

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Daniela Patrícia dos Santos Andrade,
Bacharela em Direito pela Universidade
Tiradentes, Técnica Judiciária do Tribunal de
Justiça de Sergipe, exercendo a função de
Assessora de Juiz.

RESUMO: O presente trabalho tem a intenção de estimular a análise acerca da constitucionalidade da prisão temporária, considerando a sua importância tanto no aspecto da preservação do direito de liberdade do cidadão, quanto no sentido da manutenção da ordem, segurança pública e da efetividade da prestação jurisdicional, especificamente ligada ao processo penal. O tema central do presente texto é verificar a possibilidade de a prisão temporária ferir princípios constitucionalmente estabelecidos, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, ocasionando a sua inconstitucionalidade material, bem como observar ocorrência de inconstitucionalidade superveniente em virtude a edição da Emenda Constitucional nº 32/2000 e a possibilidade, ou não, de convalidação de eventuais vícios de iniciativa quando da conversão da medida provisória em lei pelo Congresso Nacional, questões diretamente relacionadas ao âmbito formal da constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão temporária; controle de constitucionalidade; princípios constitucionalidade; vício material; vício formal subjetivo; inconstitucionalidade superveniente; devido processo legislativo.

ABSTRACT: This work is intended to stimulate the analysis on the constitutionality of the temporary jail, considering its importance both in terms of preserving the right of freedom of the citizen, as for the maintenance of order, public safety and the effectiveness of providing legal, specifically linked to criminal proceedings. The central theme of this text is to check the possibility of the temporary prison hurt constitutionally established principles, such as the presumption of

innocence, the due process, the contentious and wide defense, leading to its unconstitutionality material and observe occurrence of unconstitutionality surviving because the issue of Constitutional Amendment no. 32/2000 and the possibility or otherwise of Ratification of any defects of initiative when the conversion of the provisional measure into law by Congress, issues directly related to the formal framework of constitutionality.

KEYWORDS: Prison temporary; control constitutionality; constitutional principle; material vice; formal subjective vice; unconstitutionality surviving; due i sue legislative.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves considerações sobre controle de constitucionalidade; 3. A constitucionalidade da prisão temporária; 3.1 A prisão temporária e o princípio da presunção de inocência; 3.2 A prisão temporária e o princípio do devido processo legal; 3.3 A prisão temporária e os princípios do contraditório e da ampla defesa; 3.4 A prisão temporária e a Emenda Constitucional nº. 32/2000; 4. Conclusão; 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 que introduziu em nosso ordenamento jurídico a prisão temporária. Em verdade, a Lei nº 7.960/89 é resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e decorre da comoção social oriunda do crescimento da criminalidade e da agressão aos bens jurídicos da comunidade naquele período.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos configura-se como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de figurarem como verdadeiros limites ao poder do Estado.

Tendo em vista que a prisão, de uma forma geral, acarreta o cerceamento da liberdade de locomoção, bem como considerando que a nossa Carta Magna garante a todos os cidadãos o direito à locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo a pessoa

nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, sendo que a restrição a esse direito fundamental tem natureza excepcional, qualquer lei ou ato normativo que vise restringir esse direito deverá respeitar as regras previstas.

Assim, necessária se faz a análise da sua constitucionalidade tanto no aspecto formal, quanto em seu aspecto material na referida lei. O aspecto material poderia restar atingido tendo em vista a não observância aos princípios da presunção de inocência ou não-culpa, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A discussão referente ao âmbito formal decorre da edição da Emenda Constitucional nº 32/2000, que, alterando ao texto constitucional, veda a edição de medidas provisórias sobre matérias relacionadas no parágrafo 1º do art. 62, dentre as quais cidadania, direito penal, processual penal, processual civil e as reservadas à lei complementar.

Assim, nova controvérsia surge acerca da constitucionalidade da prisão temporária, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 ingressou no ordenamento jurídico através de medida provisória, implicando numa invasão de reserva feita pela Constituição Federal, ainda que posteriormente.

Não obstante todas estas questões, verifica-se a existência de 02 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (números 4109 e 3360) em trâmite no Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de julgamento, questionando a constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 que dispõe sobre a prisão temporária, o que torna a discussão acerca do tema ainda mais envolvente.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A ideia de controle de controle de constitucionalidade está diretamente ligada à supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico, bem como à rigidez constitucional.

Assim ensina Alexandre de Moraes (MORAIS,2005):

“(...) a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia

constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.”

