

BACKLASH DEMOCRÁTICO E O JULGAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DEMOCRATIC BACKLASH AND THE JUDGMENT OF THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY AFTER CONDEMNATION IN SECOND INSTANCE AT THE FEDERAL SUPREME COURT

Cynthia Gruending Juruena

Doutoranda em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com bolsa Capes proex tipo I. Mestre em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa Capes prosup tipo II. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUCPR). Diretora acadêmica do Instituto Política por.de.para.mulheres. Secretária-executiva da Revista Direito Econômico e Socioambiental – PUCPR.
E-mail: cjuruena@gmail.com

Juliana Machado Fraga

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC com bolsa Prosup/Capes com doutoramento sanduíche (PDSE) junto à Universidade do Minho (Portugal). Mestra em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho pelo convênio da dupla titulação. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora da Faculdade Dom Alberto. Advogada.
E-mail: juliana.fraga@domalberto.edu.br

Recebido em: 06/04/2021

Aprovado em: 05/07/2021

RESUMO: O backlash, que é o conjunto de reações contrárias e fortes pressões de setores da sociedade a um julgado constitucional, é um fenômeno estudado a partir de diversas perspectivas – sob o viés do que isso acarreta aos tribunais e sobre como impacta a sociedade. O Supremo Tribunal Federal é um dos sujeitos de um backlash, e suas decisões podem ensejar essas reações ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e à sociedade – variando, assim, quem está no outro lado do polo. Há aqueles que se preocupam com sucessivos backlashes e o que isso pode significar para o jogo democrático e à manutenção do Estado de Direito. Este artigo estuda este fenômeno enquanto expressão democrática em uma sociedade heterogênea, em que o dissenso é inerente e salutar para o jogo democrático. Neste cenário, no qual já houve outras manifestações contrárias a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), será analisado especificamente o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, referentes à execução da pena após condenação em segunda instância. O problema de pesquisa que será enfrentado no presente trabalho é se o backlash ocorrido no Brasil, com relação a esses julgamentos, pode ensejar reflexos positivos ao debate democrático. A metodologia de pesquisa adotada é o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que é possível conciliar o backlash com o Estado de Direito, a fim de aprimorar os debates constitucionais em uma sociedade marcada pela

pluralidade. As técnicas de pesquisa empregadas foram a pesquisa bibliográfica e estudo de caso do julgamento das ADCs pelo STF.

Palavras-chave: *Backlash*. Supremo Tribunal Federal. Condenação em segunda instância. Democracia. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: Backlash, which are contrary reactions and strong pressure from sectors of society to a constitutional ruling, is a phenomenon studied from different perspectives - under the bias of what this brings to the courts and how it affects society. Federal Court is one of the subjects of a backlash, and its decisions can give rise to these reactions to the Legislative Power, the Executive Power and society - thus varying who is on the other side of the pole. There are those who are concerned with successive backlashes and what this may mean for the democratic game and the maintenance of the rule of law. This article studies this phenomenon as a democratic expression in a heterogeneous society, in which dissent is inherent and healthy for the democratic game. In this scenario, in which there have been other manifestations contrary to the decisions of the Supreme Federal Court (STF), the judgment of the Constitutionality Declaratory Actions n. 43, 44 and 54, referring to the execution of the sentence after a second instance conviction. The research problem that will be faced in the present work is whether the backlash that occurred in Brazil, in relation to these judgments, can give rise to positive reflexes to the democratic debate. The research methodology adopted is the hypothetical-deductive approach method, starting from the hypothesis that it is possible to reconcile the backlash with the Rule of Law, in order to improve the constitutional debates in a society marked by plurality. The research techniques employed were bibliographic research and a case study of the judgment of these actions by Supreme Court.

Keywords: Backlash. Federal Supreme Court. Conviction at second instance. Democracy; Democratic State of Law.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1 O fenômeno do backlash enquanto expressão democrática e casos emblemáticos no cenário brasileiro. 2 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54: execução provisória da pena após condenação em 2ª Instância. 3 A resposta da sociedade e do Poder Legislativo em relação à prisão após condenação em 2ª instância. Considerações finais. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fenômeno do *backlash* – que é quando há fortes reações de setores da sociedade em razão de julgamentos constitucionais – tem sido objeto de intensas discussões nos últimos anos. A temática é importante às Teorias do Direito e Constitucional, por enfrentar qual o papel da sociedade na ordem constitucional democrática.

Nos EUA, alguns exemplos emblemáticos de julgamentos que tiveram *backlash* podem ser citados: *Roe v. Wade* – que tratava acerca da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez; *Brown v. Board of Education* – caso sobre a desagregação racial em escolas públicas. No Brasil, o caso acerca da inconstitucionalidade da vaquejada teve *backlash*, como será tratado melhor em um dos capítulos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 (BRASIL, 2012), que entendeu que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não pode ser enquadrada nas condutas tipificadas do Código Penal, teve grande reação de setores conservadores

da sociedade brasileira.¹ Um caso recente, de grande repercussão e que é o enfoque do presente trabalho, refere-se ao cumprimento de pena restritiva de liberdade após a confirmação pela segunda instância da sentença penal condenatória, tema julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54.

Dessa forma, o problema de pesquisa que será cotejado no presente artigo é se o *backlash* ocorrido no Brasil, com relação ao julgamento do STF em matéria de prisão após condenação em segunda instância, pode ensejar reflexos positivos ao debate democrático. A metodologia de pesquisa adotada é o método hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que é possível conciliar o *backlash* com o Estado de Direito em um aprimoramento para o debate constitucional em uma sociedade heterogênea, como é o caso da sociedade brasileira. Como técnicas de pesquisa, serão empregadas a pesquisa bibliográfica, a partir de referencial teórico específico do fenômeno do *backlash*, e a realização de estudo de caso do julgamento das ADCs pelo STF.

