitucional da inocência, impossível agravar a situação do condenado em razão de procedimentos criminais em curso, em que é possível, até mesmo, advir juízo absolutório. O novo posicionamento jurisprudencial que somente podem ser considerados maus antecedentes as condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configurarem reincidência, parece mais adequado ao texto constitucional.

Nesse panorama doutrinário e jurisprudencial, tendo presente a excepcionalidade da execução provisória, que deve ser pautada nos requisitos de cautelaridade, far-se-á uma análise da inconstitucionalidade da prisão decorrente de acórdão penal recorrível à luz da Constituição Federal.

³⁸ ³⁸ CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988). Emenda Constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

³⁹ KARAN, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, p.167-70, 2005.

⁴⁰ (...) Ausente o trânsito em julgado em processos-crime não podem ser considerados como antecedentes criminais. IV - Ordem concedida. (STF, HC 49546/SP, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 29/08/200, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 22-09-2006). Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 09 Out. 2016.

3-DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

3.1-STF: POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, promoveu uma mudança de paradigma na sua jurisprudência, no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, matéria que estava adormecida desde o julgamento do HC 84078, em 05 de fevereiro de 2009.

A Corte Constitucional considerou que é possível o cumprimento provisório da pena, uma vez depois de confirmada a condenação penal em segunda instância, mesmo que ainda comporte recursos de natureza extraordinária (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), sem que isso configure, portanto, violação ao princípio constitucional da Presunção de Inocência (não culpabilidade), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, conforme HC 126.292.

Decisão: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada: As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem

prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator. Neste habeas corpus, a impetrante alega, em suma, que o Tribunal de Justiça local decretou a prisão preventiva do paciente sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, mormente porque o magistrado sentenciante permitiu que o réu recorresse em liberdade. Requer, liminarmente, “seja sobrestado o mandado de prisão expedido contra o Paciente até o julgamento final deste writ, quando espera ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória (...)”. 2. À vista da Súmula 691 do STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Sabe-se, porém, que a jurisprudência desta Corte admite seu abrandamento em casos excepcionais (v.g., entre outros, HC 118.066 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25-09-2013; HC 95.913, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 06-02-2009), quando manifesta a ilegalidade. 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: “Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio. Ve-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso. 4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente⁴¹

Toda decisão judicial deverá ser necessariamente fundamentada, sob pena de nulidade, ante o que estabelece o Princípio da Motivação (art. 93, IX, da Carta Magna), não seria diferente o caso da decisão proferida pelo STF, que considerou legítima a execução provisória da pena.

⁴¹ STF 1º turma, HC 126292 SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. 05/02/2015, Dje DJe-027 09/02/2015

3.1.2- ARGUMENTOS DO STF DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução provisória de pena envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal;

A possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, vide HC 68.726;

O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5., inciso LVII, da [Constituição Federal](#) a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, alias, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par-2. do artigo 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no "efeito devolutivo". Habeas corpus indeferido.⁴²

Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, motivo pelo qual, tendo havido, em segunda instância, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas, parece inteiramente justificável a relativização do princípio da presunção de inocência;

A relativização ao princípio da presunção de inocência tem respaldo em vários constitucionalistas, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes;

A execução provisória da pena não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, quando o acusado é tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal e são observados os direitos, garantias, regras processuais e o modelo acusatório atual;

Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

⁴² STF. Plenário. HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991.

Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo e tem por objeto precípuo preservar a higidez do sistema normativo, tratando de questões constitucionais que transcendem o interesse subjetivo da parte;

O entendimento jurisprudencial que assegura a execução da pena somente depois do esgotamento de todas as vias recursais tem permitido e incentivado a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, visando, não raro, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória;

Cumprido ao Poder Judiciário, sobretudo, ao próprio STF, garantir que o processo – único meio de efetivação do jus puniendi estatal, resgate essa sua inafastável função institucional;

Mesmo que haja eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, haverá vários mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, podendo o réu se valer, por exemplo, de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, ou de habeas corpus para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais.

