

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

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

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

**O STF E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SENTENÇA
CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA: O CARÁTER SOLIPSISTA DA
DECISÃO EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.**

**EL STF PROVISIONAL Y EJECUCIÓN DE LA PENA DESPUÉS CONDENATORIA
EN SEGUNDA INSTANCIA: CARÁCTER DE DECISIÓN EN SOLIPSISTA
CONFRONTACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA.**

**Taís Correia Carlos ¹
Jorge Bheron Rocha ²**

Resumo

A interpretação jurídica tem a missão de concretizar a decisão mais adequada e coerente àquilo que está posto em uma dada norma jurídica abstrata buscando encontrar a sua devida aplicação em um dado momento a um determinado caso concreto. Como se pode acompanhar, ao exato dia 5 de outubro deste ano corrente, o Supremo Tribunal Federal (STF), com esteio na decisão da maioria de seus membros, reafirmou entendimento tomado no dia 17 de fevereiro deste ano no sentido de ser possível a execução provisória da pena aplicada ao condenado em ação penal, por Tribunal estadual ou regional, ainda que haja a possibilidade de interposição de Recurso Especial ou Extraordinário ou na pendência do julgamento destes. Nessa perspectiva, impõe-se ao réu o início do cumprimento da pena, ainda que provisoriamente. Nesse diapasão, é que se pretende defender que o posicionamento adotado na decisão prolatada pelo Suprema Corte aparenta conter mais um viés ideológico e político eminentemente de cunho pessoal, afastando-se apartando-se das valorações jurídico-políticas que devem nortear o Julgador Supremo, o que permite delinear inferências de que a interpretação adotada pelos ministros nos votos vencedores açambarca um cristalino subjetivismo em detrimento dos valores constitucionais, o que conhecemos como o fenômeno do solipsismo jurídico.

Palavras-chave: Palavras-chave: execução provisória da pena, Acesso à justiça, Presunção de inocência, Interpretação, Aplicação do direito, Solipsismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

La interpretación legal tiene la misión de lograr la decisión más apropiada y consistente con lo que se pone en una regla abstracta dada de ley que buscan encontrar su correcta aplicación en un momento dado a un caso particular. Como se puede seguir el día exacto en el 5 de octubre de este año, el Tribunal Supremo Federal (STF), con el apoyo principal en la

¹ Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito do Centro Universitário Christus e pesquisadora do programa de iniciação científica. Estagiária da Defensoria Pública da União no Ceará.

² Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Defensor Público do Estado do Ceará.

decisión mayoritaria de sus miembros, refirmou comprensión tomada el 17 de febrero de este año con el fin de poder ejecutar provisional de la sentencia al condenado en un proceso penal por un tribunal estatal o regional, aunque existe la posibilidad de recurso extraordinario de apelación o extraordinaria o la espera del fallo de éstos. Desde esta perspectiva, debe ser el acusado el comienzo de la oración, aunque sea provisionalmente. En este orden de ideas, es que se tiene la intención de defender la posición adoptada en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo parece contener la naturaleza eminentemente personal más ideológico y sesgo político, lejos de la cara de asesoramiento jurídico y político que debe guiar juzgar el Supremo la que permite inferencias contorno que la interpretación adoptada por los ministros de ganar votos atesora un subjetivismo cristalina a expensas de los valores constitucionales, lo que conocemos como el fenómeno solipsismo legal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: ejecución provisional de la sentencia, El acceso a la justicia, Presunción de inocencia, Interpretación, Aplicación de la ley, Solipsismo legal

1 INTRODUÇÃO

Ao Supremo Tribunal Federal, órgão maior do Poder Judiciário brasileiro, é conferida a missão de zelar pela Constituição, realizando a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, enunciando uma palavra conclusiva sobre questões que versem sobre afrontas diretas às normas constitucionais, seja em controle concentrado ou difuso - vinculando, na primeira hipótese, as demais instâncias judiciárias e administrativas - de forma a prezar pela afirmação e estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, não há que se olvidar que o STF foi instituído para assegurar a supremacia constitucional, tendo como esteio a estabilidade do ordenamento jurídico, administrando a jurisdição brasileira.