A fim de responder o problema de pesquisa, para afirmar ou refutar a hipótese inicialmente estabelecida, o artigo se estruturará da seguinte forma: (i) analisar o *backlash* a partir dos principais estudiosos do tema, conferindo um enfoque a esse fenômeno alicerçado na teoria do constitucionalismo democrático; (ii) perquirir o posicionamento do STF acerca do tema da prisão em 2ª instância, especialmente com relação às ADCs n. 43, 44 e 54; (iii) verificar a ocorrência de *backlash* com a proposição da PEC n. 199/19 e a resposta da sociedade brasileira ao julgamento.

1 O FENÔMENO DO *BACKLASH* ENQUANTO EXPRESSÃO DEMOCRÁTICA E CASOS EMBLEMÁTICOS NO CENÁRIO BRASILEIRO

O *backlash* é uma expressão que se tornou mais conhecida a partir dos anos 1970 nos Estados Unidos da América. A proeminência desse fenômeno se dá em decorrência de casos controversos julgados pela Corte de Warren, que em certa medida significou uma “revolução constitucional” de vanguarda na história da Suprema Corte americana. Entretanto, um Judiciário assertivo em julgados constitucionais passou a despertar discordâncias entre juristas, no sentido de que tais decisões polêmicas pudessem acarretar *backlash* político e cultural que seriam prejudiciais (POST; SIEGEL, 2007, p. 01).

Um caso em específico foi marcante para os estudiosos do *backlash*, que foi a decisão da Suprema Corte americana em *Roe v. Wade*², sobre a possibilidade de realização do aborto sem excessivas restrições governamentais. Esta decisão se consagrou tão polêmica tendo em vista que o tema do aborto permeia diversas questões, como o papel da mulher na sociedade, família e religião. Ou seja, despertou *backlash* de um setor conservador da sociedade americana.

Cabe ressaltar que, quando ocorre esse fenômeno de “reação” às decisões judiciais, “o foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores” (MARMELSTEIN, 2017, p. 152).³

¹ Segundo George Marmelstein (2017, p. 156-157), esse julgamento “provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado Estatuto do Nascituro, projeto de lei cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco”.

² Um trecho da decisão que merece destaque, e que foi o fio condutor no caso *Roe v. Wade*, se refere à preponderância do direito à privacidade, estabelecido na décima quarta Emenda. “Concluimos, portanto, que o direito à privacidade pessoal inclui a decisão sobre o aborto, mas que esse direito não é irrestrito e deve ser considerado contra importantes interesses do Estado na regulamentação” (tradução livre) (UNITED STATES, 1973). Dentre essas restrições governamentais, o Tribunal determinou algumas limitações ao direito de escolher fazer um aborto: primeiro, proteger a saúde da mãe e, segundo, proteger a vida do feto.

³ Acerca disso, Melo (2007) refere que o debate sobre democracias contemporâneas reacendeu trazendo questões sobre a capacidade de responsabilização dos governantes (*accountability*) pelos eleitores diante dos novos arranjos

Tendo em vista que muitas das decisões realizadas no período da Corte de Warren eram progressistas⁴, acabou ocorrendo esse contra-ataque de setores mais conservadores, mas essa não é necessariamente a regra (apesar de ocorrer com maior frequência o *backlash* de conservadores a decisões judiciais progressistas – o que se relaciona com o papel contramajoritário desempenhado muitas vezes pelos tribunais constitucionais). Georges Abboud (2012, p. 06) destaca que “a vontade da maioria não pode ser fundamento normativo de nenhuma decisão do STF. Somente motivos e razões jurídico-constitucionais é que devem assentar uma decisão do STF, sob pena de incorrerem em arbitrariedades e decisionismos”.

A função contramajoritária desempenhada pelas Cortes Constitucionais ocorre na concretização da norma jurídica, que não pode ser reduzida à aplicação literal do texto normativo.⁵ A norma constitucional é produzida nesse processo, de concretização e interpretação da norma. Quando há uma vagueza da linguagem no texto constitucional, pode ocorrer expectativas diversas perante aos textos normativos; essas contradições de interesses com relação à interpretação da norma acarretam na fortificação da variabilidade do significado da norma jurídica (NEVES, 2011, p. 84-87). O *backlash* muitas vezes ocorre nessas situações, em que há uma vagueza da norma constitucional, ou quando os tribunais superiores exercem a função contramajoritária para interpretação da norma jurídica.

Nessa linha, Streck (2017) destaca que a resposta adequada tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*, ou seja, a jurisdição constitucional proporciona a aplicação das decisões em casos similares, assegurando a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. É necessário que as decisões apresentem a fundamentação da fundamentação, existindo o dever fundamental de motivar as decisões, mas, mais do que isso, também o direito fundamental em obter respostas correlatas e adequadas à Constituição.

Dentre os estudiosos do tema do *backlash*, há correntes distintas de análise do fenômeno. Há aqueles que defendem que em alguns casos – especialmente esses de maior controvérsia – a Constituição deveria ser retirada dos tribunais e devolvida ao povo, que é o chamado constitucionalismo popular.⁶ Também há os defensores do minimalismo sob a cautela judicial, teoria que adverte que as Cortes deveriam decidir os casos de maneira a evitar certas formas de

institucionais, cabendo a estes punir ou premiar, avaliando a eficiência política e a capacidade de produzir decisões de natureza pública.

⁴ Outro julgamento importante e polêmico à época da Corte de Warren foi “Brown v. Board of Education of Topeka”, que, a partir da interpretação da décima quarta Emenda, proibiu a segregação racial em escolas públicas (UNITED STATES, 1954). Carlos Ball (2006, p. 03) tece uma crítica no sentido de que a decisão entendeu pela inconstitucionalidade da segregação racial, porém, deixou as medidas corretivas para outro momento.