Assim sendo o condenado em segundo grau cumpre pena e não se discute mais e caso ao final do processo a conclusão seja, por exemplo, de que o fato sequer era típico, pela presença de princípios como o da insignificância, não há o que fazer além de “sorrir amarelo”, caminhando o sistema de justiça para uma rápida corrosão dos seus valores fundamentais em matéria criminal, justamente os que garantem a preservação da democracia, impedindo o abuso do poder punitivo que ora passa a ser, não só admitido, como referendado pelo somatório dos entendimentos da Corte Constitucional.

É comum que se diga que nos Estados Unidos é assim, ou que na Alemanha daquela forma, como suporte absoluto, não passível de contradição, para determinados entendimentos. Em verdade, a análise comparada é dotada de importância por permitir ao intérprete refletir sobre diferentes perspectivas da matéria, comparando métodos avançados a fim de extrair seus aspectos mais positivos, mas é igualmente correto ser absolutamente temerária, quando

se trata de analisar pontualmente aspectos do sistema de Justiça, por exemplo, que o MP tem poder investigativo nos Estados Unidos, raramente se ouve alguém lembrar que o advogado regularmente constituído também o tem. Quando se fala na possibilidade executiva da pena após a condenação de primeiro grau, na Justiça norte-americana, há um esquecimento de que lá a imensa maioria dos casos criminais são julgados pelo Tribunal do Júri (a exceção é apenas o crime de responsabilidade do Presidente da República) e deste julgamento, pela essência estrutural do juízo por jurados, não cabe qualquer recurso de mérito, nem para defesa nem para a acusação, em outras palavras, condenado cumpre pena, mas se absolvido o está em caráter praticamente definitivo. Não se fala, quando referido ao sistema Alemão e mesmo, novamente, ao norte-americano, do poder da decisão dos Tribunais, em que a Jurisprudência gera praticamente uma regra de cumprimento obrigatório em todos os demais âmbitos jurisdicionais, dentro de uma lógica racionalizante do sistema que objetiva a uniformização das decisões e não as intermináveis manifestações de posicionamentos pessoais e debates subjetivos, como é comum nos sistemas latino-americanos, entre os quais se insere o brasileiro.

No entanto Supremo Tribunal Federal altera a decisão do Habeas Corpus 84.078:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (...).⁴³

Referindo-se que precisa ler a constituição e a hermenêutica não permite alterar o sentido do texto constitucional, sendo clara quanto que a

⁴³ STF PLENO, HC 84.078/ Rel. min. Eros Grau, j.04/09/2007, j 05/02/2009.

condenação não será até o exercício do duplo grau, mas sim até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entendendo no Habeas Corpus 84.078, na constituição federal diz que se é presumido não culpável até o trânsito em julgado, a pena só pode ser executada quando houver o trânsito em julgado da sentença condenatória até este momento não se admitiria a execução provisória da pena, admitindo a prisão durante a persecução penal se presente uma das hipóteses que autorize a prisão cautelar.

No entendimento do Marco Aurélio, quando a corte, ao autorizar, por meio de um Habeas Corpus, que réus sejam presos mesmo com recursos pendentes de apreciação, violou o que diz inciso LVII do artigo 5º da Constituição, seu voto foi pela constitucionalidade do artigo do 283 da CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁴⁴

Para o ministro Marco Aurélio de Melo a questão é que:

(...) Não cabe discutir se recurso de natureza extraordinária possui ou não eficácia suspensiva. É extrema de dúvidas que não possui, tanto que, se quer imprimir esse efeito ao recurso há necessidade de ajuizar-se ação cautelar pleiteando-o ao órgão julgador, pleiteando-o ao relator. O que temos que definir é se podemos agasalhar no campo penal – em jogo a liberdade de ir e vir – as duas espécies de execução: a execução definitiva e a execução provisória. O que prevalece – e ninguém tem dúvida quanto a isso – no campo patrimonial. Se o recurso tem o tríplice efeito – o primeiro, o de obstaculizar a coisa julgada; o segundo, o devolutivo; e o terceiro o suspensivo – não cabe qualquer tipo de execução. Se o recurso possui os dois primeiros efeitos apenas, é possível, com as cautelas próprias, a execução dita provisória; precária, portanto. Mas aí os atos de contrição esbarram na garantia do juízo ou na caução a ser prestada pelo exequente sequioso de acionar o título judicial, e isso ocorre porque possível o retorno ao status quo ante, retornar-se ao estado anterior. (...) Quando o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete 267, confesso que estranhei essa mesma edição. Verbetes que revela que não tendo recurso especial efeito suspensivo, é possível executar-se – a meu ver de forma açodada, a meu ver de forma precoce, a meu ver de forma temporã – a pena imposta ao acusado.⁴⁵

Já o ministro Joaquim Barbosa alegou em seu voto, que no processo penal como o do Brasil, que possibilita inúmeros recursos, se tivermos

⁴⁴ Código de Processo Penal, (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

⁴⁵ STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

que aguardar o esgotamento do recurso especial e do recurso extraordinário, a pena jamais seria executada, pois o processo jamais chegaria ao seu fim.⁴⁶

Ocorre que, ao negar a ordem de habeas corpus, na recente decisão, o STF entendeu que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. A mudança de paradigma acima referida se dá na medida em que, desde o julgamento proferido em 2009, a Corte condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressaltando, logicamente, a possibilidade de prisão preventiva ou temporária, modalidades de prisão cautelar.

O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292, sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, é o réu passa, então, a presumir-se culpado.

A linha de raciocínio do ministro está ancorada no argumento de que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa lato sensu já se encontra perfectibilizada” É importante salientar, por pertinente, que o recurso especial (STJ) e o recurso extraordinário (STF) não possuem efeito suspensivo, nos termos dos artigos 637 do Código de Processo Penal e 27, §2º da Lei nº 8.038/90, pelo que se harmonizam com a nova jurisprudência do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena. Cabe referir, entretanto, que o réu poderá tentar evitar a execução provisória da pena no ato da interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário, pedindo cautelarmente que seja conferido efeito suspensivo à decisão recorrida, nos termos do artigo 1.029, §5º, do novo Código de Processo Civil. A título de argumentação, ainda, cumpre referir que, por exemplo, se o réu, condenado

⁴⁶ STF. Plenário. HC 126292/SP Min. Joaquim Barbosa.

em apelação, opuser embargos de declaração, o início da execução provisória da pena ficará suspenso até o seu julgamento, pois essa modalidade de recurso possui efeito suspensivo, impedindo que a decisão embargada produza efeitos”. Nessa linha, Zavascki frisou em seu voto que, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”⁴⁷.

Em seu voto, Teori, cita alguns julgados do STF, apontando que sempre foi possível a execução provisória da pena após acórdão condenatório em julgamento de apelação criminal, tendo em vista que os recursos pendentes não teriam efeito suspensivo, mas apenas devolutivo. Assevera, ainda, que havendo o julgamento da apelação pelo Tribunal de segundo grau, confirmando a condenação, ocorreria a preclusão no que diz respeito aos fatos da causa, e que os recursos cabíveis para as instâncias extraordinárias, Recursos Especial e Extraordinário, somente se pautaria sobre matéria de direito, e por isso o princípio da inocência pode ser relativizado. Para ele, o princípio da inocência deve ser respeitado no curso de todo processo criminal, mas uma vez repetida a condenação pelo órgão de segundo grau, pode o réu se recolher a prisão, não havendo violação alguma ao referido princípio constitucional.