Este artigo tem o objetivo de analisar, em geral, a atividade decisória da “Corte Constitucional Suprema” em sua nítida tendência de sobrepujança das questões pragmáticas e políticas em detrimento da necessidade de as decisões se embasarem essencialmente nas técnicas de interpretação formais e materiais da constitucionalidade; e, em especial, examinar as dificuldades inerentes à compreensão quanto à essência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao posicionamento adotado pela maioria de seus membros no sentido de tornar possível a execução provisória da pena aplicada em julgamento de segunda instância ao condenado em ação penal, ainda que haja a possibilidade de interposição de Recurso Especial ou Extraordinário ou na pendência do julgamento destes.

Ademais, busca ainda analisar se a decisão proferida pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal no dia 5 de outubro, está revestida ou não do mais “maquiado” ou nítido subjetivismo, fazendo com que uma coerente interpretação constitucional tenha perdido completamente o seu lugar e sua relação direta com o déficit democrático que obstaculariza o Acesso à Justiça, aqui entendido não pelo prisma formal, mas substancial, como o acesso à uma Ordem Jurídica Justa e uma decisão democrática atenta aos postulados constitucionais da ampla defesa e contraditório substanciais¹.

¹ ROCHA, Jorge Bheron. **O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública**: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: Os Novos Atores da Justiça Penal. 1 ed. Coimbra : Almedina, 2016, v.1, p. 265-315.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Bem, a questão constitucional posta para análise da Corte Suprema se relaciona com dois dispositivos constitucionais constantes na redação originária da Carta, inculpidos no art. 5º e, portanto, convertidos em cláusula pétreia pelo constituinte. De fato, na CRFB, no art. 5º LVII e LXI, lê-se o seguinte:

Art. 5º- VII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

LXI - 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.

Em 2011, a lei nº 12.403, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, introduzindo norma processual a concretar as referidas disposições constitucionais, mais precisamente no também já referenciado art. 283:

Art. 283- 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.

Em conformidade com o que se tem acompanhado quanto à concretização do caso em análise, em termos históricos-contextuais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 5 de outubro deste corrente ano, entendeu, pela maioria de seus membros, ser constitucional a execução provisória da pena aplicada em acórdão penal condenatório a alguém mesmo que ainda reste a possibilidade para recorrer (ou que já hajam recursos pendentes de julgamento) ao próprio STF ou no Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que, na realidade, a decisão tomada em 5 de outubro não tem cunho vinculativo, uma vez que, não obstante tenha sido tomada dentro de ação de controle

concentrado, se tratou do indeferimento de medida cautelar em que se pretendia a declaração liminar de constitucionalidade do dispositivo constante no Código de Processo Penal, mais especificamente em seu art. 283, conforme as técnicas do art. 10 da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

É bem verdade que, anteriormente a esta decisão, outras foram prolatadas no mesmo sentido, entretanto em sede de controle difuso, portanto não vinculativo às demais instâncias judiciais.

Seguindo a linha temporal, temos a decisão tomada por sete dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgarem o Habeas Corpus nº. 126.292, manifestando-se no sentido de alterar da jurisprudência do Tribunal que, desde o julgamento do Habeas Corpus nº. 84078 em 2009, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação², retomando a jurisprudência da Corte anterior a este processo.

Ressalte-se que, até o HC 84.078, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância, dando prevalência ao art. 637 do Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, gestado sob a égide do Estado Novo, de índole autoritária, em detrimento da expressa disposição Constitucional do art. 5º, LVII, Carta que inaugura e fundamenta o Estado Democrático de Direito pós-ditadura militar. Assim, no HC 84.978, houve uma guinada em favor das garantias constitucionais, ficando estabelecido que a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”³.

Diferentemente, os votos dominantes do HC 126.292 contam com uma aridez de argumentos que causa arrepios. O Relator, por exemplo, afirmou que a “manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.” Para ele, “até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os

² ROCHA, Jorge Bheron. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Supremo**: de guardião a carcereiro da Constituição. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/supremo-de-guardiao-a-carcereiro-da-constituicao-de-jorge-bheron-rocha-e-romulo-de-andrade-moreira/>> Acesso em: 20 out. 2016.

³ Ibid.

recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito”⁴.