⁵ Exemplo da ocorrência de interpretação para além do texto literal da norma jurídica foi a decisão do STF sobre a união homoafetiva, nos julgamentos da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. No entanto, esses julgamentos, para além de se enquadrarem em função contramajoritária do STF e proteção dos direitos de minorias, suscitam a discussão de ocorrência de ativismo judicial e não-conformidade com o princípio da separação de poderes. Não sendo esses objetos de discussão da presente pesquisa, devido à extensão dos debates de ativismo judicial, judicialização da política e separação de poderes, sugere-se o aprofundamento do tema em: BAHIA; VECCHIATTI, 2013.

⁶ Dentro do constitucionalismo popular, também há distintas vertentes. Tom Donnelly (2012, p. 188), por exemplo, defende essa retirada da Constituição do tribunal para o povo de maneira mais branda, nos casos em que a votação na Suprema Corte é acirrada – cinco votos contra quatro. Nessas circunstâncias, o autor propõe que “*once the Court issues a five-to-four decision on a constitutional question, the case would be sent to Congress for an up-or-down vote on public reconsideration. If Congress votes for reconsideration, the case would then go to the American people*”. Em tradução livre: “uma vez que a Corte emita uma decisão de cinco a quatro sobre uma questão constitucional, o caso seria enviado ao Congresso para uma votação favorável ou negativa na reconsideração pública. Se o Congresso votar pela reconsideração, o caso irá para o povo Americano”. Michael Serota (2012, p. 1672-1673), todavia, explora os aspectos da fidelidade constitucional e os requerimentos práticos que isso impõe ao exercício da autoridade interpretativa. O autor conclui que a competência interpretativa, indispensável para que haja fidelidade constitucional, é uma capacidade que falta aos cidadãos de modo geral. Por isso, a sociedade americana não está pronta para assumir o papel de constitucionalistas populares.

conflito constitucional, atendo-se ao caso concreto e deixando as questões polêmicas para a sociedade e o Legislativo (ZAKURSKI, 2017).

Neste viés, Sunstein (2007, p. 03-04) defende que há casos em que uma indignação pública antecipada – ou seja, a previsão de que a decisão acarretará em *backlash* – deveria importar para as decisões judiciais. A investigação realizada pelo autor se pauta em duas razões: (i) consequencialista e (ii) epistêmica. Consequencialista ao analisar que, se uma decisão vier a ter implacáveis efeitos, os juízes deverão levar isso em consideração. Já a razão epistêmica envolve humildade. Sunstein alega que os juízes nem sempre podem saber se estão certos, mesmo sobre o significado da Constituição, e intensas indignações públicas podem fornecer informações relevantes para as suas conclusões.

Há autores que tecem críticas a essas duas razões apresentadas por Sunstein, de que a indignação pública antecipada deva ser levada em conta nas decisões judiciais. Andrew Coan (2007, p. 234) sustenta que, ao apontar a teoria consequencialista, Sunstein não conseguiu estabelecer quais consequências podem ser benéficas e quais podem ser maléficas para a democracia constitucional, deixando um caráter subjetivo e discricionário ao Poder Judiciário sobre quando levar em consideração as manifestações populares. Em tradução livre, o autor conclui que “[...] seu argumento consequencialista não pode nos dizer quando ou se seria desejável que os juízes se submetessem às avaliações normativas do povo ou tratassem a própria democracia como uma consequência desejável” (COAN; 2007, P. 234).⁷

O presente artigo se afasta de posicionamentos em defesa da cautela judicial e minimalismo, por compartilhar do entendimento de que evitar o *backlash*, ao decidir não julgar determinada matéria polêmica ou atender à vontade da maioria não é salutar, pois a democracia não significa consenso⁸. Há uma natureza conflitiva no pluralismo, em virtude de a sociedade ser heterogênea e algumas normas basilares (como direitos fundamentais individuais e demandas de igualdade e participação popular) vez ou outra colidirem (MOUFFE, 2003).⁹ A natureza conflitiva é inerente ao processo democrático, devendo-se criar instrumentos que dialoguem com essa pluralidade.

Teoria distinta é trabalhada por Robert Post e Reva Siegel (2007, p. 18) ao tratar do tema do *backlash*: os autores não defendem que as indignações públicas antecipadas tenham peso para interferir nas decisões judiciais, influenciando o julgamento ou, até como defendem outros autores (KLARMAN, 1997, p. 37-42), que os juízes deixem de julgar naquele momento pautas muito polêmicas. Michael Klarman (1997, p. 37-42) disserta que normalmente a Constituição é bastante abstrata, e apenas interpretações judiciais a tornam concreta. E que, em muitos casos, os esforços dos tribunais superiores de conferir significado à abstração constitucional são em matérias controversas. O autor, acerca dessa questão, levanta alguns pontos: essas decisões chamam mais atenção acerca da relevância do tema, incitam a indignação em torno de um "ativismo judicial" e alteram a ordem em que a mudança social teria ocorrido de outra maneira. No entanto, o que Post e Siegel (2007, p. 18) realizam é a análise do *backlash* a partir do constitucionalismo democrático, que não estuda o fenômeno tão somente sob a perspectiva dos tribunais, mas também sob o ponto de vista da ordem constitucional como um todo.

A teoria do constitucionalismo democrático tem como seu cerne que a própria identidade do Estado como democrático depende do "princípio unificador" de identificação¹⁰. Este princípio

⁷ “Therefore, his consequentialist argument cannot possibly tell us when or whether it would be desirable for judges to defer to the people’s normative assessments or to treat democracy itself as a desirable consequence” (original).

⁸ Nesse sentido, ver: SAMPAIO, 2015.

⁹ Em tradução livre de Chantal Mouffe (2003, p. 117), “[...] o ideal de uma democracia pluralista não pode consistir em chegar a um consenso racional na esfera pública. Esse consenso não pode existir. Temos que aceitar que todo consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como uma estabilização”.

¹⁰ Robert Post (2000, p. 02-03) assevera que esse princípio de identificação se relaciona com quem torna a Constituição americana democrática: “we, the people” (em tradução livre, “nós, o povo”). E que, assim, é necessário que os cidadãos tenham uma identificação com a ordem constitucional como um todo, o que se mostra um desafio, tendo em vista a

é a premissa da legitimidade democrática. E o desafio do constitucionalismo democrático é estabelecer uma estrutura governamental que forneça uma forma institucional estável e alinhada ao "princípio unificador" de identificação (POST, 2000, p. 02-03).