Desse modo, entendemos que todos os recursos que são recebidos em efeito suspensivo impediria a execução provisória da pena, como a interposição de embargos de declaração, por exemplo, e somente quando pendentes recursos apenas com efeito devolutivo, como é o caso dos recursos especial e extraordinário é que, então, segundo o voto do Relator, seria possível a execução provisória.

A partir destes argumentos, fixou-se um novo parâmetro a partir do qual o réu deixa de ter reconhecida a sua presunção de inocência, qual seja, a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, razão pela

⁴⁷ STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

qual alguns doutrinadores referem que a decisão do Supremo Tribunal Federal “relativizou” o princípio da presunção da inocência.

Dizer que determinado instituto foi “relativizado”, significa dizer que, em determinadas situações, ele poderá não ser observado, o que não nos parece ser o caso, pois, como referimos, a presunção da inocência, impreterivelmente, continuará a ser observada, sem exceção, em todo e qualquer caso. O que se alterou com a decisão proferida no HC 126.292 foi o “momento em que se exaure essa presunção”.

Sem querer diretamente combater os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal ora em comento, mas assim como mudou para garantir a execução da pena mesmo com a pendência de recursos, é emergencial mudar novamente para voltar afirmar ser cabível o HC substitutivo, caso contrário ter-se-á que reconhecer que ocorreu uma migração evidente de um sistema de Justiça com bases democráticas, para uma estruturação fundamentada no conceito de que as possibilidades punitivas devem ser máximas e, em consequência, as liberdades cidadãs mínimas.

Atente-se para o fato de que não estamos questionando o fato de ser justa ou injusta a execução provisória da sentença pena condenatória. O questionamento proposto deve ser convergido ao fato de ser ela autorizada ou não dentro do sistema adotado pela nossa Constituição Federal. Esse é o ponto crucial.

3.2- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Quando se fala em Inconstitucionalidade quer se dizer que existe uma contrariedade à Constituição ou a uma norma fundamental, tendo a ver com o controle de constitucionalidade.

Evidentemente, o aludido entendimento não encontra consonância com redação da Constituição Federal, na qual se estabelece o princípio da não culpabilidade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Veja que o afastamento da presunção (o que possibilitaria a execução da pena), se dá tão somente quando ocorre o trânsito em julgado da decisão desfavorável ao réu.

A regra infraconstitucional do Código de Processo Penal, por evidente, deve dar espaço ao preceito constitucional do artigo 5º, LVII da Constituição Federal, não sendo invocável qualquer hipótese de mutação constitucional, haja vista que o aludido dispositivo é claro no sentido de que é apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória que será possível afastar a presunção de não culpabilidade do acusado e iniciar a execução da pena imposta.

Em que pese todos os argumentos favoráveis à execução antecipada da pena como: a demora da prestação jurisdicional; os inúmeros recursos disponíveis ao réu; o efeito apenas devolutivo dos recursos excepcionais, todos esses argumentos não merecem guarida, pois estão abaixo do preceito constitucional de que ninguém será considerado culpado até transitar em julgado o decreto condenatório.

E essa posição da Suprema Corte de que era possível a execução provisória da pena, perdurou desde 2009, sendo, inclusive, a posição de alguns doutrinadores, como por exemplo Guilherme Nucci que diz " que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, razão pela qual, decidida a questão em segundo grau, o acusado deve recolher-se à prisão."⁴⁸

Outros doutrinadores estão em desacordo com o mesmo entendimento, como e Eugênio Pacelli :

(...) a posição da Suprema Corte viola frontalmente o princípio constitucional da inocência, dado que autoriza a prisão de quem não pode ser considerado culpado sem qualquer fundamentação da autoridade judiciária competente. Autoriza-se então, a prisão do inocente sem a demonstração da presença dos requisitos da prisão cautelar.⁴⁹

O que deve se levar em conta não é a previsão expressa de efeito devolutivo para o recurso (art. 27, § 2º, Lei n. 8.038/90). O que se discute é a aplicação de um Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, enquanto