Caminhando de volta para o caminho que permitiu chegar-se a decisão proferida em 5 de outubro deste ano, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os quais foram autores das ações, pleiteavam a concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Trouxeram como tese basilar a de que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, na qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, tem ensejado considerável divergência jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, haja vista que, ainda que este não possua força vinculante, boa parte dos tribunais do ordenamento começaram a adotar similar posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, abafam e olvidam o que dispõe o artigo 283 do CPP.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão do dia 5 de outubro, prevaleceu, portanto, o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

2.2 Posicionamentos de dois dos votos favoráveis à decisão

Cumpra basilarmente transliterar aqui os votos do Ministro Luis Roberto Barroso e da Ministra Cármen Lúcia, os quais foram proferidos no sentido de decidir a favor da execução da pena em segundo grau.

No que se refere ao voto de Luís Roberto Barroso, este defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a

⁴ ROCHA, Jorge Bheron. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Supremo**: de guardião a carcereiro da Constituição. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/supremo-de-guardiao-a-carcereiro-da-constituicao-de-jorge-bheron-rocha-e-romulo-de-andrade-moreira/>> Acesso em: 20 out. 2016.

presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. Em dos trechos de sua decisão afirmou que **“A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”**. **“A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”**⁵. Prosseguindo com a sua linha de raciocínio, o ministro defendeu que o entendimento anteriormente adotado pelo STF sobre a matéria não era garantista, **“mas grosseiramente injusto”**.

A Ministra Cármen Lúcia, seguindo esse esteio ratificou o seu posicionamento tomado em 2010 e acentuou que, quando a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena – posição na linha de outros julgados do STF.

Para a presidente, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. Assim pronunciou-se em um dos seus trechos elucidados: **“A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”**⁶.

Diante do que se pode observar no teor dos posicionamentos transliterados, resta cristalino que, em que pesem as intenções ao adotar-se tal linha de entendimento, em especial acerca dos fins que anseiam por serem alcançados, a saber, a efetivação e moralização da Justiça Penal, tendo como circunstância fulminada a morosidade processual, a interpretação aplicada pelos ilustres ministros afronta ao tão expresso e claro texto constitucional. Assim, podemos visualizar que, ao se posicionarem de tal maneira, estes não estão buscando tratar do problema, qual seja, a tal morosidade, muito menos entender as circunstâncias que lhe deram ensejo, pois na verdade, esse caminho adotado pelo STF tem apenas aparência de solução.

⁵ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> acesso em 20 de outubro de 2016.

⁶ Ibid.

Imperioso, portanto, é robustecer a noção de que a questão ora solucionada pelo STF enseja a inferência de que se sobressai, a partir de então, uma decisão com um viés de fundamentação muito mais ideológico do que jurídico. É bem verdade que, como muito bem aludiu a Min. Carmén Lúcia, “a comunidade quer uma resposta”, o que, assim fez o STF, proferindo a tão desejada resposta travestida de um aspecto jurídico quando na verdade possui um patente cunho político-subjetivista. Assim, não há como negar que o Estado Democrático de Direito resta por sofrer um verdadeiro abalo com tal decisão, haja vista a frontal violação de um conjunto sistêmico de preceitos fundamentais e, por conseguinte, obstaculariza o Acesso à uma Ordem Jurídica Justa.

2.2.1. Posição crítica sob o viés de uma análise de direito material e processual

A Constituição Federal espelha de forma insofismável a vontade do constituinte originário transcrita na salvaguarda da liberdade individual, deixando nítido que a prisão que qualquer pessoa se trata de situação excepcional e não de regra.

Nesse arrimo, tem-se que a Constituição normatizou de forma plena a prisão para todos os momentos da realidade, a começar do flagrante, passando pelo inquérito, pelo processo penal e pena condenação definitiva. É verdade que se tratam de normas carentes de concreção e detalhamento, entretanto já suficientemente claras e taxativas quando às possibilidades admitidas de prisão em todos os momentos da realidade, dando-lhes fundamentos diversos: assim, reconheceu a possibilidade de prisão em flagrante e de prisão provisória (preventiva ou temporária), enquanto não transitada em julgado a ação a penal, bem como, após o trânsito, a prisão pena.

Durante todo o trâmite da investigação criminal e do processo penal deve vigorar a determinação de que ninguém seja preso senão em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, e a consequente presunção de inocência, apenas sendo autorizada a prisão antes do juízo de certeza acerca da culpa quando presentes as hipóteses constitucionalmente previstas de prisão cautelar.