Essa é uma das questões enfrentadas no *backlash*: muitos dispositivos constitucionais expressam valores nacionais, que expressam um campo de significado, chamado de "Nomos". "Nomos matters because it expresses a national "identity." Nomos is controversial because the American people are heterogeneous in their values and visions of a good society" (POST; SIEGEL, 2007, p. 07).¹¹ Deste modo, o constitucionalismo democrático aprecia esse engajamento público em matérias constitucionais, tendo como intento o de aproximar os cidadãos ao debate.

Alguns estudiosos do *backlash* acreditam que os valores constitucionais podem ser realizados de maneira mais harmoniosa por meio do Poder Legislativo do que por meio de decisões judiciais. Ou seja, em um entendimento de que há assuntos que não deveriam ser decididos pelo Poder Judiciário. O pano de fundo é de que muitas dessas polêmicas decisões vão além do campo do Direito, permeando também a política.¹²

"A Suprema Corte é, por excelência, o fórum de princípios, permitindo que questões que habitam o campo da política tornem-se questões de princípios, focando-se na realização de valores fundamentais da sociedade norte-americana" (KOZICKI; FRANCISCO, 2018, p. 132). Nesse sentido, os autores supracitados se posicionam favoráveis aos julgamentos constitucionais, embora também passíveis de equívocos, porém de modo a conciliar tais julgamentos e questões de princípios com o constitucionalismo democrático.

Acerca desse posicionamento, evidenciam que há temas que deveriam ficar fora da Suprema Corte (KOZICKI; FRANCISCO, 2018, p. 132-133). No entanto, ocorre que nos Estados Unidos há a previsão de um instrumento – *writ of certiorari* – próprio do sistema de *common law* e que se configura um controle discricionário no qual a Suprema Corte decide se conhece ou não determinada questão. Em linhas gerais, há algumas características importantes para a concessão de *certiorari*: a) a resolução do caso em si ser relevante; b) casos que possuem relevância política e/ou social – aqui cita-se o *Brown v. Board of Education* como exemplo; c) aqueles que são relevantes para o direito, para haver uma uniformização em sua aplicação (PINTO, 2006, p. 48-49).¹³

E é justamente com relação ao *writ of certiorari* nos casos de relevância política/social que alguns juristas norte-americanos acreditam que a Suprema Corte não deveria conhecer de tais matérias, por envolverem tensões entre direito e política e causarem *backlash*. Essa vertente, no entanto, analisa o *backlash* somente do ponto de vista negativo. Tendo em vista que no Brasil não há esse instrumento de controle discricionário do Supremo Tribunal Federal, em que a Corte não pode deixar de conhecer determinada matéria, e também por entender que essa não seria a melhor alternativa, analisa-se alguns casos em que ocorreu *backlash* no cenário brasileiro.

Caso emblemático que ocorreu esse fenômeno foi o *backlash* de aprovação no Congresso de legislação em sentido contrário à decisão da ADI n. 4.983 julgada pelo STF (BRASIL, 2016), que analisou a inconstitucionalidade da Lei n.º 15.299/2013, também conhecida como Lei da Vaquejada do Estado do Ceará. O embate neste caso se refere à colisão entre dois direitos constitucionalmente assegurados: de proteção de manifestações das culturas populares *versus* proibição de tratamento cruel a animais (LOPES FILHO; CIDRÃO, 2018, p. 122-123). Conforme ressaltam Juraci Lopes Filho e Taís Cidrão (2018, p. 123), "justamente por se admitir ser uma

heterogeneidade da sociedade americana. Friedrich Müller (2003) possui obra específica para investigar o complexo conceito de povo, que é importante para efetivar a democracia.

¹¹ "Nomos é importante porque expressa uma "identidade" nacional. Nomos é polêmico porque o povo americano é heterogêneo em seus valores e visões de uma boa sociedade" (tradução livre).

¹² Michael Klarman (2002), ao analisar o caso *Brown vs. Board of Education*, aduz que há um conflito entre direito e política e é um tanto crítico quanto a esses julgamentos.

¹³ Há inclusive artigos que realizaram um mapeamento em determinado lapso temporal a fim de verificar quais são precisamente os casos e suas características que são selecionados pela Suprema Corte para o julgamento via *certiorari*. Ver em: FELDMAN; KAPPNER, 2016.

antiga prática enraizada na cultura popular nordestina, é reconhecida, desde a inicial, uma tensão com o dever de o Estado proteger as manifestações das culturas populares, prescrito pelo art. 215 §1º, da Constituição Federal”. A decisão foi pela inconstitucionalidade da lei, onde se sobrepôs no caso em tela a norma que proíbe o tratamento cruel a animais.

Ocorre que, no mesmo mês em que foi julgada a ADI n. 4.983, foi apresentada uma PEC (n. 50/2016) para incluir o §7º ao artigo 225 da CF, no sentido de permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal. A proposta de emenda à Constituição foi aprovada no Senado e na Câmara e promulgada em junho de 2017 (BRASIL). Uma crítica tecida é de que o caso não teve um debate mais ampliado com os cidadãos. Além disso, ressalta-se que o *backlash* não ocorreu somente em setores econômicos (que obtinham lucro com a prática), mas na sociedade como um todo onde se realizava a prática da vaquejada (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 144).¹⁴

Outro exemplo que pode ser citado é com relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁵, julgado na ADPF n. 132. Essa decisão provocou *backlash* de setores conservadores da sociedade brasileira; na esfera política, houve o crescimento de pessoas favoráveis ao “Estatuto da Família”, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal. Mariana Pimentel (2017, p. 199) partilha da concepção de que o *backlash* faz parte do jogo democrático, destacando que “o dissenso faz parte dos valores da sociedade e nunca deixará de existir”.