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.837.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, , 2009, p.773.

norma positiva e eficaz, já que o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, assevera que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” como expressa Eugênio Pacelli.⁵⁰

Neste sentido, Rômulo Andrade entende “que é de todo inadmissível que alguém seja preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, salvo a hipótese desta prisão antecipada se revestir de natureza cautelar, independentemente da primariedade e dos bons antecedentes. Soa estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado e, ao mesmo tempo, ser obrigado recolher-se à prisão, mesmo que o acusado não represente perigo nenhum, seja para a sociedade, seja para o processo ou para a aplicação da pena.”⁵¹

Essa prisão antecipada, que é fundada na inexistência do efeito suspensivo dos recursos possui natureza de pena privativa de liberdade, de sanção imposta a quem reconhecidamente cometeu uma infração penal, ou seja, só pode ser, ou melhor, só poderia ser imposta a pessoa que já perdeu a condição de inocente, mediante decreto condenatório transitado em julgado, no entendimento de Fernando Capez.⁵²

Afrânio Silva Jardim, diz “que a prisão pode perfeitamente ser realizada na pendência dos recursos excepcionais, desde que, porém, seja fundamentada, como medida cautelar de acordo com os interesses da justiça. O que não pode é a prisão se dar em decorrência do esgotamento das vias ordinárias.”⁵³

Assim, e dependendo das circunstâncias nas quais o crime foi cometido, da gravidade do delito e das condições pessoais do indivíduo, determinar o imediato cumprimento da pena, sem a presença dos requisitos

⁵⁰ Idem,p.773.

⁵¹MOREIRA, Rômulo Andrade. Curso Temático de Processo Penal. 5 ed., Salvador: Podiv,2009,p.692.

⁵² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16 ed., São Paulo: Saraiva,2009.

⁵³ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense,,2003,p.266.

cautelares do art. 312 do CPP, pode ser revelar extremamente desaconselhável, a par da inconstitucionalidade manifesta.

Se a Constituição Federal da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, é claro, então, que o réu não pode recolher-se à prisão antes de transitar em julgado o decreto condenatório. Destaca-se, que nada impede que o réu possa recolher-se à prisão antes do trânsito em julgado da sentença, desde que presentes os requisitos da medida cautelar, caso contrário, haveria violação a determinadas garantias constitucionais, como da presunção de inocência e da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Efetuada a pesquisa do presente trabalho foi possível chegar-se a algumas conclusões no que concerne à execução penal provisória. O princípio da presunção da inocência 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 esses em que o Brasil é signatário e, segundo o art. 5º, § 3º, da CF, equivalem às emendas constitucionais.

Não restam dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente adotou a presunção da inocência como garantia constitucional que proíbe que o acusado seja considerado culpado e, por conseguinte, sofrer os efeitos da condenação, antes o trânsito em julgado da sentença condenatória. É, pois, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Além de violar os art. 5º, inciso LXI e o artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, que determinam que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Maior alcance, ainda, tem esses preceitos quando se trata de privar o indivíduo de sua liberdade.

A Constituição Federal expressamente proíbe a antecipação do juízo condenatório. Não restam dúvidas de que a prisão antecipada, decorrente da interposição de recurso ao grau extraordinário, é inconstitucional e atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que o acusado é compelido a cumprir a sanção penal antes de ser ter uma pena definitiva. Evidente, portanto, a confusão entre acusado e condenado.

A supremacia da Carta Magna exige que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais, destarte, a exigência de o réu começar a cumprir a pena antes mesmo do decreto condenatório definitivo não pode perdurar, porquanto contrária à coerência e harmonia do próprio ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo até aqui tratado no presente estudo, uma frase já mencionada, ressalta bem o objeto de discussão é o intuito do presente trabalho “O que ocorre hoje é um distanciamento entre o direito vigente e o direito vivido”, uma vez que apesar de expressamente consagrado na Magna

Carta e demais leis infraconstitucionais, a garantia fundamental, um direito garantido o princípio da Presunção da Inocência ou de Não Culpabilidade.