Assim, pode-se afirmar que controlar a constitucionalidade de uma lei significa verificar a adequação desta com as disposições constitucionalmente previstas, tanto no aspecto formal, quanto no material.

Desta forma, uma lei será inconstitucional quando contiver vício formal, também chamado de monodinâmico, ou vício material, também conhecido como monoestático. O vício material diz respeito a matéria de que trata a lei, ou seja, ao conteúdo do ato normativo. Já o vício formal se verifica quando a lei ou ato normativo contiver algum equívoco no seu processo de formação, referente ao processo legislativo de sua elaboração (vício formal objetivo) ou em razão de sua elaboração por autoridade incompetente (vício formal subjetivo), verifica-se na fase de iniciativa.

No que pertine ao momento do controle, ele pode ser prévio/preventivo ou posterior/repressivo. Será prévio o controle quando alcançar o projeto de lei, impedindo a sua inserção no ordenamento jurídico. Repressivo é o controle realizado já sobre a lei em vigor, geradora de efeitos potenciais ou efetivos.

Por fim, o controle de constitucionalidade pode ocorrer pela via difusa ou concentrada. Conforme afirma Pedro Lenza (LENZA, 2007):

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade. Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle “se concentra” em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

É sob a ótica do controle concentrado que iremos analisar a seguir a constitucionalidade da prisão temporária, introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 111/ 89, convertida na Lei nº 7.960/89, tendo em vista o ajuizamento de 02 (duas) ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é uma prisão de natureza cautelar, processual ou provisória, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.

A Lei nº 7.960/89, que estabelece a prisão temporária, é resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e decorre da comoção social oriunda do crescimento da criminalidade e da agressão aos bens jurídicos da comunidade.

Esta fase histórica proporcionou o movimento da “doutrina da lei e ordem”, visando o endurecimento de penas e medidas relacionadas ao seu cumprimento, ou seja, buscava-se a efetivação do processo penal. Os anseios da população foram perseguidos estabelecendo uma maior repreensão aos que desobedecessem à legislação. A Lei de Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90 - também decorreu dessa fase social, aproximadamente seis meses depois da Lei nº 7.960/89.

A forma de controle e combate à criminalidade existente à época da criação destas leis é criticada por muitos estudiosos da política criminal, por entenderem que os resultados alcançados quando se adotam esse tipo de medidas para o controle da criminalidade em períodos críticos da História acabam por atender apenas ao interesse de uma determinada classe social. Assim entende Silva Junior (SILVA JÚNIOR, 2004):

Todos sabemos que as raízes do problema da criminalidade crescente numa sociedade de desiguais, apartados por um abismo, residem em outras searas que não os das leis duras,

especialmente confeccionadas para alguns (os etiquetados) membros da coletividade. Ainda bem que por um princípio elementar de hermenêutica jurídica, este critério subjetivo da *mens legislatoris*, foi abandonado em favor da *mens legis*, na qual a intenção do legislador pouco importa para aplicação da lei. Uma vez promulgada a norma jurídica esta adquire foros de entidade autônoma, caracterizando a corrente objetivista ou dinâmica da interpretação do direito que veem o texto como uma entidade a se estante, autônoma, *prolem sine mater creatam*, ou no mínimo, uma obra que encontrou a autossubsistência no momento em que seu(s) autor(es) a moldaram na forma escrita. A partir daí, o autor deve calar-se e dar lugar às personagens, que verdadeiramente têm existência própria, mesmo eventualmente contra vontade declarada do seu criador.

Entretanto, ultrapassando a análise histórico-social da Lei nº. 7.960/89, passaremos a estudar este ato normativo, confrontando-o com as regras e princípios constitucionais vigentes.

3.1 A PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal em seu art. 5º inciso LVII estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando a presunção da inocência como um dos princípios norteadores da atividade estatal. Desta maneira, no Brasil, ninguém será considerado culpado pela prática de uma infração penal sem que tenha havido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em verdade, este princípio, expressamente introduzido em nossa Carta Magna, também representa uma preocupação dos entes e organismos internacionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O estado natural das pessoas é a inocência e para quebrar esta regra torna-se indispensável que o acusador (Estado-acusador) efetivamente prove os fatos por ele imputados ao réu.

Desta forma, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpa visa garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração.

Em decorrência deste princípio, evidencia-se a excepcionalidade das medidas cautelares de prisão, devendo, nesses casos, restar demonstrada a necessidade da medida e preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei para cada tipo de prisão provisória.

De acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil e necessário à instrução do processo e a ordem pública, de forma que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

O Prof. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2005) evidencia que:

“... outras medidas constrictivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).”

Os professores Rogério Sanches e Ronaldo Batista (SANCHES e BATISTA, 2008) afirmam que, do princípio da não-culpabilidade decorrem três conclusões:

“1) qualquer restrição à liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, isto é, quando nenhum recurso é mais possível; 2) cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar

sua inocência; 3) a condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*)”

Como se percebe acima, ainda como desdobramento do princípio da presunção de inocência, a prevalência do interesse do réu em caso de dúvida quanto à efetiva prática do fato delituoso imputado, prevalecendo o estado de inocência do indivíduo, acarretando a sua absolvição – *in dubio pro reo*.

Por fim, necessário se faz observar, o princípio da não-culpa sobre o prisma a intervenção mínima estatal. O princípio penal da intervenção mínima do Estado estabelece que o Estado somente vai atuar na persecução penal em virtude da ofensa de um bem jurídico quando a sanção civil e/ou administrativas foram insuficientes para reparação do bem jurídico afetado. O princípio da presunção de inocência reforça o da intervenção mínima na medida em que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado.

Todavia, a presunção de inocência, como qualquer direito constitucionalmente previsto, não pode ser considerada como absoluto.

O princípio da presunção de inocência não se apresenta incompatível com a figura da prisão cautelar, constituindo, em verdade, um instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Nesse sentido, Silva Junior (SILVA JÚNIOR, 2004) assevera que:

A presunção de inocência opera ao mesmo tempo no processo penal como uma regra de juízo e como regra de tratamento: regra de juízo, porquanto os indícios de autoria ou participação haverão de ser fortes o suficiente a amparar a medida cautela restritiva de liberdade (*fumus bonis iuri ou fumus comissi delicti*). O juízo de valor positivo acerca da autoria do imputado deverá ser maior que o juízo negativo correspondente. Regra de tratamento, pois não perderá o devido suas garantias processuais penais, nem atenderá a restrição cautelar da liberdade a finalidades

retributivas antecipando a pena. Tais limites infranqueáveis se impõem a todos, tanto ao Poder Executivo através da ação da Polícia Judiciária quanto ao Poder Judiciário.

Desta forma, a existência da prisão temporária em nosso ordenamento jurídico não afronta o princípio da presunção inocência, por ser esta uma garantia constitucional relativa. O legislador entendeu que, em consonância com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, nos casos especificamente dispostos na lei em estudo, a segurança e a efetividade da prestação jurisdicional se sobrepõem ao interesse individual de liberdade, não havendo qualquer inconstitucionalidade nesta eleição.

3.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Carta Magna de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal à ordem jurídica brasileira, inovando em relação às antigas Constituições. O art. 5º inciso LIV da Constituição da República assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal tem sua origem no direito anglo-saxônico do século XIII com a Magna Carta do Rei João Sem Terra. Os direitos de liberdade, propriedade e à vida dos barões ingleses só poderiam sofrer limitações consoante a *law of the land*, de acordo com os costumes da terra e sedimentado nos precedentes jurisprudenciais. Mais tarde a locução *law of the land* foi substituída pelo *due process of law*.

Este princípio, tal qual o princípio da presunção da inocência, detém a atenção dos entes e organismos internacionais, sendo mencionado na Declaração Universal dos Direitos do Homem ao garantir que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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”.

O princípio do devido processo legal protege o indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado, impedindo-o de exercer o seu direito

de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador. Portanto, deve traduzir-se como sinônimo de garantia. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

O professor Alexandre de Moraes (MORAIS, 2005) nos ensina que:

“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (envolvendo o direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”

Em verdade, o princípio do devido processo projeta uma série de direitos e garantias: contraditório; ampla defesa; o direito a defesa técnica e defesa pessoal, inclusive sendo-lhe conferido o direito de permanecer em silêncio sem que isso tenha reflexos negativos na formação do convencimento do Magistrado; o direito a publicidade do processo; ampla produção de provas, sendo, contudo, vedada a utilização de provas obtidas por meios ilícitos; o direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, restando expressamente proibido na Constituição, a criação de quaisquer tribunais de exceção; a obrigatoriedade de motivação das decisões processuais, dentre tantos outros.

Em um verdadeiro desabafo, o Prof. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2005) aduz que o princípio do devido processo legal:

“Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se estes forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou

constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.”