Um tema que também divide as opiniões da sociedade brasileira se relaciona ao julgado acerca da Lei de Anistia, na ADPF n. 153. O Estado brasileiro vivenciou 21 anos de regime militar, e, à época da justiça de transição, foi promulgada lei que concedia anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos. Na ADPF, o STF rejeitou a revisão da lei. Katya Kozicki (2015, p. 194) sublinha que “é simbólico que a Comissão Nacional da Verdade tenha sido objeto de projeto de lei (PL nº 7.376/2010) enviado pelo Governo ao Congresso Nacional poucos meses depois do julgamento”. Outras medidas alternativas também foram adotadas pela sociedade, o que demonstra um respeito ao julgamento constitucional e, ao mesmo tempo, manifestações contrárias à decisão.

O *backlash*, enquanto manifestação do dissenso de setores da sociedade com relação a um julgado constitucional, pode, então, ter como consequências: (i) a veiculação direta pela sociedade (como no caso da vaquejada, em que cidadãos colaram adesivos em seus carros e caminhões apoiando a prática); (ii) manifestações públicas através da estrutura da sociedade civil organizada; (iii) por meio do Poder Legislativo, em um ato conhecido como “correção legislativa das decisões judiciais (VALLE, 2013). Isto é, “as reações provocadas por uma dada decisão podem estimular disputas acerca dos sentidos da Constituição ampliando a participação, para além da esfera jurisdicional” (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 147).

Há um exemplo interessante a ser elucidado e que se coaduna diretamente com o caso analisado neste trabalho. Em 2018, em julgamento pelo STF de *habeas corpus* relativo ao tema da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, o à época Chefe do Estado-maior do Exército Brasileiro (o mais alto cargo que um general pode ocupar no país) publicou em suas redes sociais que “Nessa situação que vive o Brasil, resta perguntar às instituições e ao povo quem realmente está pensando no bem do país e das gerações futuras e quem está preocupado apenas com interesses pessoais?” (CONJUR, 2018).

Posteriormente, o general confirmou que haveria intervenção militar caso o Supremo Tribunal Federal concedesse o HC. Essa publicação em redes sociais e seu pronunciamento político tiveram grande repercussão, sendo que na ocasião do julgamento do recurso o ministro Celso de

¹⁴ Vera Karam de Chueiri e José Arthur de Macedo (2018, p. 144) exploram este aspecto, de que “[...] houve uma rápida e significativa mobilização por parte da população nordestina ligada à esta prática esportiva-cultural. Em Salvador, em Brasília e em outras cidades, além de manifestações a favor da prática, houve a defesa da prática por meio de adesivos colocados em carros e caminhões”.

¹⁵ Nos EUA, também houve *backlash* com relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo, como pode ser visto em: BALL, 2006.

Mello afirmou em seu voto que as declarações de Villas Boas eram "claramente infringentes do princípio da separação de poderes" (CONJUR, 2018). Esse exemplo é pertinente pois, além de tratar especificamente do tema objeto de análise, também demonstra um *backlash* por parte do Poder Executivo a um julgamento do STF.

Explicitado o fenômeno do *backlash*, bem como alguns casos exemplificativos ocorridos no cenário brasileiro, passa-se à análise do caso objeto do presente artigo, acerca da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, julgado pelo STF e que teve grande repercussão nacional.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO CONJUNTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE N. 43, 44 E 54: EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA

A constitucionalidade ou não da prisão após condenação em 2ª instância não é um tema propriamente novo no cenário brasileiro. Tendo em vista que envolve a garantia da presunção de inocência, o STF já foi instado a decidir sobre a questão em alguns casos (*habeas corpus*) e modificou seu entendimento ao longo dos anos, acarretando na propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que foram julgadas em 2019.

Desde 2009, no julgamento do HC n. 84.078 (BRASIL), de relatoria do ministro Eros Grau, o STF condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressaltando apenas a possibilidade de prisão preventiva. No acórdão, é destacado que em regimes democráticos todos são sujeitos de direito, relacionando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶. Inclusive, realiza-se aqui uma crítica do modo em que é colocada essa questão da dignidade humana na ementa do *habeas corpus*, conforme segue literalmente: “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais” (BRASIL, 2009, p. 02).

Assim, “é inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual” (BRASIL, 2009, p. 02). Ressalta-se que em 2009, quando ocorrida essa mudança de entendimento pelo STF, no sentido de que a execução da pena estaria condicionada ao trânsito em julgado, não houve uma comoção nacional. Essa comoção por parte da sociedade com a mudança de posicionamento no julgado ocorreu somente no ano de 2019, quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Em 2016, no julgamento do *habeas corpus* n. 126.292 (BRASIL, 2016a), cuja relatoria foi do ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, no sentido de permitir a execução provisória da pena após a confirmação de condenações criminais em segunda instância. O relator do julgado sustentou que a execução provisória da pena, em grau de apelação, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência (BRASIL, 2016a, p. 06).

Essa modificação no entendimento da Corte foi bastante polêmica. O ministro Marco Aurélio, em voto divergente, ressaltou que essa mudança importava em um esvaziamento do modelo garantista, modelo este decorrente da Constituição de 1988. Além disso, o magistrado apontou que a CRFB/88, conhecida como “Constituição Cidadã”, se mantido esse rumo, poderá até mesmo deixar de poder ser considerada como cidadã (BRASIL, 2016a, p. 76).

Em análise empírica, estudo realizado por um grupo de pesquisadores objetivou a quantificação dos impactos práticos da decisão do STF no HC 126.292/SP. Foi realizado um levantamento de dados para se alcançar uma estimativa aproximada de quantos réus respondem

¹⁶ Os direitos fundamentais apresentam-se como trunfos em um jogo de cartas em face do Estado (Governo democraticamente legitimado), assim, o cidadão tem nos direitos fundamentais um trunfo contra a maioria (NOVAIS, 2006) – o que assegura a proteção de grupos minoritários e que por muitas vezes são excluídos socialmente.

por processos penais em tribunais superiores e, por conseguinte, se tornariam passíveis de encarceramento imediato. O resultado trazido pelo estudo foi de um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional (3.600 novos presos) (HARTMANN; KELLER; CHADA; VASCONCELOS; NUNES; CARNEIRO; CHAVES; BARRETO; CORREIA; ARAÚJO, 2018).