A prisão, a expropriação dos bens e da honra (o reproche social à condenação criminal) são formas de violência comandadas pelo Estado, autorizadas e legitimadas quando

e na medida necessária, e sob os fundamentos constitucionais, somente quando presentes a certeza absoluta - transida pelo trânsito em julgado da condenação, ou, excepcionalmente, quando circunstâncias relevantes reclamam a proteção de outros direitos, todavia, sem fulcro na culpa, mas em situações que determinam o acautelamento de direitos e garantias em conflito com as liberdades do acusado.

Assim, não há uma ligação lógica entre a execução provisória da pena e suposta “preservação do sistema”, não havendo qualquer informação robusta de que tal medida é efetiva e eficaz para preservação do ordenamento, ou que, contrariamente, a sua não aplicação trará riscos, enquanto se aguarda o trânsito em julgado para execução da medida de coação.

Na verdade, para a confiabilidade e preservação do sistema, em caso de violação por parte do acusado durante o processo e antes do trânsito em julgado da condenação, existem as hipóteses de prisão preventiva, como a aplicação da garantia da lei penal e a conveniência da instrução criminal, hipóteses, como dito, já previstas constitucionalmente de forma geral e especificadas na lei processual, inclusive com a possibilidade de aplicação de medidas descarcerizadoras que se mostrem igualmente adequadas, embora menos gravosas. É que fica visível a existência de um Princípio da preferência pelas reações criminais não detentivas face à detentivas, amplamente demonstrado nas normas constitucionais (art. 5º, LXVI⁷ e XLVI⁸) e legais (Art. 282, § 6º do CPP⁹, art. 44¹⁰; art. 77¹¹, caput e §2º¹²; 83¹³ do CP; e arts 72¹⁴ e 89¹⁵ da Lei nº 9.099/95)

É que ao Direito Penal material, bem como ao Direito Processual Penal, cuja relação univitelina é inafastável, aplicação a noção de ambivalência, em que “o tipo penal vale pelo que incrimina e, nessa medida, protege; como vale outrossim pelo que não incrimina e, nessa

⁷ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁸ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

⁹ A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar

¹⁰ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade..”

¹¹ A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos,

¹² § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa,

¹³ O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que

¹⁴ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

¹⁵ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)).

medida, igualmente protege”¹⁶. É a proteção de bens jurídicos com o sacrifício de bens jurídicos constituindo-se em “uma espada de dois gumes – a tutela de bens jurídicos através do sacrifício de bens jurídicos”¹⁷.

A confiabilidade no sistema decorre não apenas de o quanto ele pode punir ou garantir a punição, mas o quanto ele não irá punir errônea, desnecessária ou excessivamente.

Referem-se os votos à hipótese de confirmação de condenação no segundo grau, ou seja, quando ajuizado Recurso Especial ou Extraordinário em favor de acusado condenado tanto na primeira quanto na segunda instância, inferindo-se desta circunstância que a presunção de inocência resta afastada, dando-se lugar a uma “presunção de culpabilidade”.

Entretanto, os Recursos Especial e Extraordinário sem efeito suspensivo em favor do condenado se dão também em outras hipóteses: a) contra decisão condenatória de ação penal originária nos Tribunais; b) condenação em segundo grau que reforma sentença absolutória em primeiro grau. Em ambas as hipóteses, poderemos ter, inclusive, pedido de absolvição tanto da defesa quanto do Ministério Público (art. 385)¹⁸, o que enfraquece em muito o argumento de “presunção de culpabilidade”.

Por outro lado, descuro-se a decisão da maioria dos Ministros que, embora não se possa mais realizar instrução probatória quando da análise dos recursos especial e extraordinário, o STF e o STJ podem ainda entender diferentemente a valoração da prova apresentada, incidindo o direito sobre o fato, como, por exemplo, o reconhecimento de que determinado fato apresentado por determinada prova se constitui, na verdade, hipótese de incidência do Princípio da Insignificância¹⁹, ou que, determinado ato judicial realizado de determinada forma causou um determinado prejuízo e deve ser aplicada a nulidade do ato.