Questão importante no estudo acerca da constitucionalidade da prisão temporária é quanto ao respeito ao princípio do devido processo legal. Também já estudado acima, o princípio do devido processo legal protege o indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado, impedindo-o de exercer o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

Como visto, a nossa Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em virtude disso, há estudiosos que afirmam que a prisão temporária deve ser considerada inconstitucional, tendo em vista que durante a fase de inquérito não há a incidência do contraditório, tratando-se de procedimento administrativo destinado à apuração da autoria de materialidade de infrações penais. Assim, entendem, que na ausência de um processo, não há como se falar em devido processo legal.

Contudo, tais alegações não devem prosperar considerando que, não obstante o inquérito policial seja efetivamente um procedimento administrativo, de natureza inquisitorial, é possível a prática de atos nesta fase que serão albergadas pela garantia do contraditório de forma diferida. É exatamente o que ocorre na produção antecipada de provas, previstas pela legislação processual penal, em que é possível a prática de atos albergados pelo direito do contraditório, a ser exercido de forma diferida.

Por outro lado, a decretação de uma prisão temporária não está relacionada ao amplo arbítrio do magistrado, deve ser amplamente motivada, comprovando o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela legislação.

Em que pese efetivamente não haja processo, deve ser observado que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar e que o princípio do devido processo legal exige que o Estado exerça o seu

direito de punir por meio de um processo judicial legítimo. Todavia, ao decretar uma prisão temporária, o Estado não está atuando de forma arbitrária, mas sim buscando proteger a segurança social e a efetividade da prestação jurisdicional, não havendo prejuízo ao acusado quanto ao seu direito de oferecer resistência a esta medida, utilizando-se dos meios recursais cabíveis, bem como de produzir provas e influenciar no convencimento do julgador quando do efetivo julgamento da causa.

3.3 A PRISÃO TEMPORÁRIA E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Por ampla defesa entende-se o direito que é assegurado ao acusado de valer-se de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita no processo, ou seja, é assegurá-lo das condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória, cabendo ao Estado proporcionar que todo acusado tenha defensor, caso não constitua um a sua escolha. A segunda, autodefesa, está no âmbito de conveniência do réu que pode optar em permanecer inerte.

A Constituição Federal previu a possibilidade de o acusado, em considerando mais conveniente, omitir-se de auxiliar no esclarecimento dos fatos, podendo silenciar sempre que questionado. Este também é um exercício da ampla defesa, tendo em vista que o seu silêncio não pode ter reflexos negativos na formação do convencimento do Magistrado, muito menos fundamentar posterior condenação.

Já o princípio do contraditório pode ser traduzido no binômio “ciência e participação”. O art. 5º inciso LV da CF impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os diversos atos que compõem o processo penal.

Assim, impõem-se, em consequência, que de toda alegação fática ou apresentação de prova feita no processo por uma das partes deve a outra parte manifestar-se, proporcionando um perfeito equilíbrio na

relação jurídica estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à presunção de inocência do acusado.

Todavia, não há que se falar em inconstitucionalidade da prisão temporária por afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa.

A legislação processual penal prevê a possibilidade da prática de determinados atos nos quais a garantia do contraditório e da ampla defesa poderão ser exercidas de forma diferida, sob pena de esses atos perderem a sua finalidade. Nesses casos, o contraditório é postergado para um momento futuro. Conforme já indicado acima, é o que ocorre na produção antecipada de provas na fase do inquérito policial em que é possível a prática de determinados atos cujo direito do contraditório será exercido de forma diferida.

Outro exemplo dessa prática é a interceptação telefônica, em que o juiz autoriza a sua realização, tendo o acusado a possibilidade de “ciência e participação” apenas após a sua conclusão.

Assim, resguardadas as devidas proporções, entendemos que a prisão temporária seja mais um exemplo em que o direito do contraditório apresenta-se de forma diferida, podendo ser exercido através da via recursal prevista na legislação em vigor.

3.4 A PRISÃO TEMPORÁRIA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2000

A constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 também deve ser analisada quanto ao aspecto referente ao seu nascimento.

Observando referida lei em seu nascedouro, percebe-se que ela foi fruto formal, num primeiro instante, da iniciativa do Poder Executivo, já que decorrente da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, em lei.