Os autores supracitados trazem os dados do encarceramento com a decisão e apontam que estes se afastam de previsões catastróficas efetuadas pelos críticos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (HARTMANN; KELLER; CHADA; VASCONCELOS; NUNES; CARNEIRO; CHAVES; BARRETO; CORREIA; ARAÚJO, 2018). O presente artigo não corrobora com esse posicionamento, de uma crítica da decisão analisando o aumento (seja este significativo ou não) no número de pessoas em cárcere. Isto porque não é possível examinar em números as violações de direito fundamental previsto na CRF/88, e a questão do artigo 5º, LVII não é posta em análise no estudo empírico.

Em análise da decisão de execução antecipada da pena, há juristas que tratam que houve um sepultamento da presunção de inocência pelo STF (HACHEM, 2016, p. 02-03). Com relação a um dos fundamentos utilizados, de que há uma diferença entre ser considerado culpado e ser preso, o autor refere que “a declaração de culpabilidade é condição necessária para a execução da pena. Logo, um acusado pode ser declarado culpado antes de ter sofrido a pena, mas não pode sofrer a pena antes de ser declarado culpado” (HACHEM, 2016, p. 02-03). Também ocorreu uma relativização do conceito de “trânsito em julgado”, que tradicionalmente é tido como a condição de imutabilidade da decisão judicial, que será obtida após o decurso de todos os prazos para interposição de recursos.

É importante registrar que, apesar de haver a polêmica de uma modificação no entendimento do STF, nesse lapso temporal houve uma significativa mudança na composição da Corte. Em 2009, os ministros eram Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Ricardo. Em 2016, apenas 5 dos 11 ministros ainda faziam parte dessa composição: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Na composição de 2016 somaram-se a esses ministros: Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Houve uma grande alteração, não podendo se referir a uma “mudança no entendimento da Corte”.

“Para o Min. Gilmar Mendes, o que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável” (BRASIL, 2016b, p. 389). No entanto, esse entendimento do ministro Gilmar Mendes no HC n. 126.292 parece se referir mais a um problema da estrutura recursal e morosidade do sistema do que propriamente uma interpretação do art. 5º, inciso LVII, da CRF/88, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Em 18 de maio de 2016, 3 meses após o julgamento do HC 126.292 (que representou uma mudança no entendimento do STF), foi ajuizada uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (n. 43), ingressada pelo Partido Ecológico Nacional – PEN. A ADC n. 44 foi protocolada um dia após, no dia 19 de maio de 2016, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. E, finalmente, em 18 de abril de 2018 o Partido Comunista do Brasil também ingressou com uma ADC, de número 54. O julgamento das ações, realizado de forma conjunta, giraram em torno da compatibilização do art. 283 do Código de Processo Penal – CPP com o artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, que veda a chamada execução provisória de sentença penal condenatória.

Em decisão apertada, de 6 votos a 5, o julgamento foi pela compatibilização do art. 283 do CPP com o direito fundamental assegurado no art. 5º, LVII da CRF/88, de que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância. Votaram contra a execução da pena em 2ª instância os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Os votos a favor da execução

provisória foram dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Importa ressaltar que essa decisão se refere à execução da pena definitiva – ou seja, não abarca as situações de prisão temporária.

O voto do ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, seguiu o entendimento que o jurista sempre ressaltou nos julgamentos anteriores, pela impossibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Em suas palavras, “atendem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas” (BRASIL, 2019a, p. 04).

O ministro Marco Aurélio destaca que situações individualizadas poderão ser enquadradas no artigo 312 do CPP, no espectro da prisão preventiva. O ministro sustenta que, devido à severidade da pena restritiva de liberdade, coloca-se o trânsito em julgado como um marco seguro para impor a execução da pena. Além disso, tem o entendimento de que o artigo 283 do CPP, questionado nas ADCs, consiste em reprodução de cláusula pétrea (presunção de inocência) cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir (BRASIL, 2019a, p. 04).

Trazendo algumas questões abordadas no voto que abriu a divergência, do ministro Alexandre de Moraes, ele faz uma análise histórica de todos os julgados acerca da matéria que o STF julgou desde a Constituição de 1988. O ministro aponta que somente no período entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016 que prevaleceu a tese contrária – de exigência do trânsito em julgado para execução provisória da pena (BRASIL, 2019a, p. 14-20).

O ministro Alexandre de Moraes sustenta que o posicionamento pela possibilidade da pena restritiva de liberdade após condenação em 2ª instância representa uma grande evolução para o combate à corrupção (BRASIL, 2019a, p. 14-20). No entanto, o ministro não traz dados ou estudos demonstrando de que forma que a execução da pena, ocorrida anteriormente ao trânsito em julgado, impacta para o combate à corrupção. Além disso, é necessário ressaltar que direitos fundamentais, assegurados pela Constituição, não podem ser relativizados sob o pretenso argumento de controle/combate dos atos corruptivos.

A tese central da fundamentação do ministro Alexandre de Moraes se centrou na interpretação conjunta de normas estabelecidas no texto constitucional. O ministro defende que a impossibilidade de execução da pena após o trânsito julgado em 2ª instância seria uma aplicação desproporcional do princípio da presunção de inocência, em uma atribuição de eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional. Ademais, a análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo STJ ou STF, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita (BRASIL, 2019, p. 14-20).

Este julgamento teve grande repercussão na sociedade brasileira, por diversas razões, como o combate à corrupção, a tese de impunidade, a crença de que todos que estavam presos em condenação na segunda instância seriam soltos com essa decisão, dentre outras. Foi um julgado extremamente comentado em todas as esferas e potencializado pela mídia, tendo provocado um *backlash*.