Assim, diante da presunção de inocência até o trâmite em julgado da sentença penal transitada em julgado, bem como diante da existência de mecanismos processuais que garantam a “eficácia e utilidade” do processo penal consonantes com as normas constitucionais, não faz sentido a interpretação da possibilidade da execução provisória da pena, apartando-se de qualquer razoável interpretação do texto constitucional.

¹⁶ ANDRADE, Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**: Uma perspectiva jurídico-criminal, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 31.

¹⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 23.

¹⁸ Podendo os pedidos de absolvição da defesa e do MP terem se dado no primeiro grau e resultarem em sentença de absolvição, contra a qual o assistente de acusação recorre.

¹⁹ STF RE 550761, RE 514531.

Por fim, não é o recorrente que deve provar sua condição de coagido por decisão abusiva, mas o julgador que, analisando as circunstâncias processuais, verifique que o acusado está incidindo nas circunstâncias autorizativas da prisão preventiva.

2.2.1.2 Qual a interpretação constitucional que utilizou o STF?

Segundo Lenio Streck, “parece que o Supremo Tribunal Federal criou uma nova técnica de interpretar: em vez de *verfassungskonforme Auslegung*, estabeleceu uma *Auslegung gegen die Verfassung* (interpretação contra a Constituição) ou, em outra versão, *verfassungsnichtkonforme Auslegung* – interpretação em desconformidade). Nitidamente o STF, por sua maioria, fez um julgamento por política, conforme se vê nas argumentações. Disseram como deve ser o Direito Penal. E não como ele é a partir do que o parlamento votou”²⁰.

Nessa perspectiva, entendemos tratar-se evidentemente de decisão prejudicial aos acusados, e, embora seja um indeferimento em medida cautelar de ADC que não gera qualquer vinculação, desditosamente fornece robustas motivações para aplicação aos demais processos, mas que, em respeito à irretroatividade não deve(ria) atingir processos relativos a fatos praticados anteriormente ao dia 17 de fevereiro de 2016. Aqui deve prevalecer a mesma regra aplicável ao Direito intertemporal.

Pergunta-se, também, o sentido e eficácia que se deve dar ao texto constitucional contido na expressão “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”? O que sobra de eficácia e sentido nesta norma fundamental depois de ser esvaziada pelo STF com a possibilidade de se impor, antes do trânsito em julgado, a execução provisória da pena aplicada em acórdão condenatório?

Cumpra aqui, portanto, destacar o papel do STF na concretização do acesso à justiça, pois, tendo-se como ponto de partida a noção de que este detém em suas mãos o poder-dever de guarda da constituição, não há que se negar sua precípua atividade de zelar para que os mais delicados preceitos de cunho fundamental sejam cumpridos, a exemplo da concretização

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência**: interpretação conforme a quê? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso em 28 de Outubro de 2016.

e otimização do princípio do acesso à justiça. Por consequência disso, importa enaltecer que o STF ao exercer tal “atribuição” constitucional, deverá velar para que seja alcançada mediante os mais indispensáveis esforços, a concretização do acesso à justiça sob a égide da existência de uma ordem jurídica justa, ou seja, onde no ordenamento jurídico se obedece aos ditames legais para que cada um receba aquilo que é seu passando por todas as etapas que o devido processo legal determina, o que faz, por sua vez, aperfeiçoar a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

É plausível expor aqui o que aduz o ilustre doutrinador Cappelletti e Garth, o qual translitera que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.[...] O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos²¹.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o direito ao acesso à justiça é cristalinamente dotado de amplitude, envolvendo muito mais do que o mero acesso ao Poder Judiciário, açambarcando, por sua vez, a efetivação de um dos mais básicos direitos fundamentais, permitindo com que se perpetue um sistema jurídico igualitário que visa garantir, efetivar e não apenas proclamar, os direitos de todos os cidadãos sujeitos de direito. Posto isso, não há dúvidas de que a decisão solipsista é inimiga do acesso à justiça, pois torna a garantia e a efetivação desse direito fundamental um tanto instável e carecedora de segurança jurídica, fazendo, portanto, com que a influência *interna corporis* dos que tem o dever de zelar pela sua aplicação constitucional profiram decisão que restem por violar frontalmente, inclusive, o contraditório e da ampla defesa.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

2.3 Um caráter solipsista que afronta ao princípio do acesso à justiça

O solipsismo é resultado da ideologia extrema de crer que o conhecimento deve estar embasado em concepções de experiências interiores e pessoais, não sendo possível firmar uma relação direta entre o grau de inconstância do pensamento e o conhecimento objetivo de algo que ultrapasse essa esfera. Diante disso, podemos observar e elucidar, com toda a clareza e objetividade que interpretar é, pois, o principal mecanismo da hermenêutica, e essa, por sua vez, se transmite também pelo ato da compreensão, o que conseqüentemente cria o sentido.