O processo legislativo apresenta-se como conjunto de atos sequenciados que compõem o procedimento a ser obedecido pela Câmara, pelo Senado e pelo Presidente da República, quando da produção de atos normativos derivados diretamente da Constituição. É composto de uma série de fases solenes, que vão desde a iniciativa até a promulgação da lei.

Medida provisória é uma espécie normativa com força de lei, editada pelo Presidente da República nos casos expressamente previstos na

Constituição, e que se submete à análise do Congresso Nacional, que poderá convertê-la em lei ou não, devendo estar respaldada pela “relevância” e a “urgência”.

Todavia, foi editada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 32/2000, alterando ao texto constitucional e proibindo a edição de medidas provisórias sobre matérias relacionadas no parágrafo 1º do art. 62, dentre as quais cidadania, direito penal, processual penal, processual civil e as reservadas à lei complementar.

Em assim sendo, apresenta-se controversa questão acerca da constitucionalidade da prisão temporária, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 ingressou em nosso ordenamento jurídico através de medida provisória, implicando numa invasão de reserva feita pela Constituição Federal, já que a matéria tratada na Medida Provisória nº 111/89 estaria adstrita ao princípio da reserva legal, só podendo ser disciplinada através de lei em sentido estrito.

Tem-se alegado que, tendo sido a prisão temporária instituída por medida provisória, viciou-se de inconstitucionalidade, já que a medida provisória não poderá jamais ser aplicada ao campo penal porque não é lei. Tratar-se-ia, então, de uma das hipóteses da inconstitucionalidade formal.

O vício formal se verifica quando a lei ou ato normativo contiver algum equívoco no seu processo de formação, referente ao processo legislativo de sua elaboração (vício formal objetivo) ou em razão de sua elaboração por autoridade incompetente (vício formal subjetivo), verifica-se na fase de iniciativa.

O professor Alexandre de Moraes (MORAIS, 2005) ensina que:

O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve

ser entendido *como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional* (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).

Desta maneira, percebe-se que a inobservância das regras constitucionais do processo legislativo acarreta a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo.

No caso em questão estaríamos diante de uma inconstitucionalidade formal subjetiva, por referir-se a fase introdutória do processo legislativo, relacionada à questão de iniciativa, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 decorreu da conversão de uma medida provisória, sendo que a Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 32/2000 veda a existência de medidas provisórias que versem sobre direito penal e processual penal.

Para o estudo desta questão se faz imprescindível observar que no momento em que a medida provisória foi editada, bem como quando da sua conversão em lei (ambas em 1989) não havia a vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada, tendo sido introduzida a proibição na Carta Magna em 2000, através da Emenda Constitucional nº 32/2000. Outra questão importante a ser analisada diz respeito à possibilidade de que eventuais vícios de iniciativa sejam sanados quando da convalidação do Congresso Nacional.

No que pertine a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 32/2000, realizada posteriormente a sua conversão da medida provisória em lei, em 1989, verificamos que a inexistência de vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada naquele momento não ocasiona constitucionalidade *ad eternum*.

Uma lei ou ato normativo, para ser considerada constitucional, deve enquadrar-se às regras constitucionalmente estabelecidas pelo legislador constituinte originário, bem como pelo legislador constituinte derivado reformador.

Em assim sendo, é possível a ocorrência de uma inconstitucionalidade superveniente, ou seja, quando determinada lei ou ato normativo era constitucional quando da sua edição, mas veio a

tornar-se posteriormente inconstitucional em virtude de alteração constitucional realizada pelo legislador através de emenda constitucional.

No que diz respeito a existência de vício formal subjetivo, ou seja de iniciativa, e a possibilidade de posterior convalidação da lei pela pessoa ou órgão constitucionalmente indicado para iniciar processo legislativo referente a determinada matéria, mencionamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 2867/ES, com julgamento em 03/12/2003) na qual a Suprema Corte explicita o entendimento pacífico de que a posterior sanção do Chefe do Executivo não convalida o vício de iniciativa. Assim, quando não respeitado o poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais resta configurada transgressão ao texto da Constituição da República e gerando, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei, senão vejamos:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE

REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. - A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES). - A locução constitucional “regime jurídico dos servidores públicos” corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE “IN ABSTRACTO”. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração

das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF).

Entendemos que o mesmo raciocínio deve ser realizado no que se refere à conversão pelo Congresso Nacional da medida provisória em lei, quando a matéria ali tratada for reservada a lei, em sentido estrito.