3 A RESPOSTA DA SOCIEDADE E DO PODER LEGISLATIVO EM RELAÇÃO À PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA

Um exemplo que Reva Siegel e Robert Post (2007, p. 14) mencionam em seu artigo¹⁷ é de pressão ao Congresso – impulsionada pela indignação pública que determinada decisão judicial

¹⁷ “Em *Stenberg v. Carhart*, por exemplo, a Corte anulou “uma lei de Nebraska que proíbe o ‘aborto parcial de nascimento’” porque o estatuto não continha uma “exceção de saúde”, permitindo o procedimento quando necessário

pode, em certos casos, causar – para aprovar legislação semelhante invalidada pelo tribunal superior, mas que respeite os principais aspectos de inconstitucionalidade apresentados pela Corte.

No Brasil, a constitucionalidade da prisão em segunda instância é um tema que divide opiniões e gera muita polêmica entre os cidadãos. Há diversas pesquisas a fim de aferir o que a sociedade pensa acerca do tema e os resultados oscilam conforme a fonte, mas têm em comum o fato de que a maioria é a favor da execução da pena em segunda instância (de 70 a 80%).¹⁸ Ressalta-se que o referido julgamento teve tamanha repercussão em virtude do cenário brasileiro, no contexto da Operação Lava-jato¹⁹ e manifestações pelo combate à corrupção. Um fator que ainda pode ser indicado como um agravante é a alteração no entendimento da matéria no próprio STF – como visto anteriormente -, mas que se deu em virtude da alteração de grande parte dos ministros compondo a Corte.

O ministro Alexandre de Moraes, em seu voto de divergência, salientou essa polarização na sociedade brasileira em virtude do julgamento. Destacou que esse julgado foi marcado por discursos agressivos, populistas e demagógicos, além de dados falsos, pesquisas direcionadas, manipulação de informações e *fake News*²⁰. Dentre essas *fake News*, o ministro destaca as seguintes: “Direitos humanos atrapalham o combate à criminalidade”; “o respeito ao Devido Processo legal, contraditório e ampla defesa impede a luta contra a corrupção”; “o STF precisa ouvir o clamor das ruas”; “os juízes precisam decidir de acordo com a vontade da maioria” (BRASIL, 2019, p. 14-15).

À época, notícias na *internet* circulavam trazendo que a proibição da execução provisória da pena após condenação em 2ª instância beneficiaria mais que 190 mil presos potencialmente perigosos que poderiam ser colocados em liberdade (ABBOUD, 2019). Porém, como foi tratado no ponto anterior, essa decisão não afeta as prisões temporária e preventiva, que devem ser analisadas em cada caso. O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve que emitir nota desmentindo tais dados, esclarecendo que o número de eventuais beneficiados não ultrapassaria a marca dos 4.895, já que os 190 mil – das *fake News* - englobavam todos os presos já sentenciados ainda sem trânsito em julgado, além daqueles presos cautelarmente, o que não se discutia nas ações declaratórias.

As decisões constitucionais podem provocar distintas manifestações contrárias. Neste caso específico, houve a veiculação direta do dissenso pela sociedade e também por meio do Poder Legislativo, em um ato cunhado pela doutrina como “correção legislativa das decisões judiciais”. Poucos dias após o julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF, houve a propositura de Proposta de Emenda à Constituição (n. 199/2019) (BRASIL) pelo deputado Alex Manente, do partido Cidadania.

A PEC 199/19 possui como objeto a alteração dos artigos 102 e 105 da Constituição de 1988, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, dispondo que o trânsito em julgado se daria anteriormente, nesse sentido, então, modificando o entendimento firmado no julgamento das ações declaratórias.²¹

para preservar a saúde de uma mãe. Os defensores do anti-aborto responderam a Stenberg de uma maneira que comunicou discordância completa com a Corte e também transmitiu respeito à autoridade institucional da Corte para pronunciar a lei. Eles pressionaram o Congresso a promulgar uma legislação semelhante a lei de Nebraska que a Corte havia invalidado e a apoiar essa legislação com as constatações do Congresso no sentido de que os fatos indicam "que um aborto parcial nunca é necessário para preservar a saúde de uma mulher" (tradução livre) (POST; SIEGEL, 2007, p. 14).

¹⁸ Segundo pesquisas do FSB, 70% dos brasileiros é a favor da prisão em segunda instância. Conforme pesquisas do Instituto Paraná Pesquisa, quase 80% dos brasileiros são a favor. In: MARANHÃO HOJE; FOLHA DE LONDRINA.

¹⁹ Operação iniciada em 2014 de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no Brasil.

²⁰ *Fake News* é um termo estrangeiro cunhado para descrever a disseminação de notícias falsas em veículos de informação.

²¹ A proposta é de alteração das competências originárias do STJ e STF, nos seguintes termos:

Na justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 199, um dos pontos destacados é a carga de trabalho do STJ e STF, que, segundo o autor da PEC, “torna inviável não apenas a realização hábil dos trabalhos, mas inviabiliza a otimização do princípio da segurança jurídica” (BRASIL, 2019b). O deputado traz como exemplo o volume de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em sede de controle de constitucionalidade de normas. Realmente há uma grande discrepância, um número significativamente menor de recursos constitucionais é levado à Corte Constitucional Alemã, mas isso se dá em virtude de as competências dessa corte serem distintas das relativas ao Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do *habeas corpus* n. 126.292/SP, de 2016, acerca da execução antecipada da pena, é possível detectar de melhor forma a cisão ocorrida inclusive entre os juristas sobre o tema. Tendo em vista que o julgamento das ADCs ocorreu em 2019, ainda se encontra pouco referencial no ordenamento jurídico analisando a decisão e seus reflexos. Porém, é possível demonstrar alguns dos fundamentos jurídicos (princípio da não-culpabilidade, princípio da presunção de inocência) e a resposta da comunidade jurídica, em que houve posicionamentos diversos.