Uma hermenêutica jurídica constituída sob o prisma gadameriano e da ontologia heideggeriana nos remete a enxergar o direito sob um outro ponto de vista, e essa novidade visual-intelectual resultará numa ruptura com toda a dogmática preponderante no âmbito jurídico. Assim, o Direito passa a ser entendido a partir de uma nova posição que a linguagem o coloca, e esse fato pode ser considerado como uma hodierna fase do conhecimento.

A primeira fase, embasada na metafísica clássica, preocupava-se com as coisas, ou seja, com os objetos apresentados; a segunda, tendo como esteio a metafísica moderna, os olhares eram voltados para o campo da mente e da consciência; por último, com a irrupção da filosofia pela linguagem, a atenção está voltada para a palavra, ou seja, a linguagem.

Nesse contexto, Heidegger, sobressaltava que “a pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo”. Nesse arquétipo, a linguagem institui o mundo, funcionando como requisito de contingência, ou seja, de possibilidade, e é por isso que se torna possível inferir que a linguagem não está a mercê do sujeito, pelo contrário, é o sujeito que depende da linguagem. Assim, aduz o catedrático jurista Lenio Luiz Streck:

(...) a partir dessa revolução copernicana que penetra nas estruturas do imaginário dos juristas, a hermenêutica juridical passa a ser existência, faticidade. Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito. Uma hermenêutica juridical de cariz ontológico-existencial implica uma postura de comprometimento de intérprete. As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, é ela o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, porque não há

como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado²².

Podemos então partir da premissa de que não há um sentido oculto em uma norma que possa ser encontrado em seu âmago, bem como não se pode inferir que existe um sentido inerente ou perdurável, como se fosse uma indissolúvel ligação que cria uma relação entre o significante e o significado, e é a partir daí que se pode concluir que o intérprete não pode ao seu livre alvedrio definir um sentido “qualquer” aos textos que lhes são apresentados, pois é essencialmente por intermédio da compreensão que se pode interpretar.

O Supremo Tribunal Federal é tido como o primordial guardião da Constituição, portanto, podendo ser considerado como um dos órgãos do Poder Judiciário de onde mais se exige precisão e delicadeza no regime republicano. Assim, funciona como uma instituição que deve transmitir no momento da interpretação sensatez e limites, inclusive às demais instituições, consistindo em fornecer uma garantia à estas. E é nesse aspecto que podemos inferir que o Supremo foi constituído para ser impenetrável às influências da desorganização, dos apegos pessoais, dos subjetivismos infundados, ou seja, das aptidões interessadas e voltadas à corrupção.

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal foi instituído para assegurar a supremacia constitucional, tendo como esteio a estabilidade do ordenamento jurídico, administrando a jurisdição brasileira, bem como a legitimidade dos atos do Poder Público. Por essa, e dentre outras razões, o Supremo, reconhecido como principal instituição guardiã da Constituição, não pode renunciar o exercício de uma atividade tão importante que lhe é conferida, e nesse diapasão, podemos afirmar que é inadmissível que haja pela “Corte Suprema”, bem como pelas demais instituições inferiores, o desprezo pela Constituição Federal, e que as posições e decisões emitidas pelo órgão superior não poderão ser convertidas em práticas governamentais outorgadas – onde a “estrutura jurídica é adaptada ao modo situacional de funcionamento do aparato administrativo”²³, pois se depreende que deve existir um Poder Judiciário que haja com alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional, funcionando, inclusive, com função contramajoritária.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 311.