Há julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar (ADI-MC4048/DF, com julgamento em 14/05/2008), em que a Corte aduz que “a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória”, de maneira que a conversão da medida provisória em lei não retira seus vícios de inconstitucionalidade ao tratar de matéria de competência vedada ao Poder Executivo:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das

leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da

MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008

Como pode ser observado na decisão da Suprema Corte, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o vício de iniciativa não pode ser suprido por posterior manifestação da pessoa ou órgão constitucionalmente competente para iniciar o processo legislativo, sob pena de haver burla às determinações constitucionais.

Outra não poderia ser a conclusão. Tendo a Constituição Federal, indicado especificamente a pessoa responsável pela iniciativa legislativa e/ou as matérias que podem ou não ser objeto das espécies normativas, qualquer “conserto” posterior que venha a ser almejado terá o único condão de burlar as determinações e proibições constitucionais.

Desta feita, não obstante inexistir qualquer inconstitucionalidade material da Lei nº. 7.960/89, considerando que a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória, evidente haver ocorrido inconstitucionalidade superveniente da lei tendo em vista a existência de vício formal subjetivo oriundo da vedação de que medidas provisórias que versem sobre direito penal e processual penal, introduzida pela Emenda Constitucional nº. 32/2000.

4. CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade configura-se como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de figurarem como verdadeiros limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando a forma como deve proceder e os deveres que deve cumprir.

Todavia, não há que se falar em inconstitucionalidade material da Lei nº 7.960/89, ou seja, não se verifica incompatibilidade do objeto da lei com a Constituição Federal no seu aspecto substancial ou

doutrinário. A inclusão no ordenamento jurídico de lei que possibilita a ocorrência de prisão temporária não afronta os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Esta questão é solucionada à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, também de ordem constitucional, de forma que é possibilitado ao legislador infraconstitucional, quando da edição de novas leis, eleger os bens jurídicos a serem protegidos, sopesando os direitos e garantias a serem preservados naquela situação, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, a mesma conclusão não é extraída quando da análise da inconstitucionalidade formal, especificamente na sua órbita subjetiva. Conforme já visto acima, o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa, na origem do processo legislativo.

No caso da Lei nº. 7.960/89, observando-a em seu nascedouro, percebe-se que foi fruto formal, num primeiro instante, da iniciativa do Poder Executivo, posto que decorrente da conversão da Medida Provisória nº. 111/89 em lei. Neste momento histórico, nada de errado havia com a lei, tendo em vista que foram observados todos os trâmites constitucionalmente previstos para processo legislativo em questão.

Entretanto, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 32/2000, ocorreu uma alteração no texto constitucional, prevendo a proibição de que medidas provisórias versassem sobre direito penal e processo penal, dentre outras matérias.

Não obstante tal vedação tenha sido realizada posteriormente a sua conversão da medida provisória em lei, em 1989, concluímos que a inexistência de vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada naquele momento não ocasiona constitucionalidade *ad eternum*, devendo a qualquer lei ou ato normativo adequar-se à ordem constitucional vigente durante todo o período em que estiver apta a produzir efeitos.

Em assim sendo, diante da ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, em virtude das modificações introduzida na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº. 32/2000, bem como considerando que a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória, entendemos ser a Lei nº. 7.960/89 inconstitucional.

5. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Anderson Luiz Almeida. *A razão da prisão provisória: uma incursão pela ontologia do instituto*. Revista do TRF 1ª região, Brasília, nº 2, março de 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda nº 45 de 08.12.2004. São Paulo: Editora Vértice, 2005.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito*. Porto: Rés- editora.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERNADES, Fabiano Samartin. *A prisão provisória e a liberdade processual na justiça comum e na justiça*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5266>>. Acesso em 07.05.2008.
- GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. *As garantias constitucionais do processo*. 2ª ed: Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª. ed. São Paulo: Método, 2007.
- MARQUES, Alan Regis de Souza. *Prisão temporária – Considerações sobre sua inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/site/artigos/curso_o_ab_concursoartigo924Prisaotemporariaconsideracoessobresuaconstitucionalidade> Acesso em: 15/12/2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Elementos do Direito Penal. 1ª ed. 2º v. Campinas – SP: Bookseller, 1998.
- MASSUD, Leonardo. *Investigação criminal e legalidade*. Disponível em: <http://www.acrimesp.com.br/Especiais_024.htm>. Acesso em 07.05.2008.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas 1996.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de processo penal*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004.
- SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. *Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 311, 14 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Curso de direito processual penal*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- TORUINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3º vol. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.