O poder público é regido por normas editadas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Este, por sua vez, é eleito pelo povo, que os colocam como seus representantes através de seu exercício de cidadania: o voto. Esta situação fortalece a democracia onde o poder emana do povo que é exercido por meio de seus representantes.

Entretanto, esse poder deve ser delimitado pelos princípios elencados no texto constitucional. As normas devem obedecer a esses fundamentos. E, por sua vez, os órgãos responsáveis por decidir questões de conflito são obrigados a seguir tais princípios. O exercício de uma justiça eficiente e eficaz depende do importante papel dos preceitos constitucionais distribuídos por todo o texto legal. Em especial o princípio da presunção de inocência, que garante o afastamento da existências de possíveis arbitrariedades do poder público em busca de uma resposta para a sociedade

O princípio constitucional em estudo tem por escopo evitar a aplicação apressada e irresponsável da justiça. O homem tem o direito a vida, a liberdade, a existência de forma digna e a correta aplicação da justiça.

É uma das mais importantes garantias previstas na Constituição, onde o acusado pela prática de uma infração penal deixa de ser um simples componente de uma relação jurídica processual e torna-se um sujeito detentor de direitos e garantias. Deste princípio, vários outros surgem em favor do réu. Tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal dentre outros.

O princípio em questão não afirma o fato de o culpado pela prática de uma infração penal ser inocente e não poder sofrer o julgamento através dos órgãos estatais. Este dispositivo constitucional apenas expressa o fato de que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ou seja, depois de ser julgado através de um devido processo legal sendo asseguradas todas as garantias constitucionais. Ela é um remédio contra o arbítrio do Estado e a aplicação injusta da justiça.

A essência da justiça não é apoiar atitudes que desrespeitam os valores da dignidade da pessoa humana que por muitas vezes são perpetradas por nossos próprios semelhantes que buscam apenas seus objetivos em detrimento dos valores humanos. O direito existe para equilibrar as relações interpessoais e tornar agradável a vida de todos.

Assim, que a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal ainda deixa muitos questionamentos e será alvo de intensos debates. Resta-nos esperar os futuros desdobramentos, sempre com a preocupação acerca de possíveis novas relativizações em relação a outros direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(...) Ausente o trânsito em julgado em processos-crime não podem ser considerados como antecedentes criminais. IV - Ordem concedida. (STF, HC 49546/SP, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 29/08/200,

Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ 22-09-2006). Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 09 Out. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo – SP: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal , 10ª Edição, Editora Saraiva – 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16 ed., São Paulo: Saraiva,2009.

Código de Processo Penal, (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

CONSTITUIÇÃO, Brasil (1988).Emenda constitucional, Brasil, Revisão constitucional, Brasil, Título.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle de Constitucionalidade. 2 ed . Bahia: Podium, 2007.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

[Declaração Universal dos Direitos Humanos](#) (DUDH).

GRINOVER, Ada Pelegrine. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GOMES FILHO, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 23ª Edição, Malheiros Editores Ltda. – 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense,.2003.

KARAN, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11,2005.

Lei n. 9.882 03 de dezembro de 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gnet Branco-. Ed. Ver. E atual. Atual- São Paulo. Saraiva. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. ed. 28, São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. ed. 28, São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo Andrade. Curso Temático de Processo Penal. 5 ed., Salvador: Podiv, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo de Execução Penal. Guilherme de Sousa Nucci. – 4 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo de execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

STF 1º turma, HC 91675/PR, Rel. min. Cármen Lúcia, j.04/09/2007, Dje 157 06/12/2007.

STF. Plenário. HC 126292/SP Min. Joaquim Barbosa.

STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho, 2005.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001.