²³ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

Nessa perspectiva, cumpre aqui destacar e fazer menção ao que narra, ainda que indiretamente, a CF de 88 no que diz respeito ao princípio do acesso, o qual está consagrado no art. 5º, XXXV, enquadrado dentro do campo dos direitos e garantias Fundamentais, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito²⁴.” Nesse arrimo, cumpre aqui aludir que, ao interpretarmos tal dispositivo e ao caminharmos para o campo de uma visão axiológica de justiça, o acesso a ela não fica reduzido tão somente ao acesso ao judiciário e as suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais que devem ser preservados para o ser humano, não restritos, portanto, ao sistema jurídico processual, o que aqui não deve comportar qualquer visão e aplicação de cunho solipsista.

Insta, portanto, evidenciar que o acesso à justiça está sensivelmente ligado à justiça social, o que pode, inclusive, nos levar a inferência de que é a ponte entre o processo e a justiça social. Assim, ao tratar-se de acesso à justiça, podemos extrair daí que a este deve ser interligado um conceito prático e evidente de justiça eficaz, a saber, ao alcance de todos e em todo o tempo. Todavia, isso tem sido uma das maiores celeumas enfrentada no sistema jurídico brasileiro hodierno. Nessa toada, é engrandecedor elucidar que, em termos terminológicos e práticos, a justiça está diretamente ligada a não só “dar a cada um o que é seu”, mas sim também em dar a cada um o que é seu conformidade e obediência a vontade da lei e em seu devido tempo.

Como se pode observar da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à execução da pena ainda em segunda instância, são mui cristalinas as evidências que delineiam uma decisão voltada para um cunho político *interna corporis*, concretizando, além disso, tão somente as pressões externas as quais aparentam proporcionar a ilustre “Corte Suprema”, a saber, aos seus membros, a aceitação da maioria em desfavor da minoria que tem frontalmente os seus direitos fundamentais violados, violação essa que também pode ser contemplada quando da violação de princípios constitucionais consagrados, como é o caso do princípio do acesso à justiça. Conforme alerta SANTIAGO:

²⁴ BRASIL. Constituição Federal. **Planalto**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 22 mar. 2016.

A prática de uma hermenêutica construtiva também contribui para vivificar o sentido de remédio contramajoritário às Constituições conferido, servindo de anteparo para as minorias representativas contra as vontades das majorias²⁵

Não há, portanto, como negar ou olvidar que a decisão ultimada pelo STF condensa uma interpretação inteiramente contraditória e eivada de inconstitucionalidade, sendo certo, portanto, que, ao ser executada a pena de privação de liberdade antes do trânsito em julgado, como assim determina a CF/88 e o seu reflexo Código de Processo Penal, restar-se-á por incidente uma decisão de caráter solipsista e que afronta diretamente ao princípio do acesso a justiça, haja vista que não mais possibilidade de recorrer-se a 3ª instância, a qual, garantida pela Constituição, tem a legitimidade para dar a palavra final e fazer efetuar-se a execução penal.

É imperioso destacar que, embora a vontade do legislador e a literalidade da norma são sejam as interpretações exclusivas, predominantes ou preferenciais, não se pode ir ao extremo de concluir que o intérprete tem total liberdade de interpretação, inclusive contra o próprio texto constitucional, nomeadamente quando se trata de norma editada pelo constituinte originário e se constitui em cláusula pétreia.

Compreende-se, outrossim, que a decisão proferida no HC 126.292 e o indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44 vão contra o Princípio da Proibição de Retrocesso, uma vez que tal princípio não deve ser aplicado tão-somente aos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de lhes vedar a reversão das conquistas obtidas no núcleo essencial dos direitos fundamentais – aqui insetos os direitos à liberdade, ampla defesa, contraditório, devido processo justo e à não presunção de culpa.

Neste diapasão, J.J. Gomes Canotilho ensina, em relação à proibição de retrocesso, que são “inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”²⁶.

Pode e deve tal princípio ser aplicado à atividade jurisdicional, uma vez que o Poder Judiciário é também uma face do Estado, e como tal deve sempre dar prevalência à

²⁵ SANTIAGO, Marcus Firmino. **Hermenêutica Jurídica Contemporânea**: apontamentos à luz das lições de Hans-Georg Gadamer. In *Jurisdição Constitucional / Organização Gilmar Ferreira Mendes*. – Brasília : IDP, 2012.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 321

interpretação que dê a máxima eficácia aos direitos fundamentais. Verifica-se que, de forma absurda, no presente caso não apenas o Estado não cria outros esquemas alternativos ou compensatórios, como, na verdade, dramatiza de forma exponencial o caos penitenciário já reconhecido pelo próprio Tribunal.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

A presente pesquisa foi realizada mediante o estudo bibliográfico das fontes clássicas de Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, fazendo-se uso dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais nacionais. Realizou-se, ainda, um estudo teórico e documental da maneira como vem expondo a Constituição Federal de 88 e o Código de Processo Penal brasileiro acerca da execução da pena, a saber, em qual momento esta deve acontecer. Outrossim, utilizou-se ainda o método dedutivo, uma vez que, partindo-se da noção de que tanto a CF/88 quanto o Código de Processo Penal aludem que nenhum réu poderá ser preso sem que antes tenha havido o trânsito em julgado, infere-se que uma vez ocorrida a execução da pena antes desse momento, restar-se-á frontalmente violado o princípio do acesso à justiça. A presente pesquisa é, ainda, qualitativa.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que se vive em uma realidade que evidencia uma crise de paradigmas, em especial pelos órgãos incumbidos da responsabilidade de administrar a Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, pois a preocupação dos juristas que são considerados como pragmáticos está concentrada em apenas resolver os casos ou problemas que lhes surgem de maneira imediata e prática, não observando ou levando em consideração uma adequada teorização.

Bem verdade é que o STF tem demonstrado estar carente de teorias que fixem de forma cristalina as condições coerentes aos problemas que buscam por respostas em conformidade com a Constituição, e eis aí a necessidade de uma teorização e interpretação

que sejam oriundas do caráter de adequação social que possui o Direito. Dessa maneira, para que se possa obter uma coesa e legítima interpretação, é necessária que haja uma sólida teoria correspondente ao Direito e, em especial, ao Direito Constitucional, para que não venha a aplicação do Direito na República a cair em armadilhas, tanto oriundas de concepções objetivistas, quanto de subjetivistas, diante da infeliz interpretação que dá aos textos jurídicos sentidos pragmaticistas que agradam somente aos intérpretes.

O Direito possui uma superfície interpretativa, o que permite inferir que há um intrínseco dever de direcionar a prática jurídica ao melhor e mais coerente sentido ao Direito numa determinada Sociedade política, pois a integridade e a adequação possuem o escopo de assegurar a essência do Direito, bem como da sua inerente interpretação, evitando-se o fenômeno do solipsismo jurídico. Portanto, o ato de interpretar a Constituição e as normas infraconstitucionais de maneira não solipsista consiste em um ato de consideração do coeficiente axiológico e social nela existente.

Em consonância com as linhas acima transliteradas, não há outro caminho ou perspectiva senão a de inferir que a decisão ultimada pelo STF condensa uma interpretação inteiramente contraditória e evada de inconstitucionalidade, sendo certo, portanto, que, ao ser executada a pena de privação de liberdade antes do trânsito em julgado, como assim determina a CF/88 e o seu reflexo Código de Processo Penal, restar-se-á por incidente uma decisão de caráter solipsista, afrontando, portanto, diretamente ao princípio do acesso a justiça, não obstante formalmente ainda ser possível os recursos às instâncias superiores, materialmente houve o esvaziamento deste princípio, haja vista que o recorrente já se encontrará sob a execução provisória da pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 22 mar. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1918.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

ROCHA, Jorge Bheron. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Supremo**: de guardião a carcereiro da Constituição. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/supremo-de-guardiao-a-carcereiro-da-constituicao-de-jorge-bheron-rocha-e-romulo-de-andrade-moreira/>> Acesso em: 20 out. 2016.

ROCHA, Jorge Bheron. **O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública**: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. In: *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1 ed. Coimbra : Almedina, 2016b, v.1, p. 265-315

SANTIAGO, Marcus Firmino. *Hermenêutica Jurídica Contemporânea*: apontamentos à luz das lições de Hans-Georg Gadamer. In *Jurisdição Constitucional / Organização Gilmar Ferreira Mendes*. – Brasília : IDP, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência**: interpretação conforme a quê? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso em 28 de Outubro de 2016.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> acesso em 20 de outubro de 2016.