Em posicionamento diverso ao adotado no presente artigo, Alessandra Garcia Marques (2017, p. 27) trata que no cenário brasileiro em que foi julgado o HC em 2016 – que permitiu a execução antecipada da pena - os ministros do STF se preocuparam com as manifestações da sociedade pelo “combate à corrupção e pelo fim da impunidade que emergiram no país primeiramente com o julgamento do caso do Mensalão e, nos últimos dois anos, com os resultados surpreendentes da Operação Lava Jato”. A autora (2017, p. 40) defende que a culpa é condicionada ao trânsito em julgado, não à execução da pena.²² Ao analisar a conjuntura brasileira, Camila Giaretton e Marcus Aguiar Faria (2017, p. 412) discorrem que a decisão do STF no referido *habeas corpus* pode ter sido influenciada pela proposta do Ministério Público Federal intitulada “as 10 medidas do MPF para combater a corrupção”. Isto porque, dentre as medidas, encontra-se a garantia de efetividade do processo penal, a fim de que se combata à impunidade.

Em entendimento diverso e em defesa da presunção de inocência, posicionamento que se filia na presente pesquisa, Samantha Meyer-Pflug e Mônica Couto (2016, p. 404) afirmam que “o intuito da norma constitucional foi o de exigir o esgotamento da via judicial para a declaração de culpa do indivíduo. Prestigia-se nesse sentido o exercício do direito à ampla defesa e contraditório em toda sua extensão”. Nesse sentido, as autoras não realizam um fatiamento da culpa e da execução da pena como institutos jurídicos totalmente distintos, mas sim, realizando a leitura da execução da pena e do trânsito em julgado à luz das garantias assentadas no texto constitucional. Alinhado à teoria de interpretação constitucional, João do Nascimento e Renata Albuquerque Lima (2020, p. 339-340) trazem que entre o período de 2016 e 2019, que se possibilitava a execução antecipada da pena, ocorreu uma mitigação da presunção da inocência – que é cláusula pétrea,

“Art. 102 s) a ação revisional extraordinária;

§ 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que:

I – contrariar dispositivo desta Constituição;

II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105 j) a ação revisional especial;

§ 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que:

I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (BRASIL, 2019b).

²² Em crítica a essa flexibilização de garantias fundamentais no combate à corrupção no Brasil, ver: COSTA, 2020.

extrapolando os limites da interpretação constitucional. Elencam que essa pode ser uma das causas pelas quais as decisões com esse fundamento não adquiriram força de precedente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido alterado o entendimento nos julgados das ADCs em 2019.

Em sentido contrário, Antonio Suxberger e Marianne de Amaral (2017, p. 203-205) tratam que a interpretação de um princípio não pode se pautar apenas na literalidade do texto constitucional em que prescrito. Os autores (2017, p. 203-205) entendem que isso acarreta na redução da efetividade do sistema como um todo e acaba por negar a concretização a outros princípios importantes à ordem constitucional. Ademais, expõem que o processo penal é orientado por um sistema acusatório e que a Constituição de 1988 não apresenta definição do que seja trânsito em julgado ou coisa julgada. Assim, trazem que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção da inocência e promove melhorias no sistema processual penal brasileiro.

Ao examinar os votos dos ministros no HC n. 126.292/SP, Daniela Portal e Ricardo Gloeckner (2017, p. 401) aduzem que a retórica utilizada nos votos deixa claro que esse aumento no direito punitivo, implicando em flexibilização de garantia constitucional, vem alinhada a um discurso punitivista. Ademais, os autores (2017, p. 401-402) ressaltam que o STF parece, em seus argumentos nos votos do recurso, aproximar ainda mais as suas funções com aquelas verificadas na Suprema Corte Americana. No entanto, como inclusive já foi abordado ao longo do presente artigo, o sistema recursal norte-americano não se assemelha nem um pouco com o brasileiro.

Em defesa de uma posição intermediária da aplicação da presunção de inocência no tema da execução antecipada da pena, Marcelo Negri Soares e Izabella Rorato (2018, p. 378-379) tratam da necessária análise a partir do caso concreto. Os autores dispõem que há uma pequena parcela de crimes como organizações criminosas que continuam operando à luz da impunidade. Verificando-se dados para que a pena não seja levada à cabo em segunda instância, Marcelo Negri Soares e Izabella Rorato (2018, p. 378-379) trazem que os prazos prescricionais não correm durante o processamento recursal e os delitos são praticados, em mais de 90% dos casos, por pessoas com idade inferior aos 30 anos de idade.

Nesse sentido, verifica-se uma grande discrepância por parte da comunidade jurídica com relação à execução provisória da pena em segunda instância. Também se identifica uma estreita relação dos juristas que defendem a execução antecipada da pena com o combate à corrupção, o fim da impunidade e modificações no trâmite do processo penal. Em muito se compatibilizando a conjuntura em que os julgados do *habeas corpus* e dos ADCs se inserem com as manifestações da sociedade brasileira. Não se privilegia ou se defende os atos corruptivos, mas o seu controle deve sempre ser realizado à luz das garantias dispostas no texto constitucional.

De fato, coloca-se que o desenho institucional delineado na Constituição de 1988, com relação às competências do STF, o torna muito mais um tribunal recursal do que propriamente uma Corte Constitucional. É importante repensar esse desenho com diálogos envolvendo diversos setores e não tendo como pano de fundo uma relativização da presunção de inocência. Com relação ao *backlash* advindo de grande parcela da sociedade, ele é importante para perceber os principais anseios em face do julgado e demonstra que há, no jogo democrático, formas de ouvir esses clamores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento das ADCs 43, 44 e 54, acerca da execução provisória da pena em segunda instância, é um caso relevante para se refletir importantes questões para a teoria do direito e para a teoria constitucional. Como visto, não é o primeiro caso em que uma decisão judicial acarreta em *backlash* por parte da sociedade e acaba ensejando uma atuação do Poder Legislativo, mas é um caso emblemático que merecia melhor tratativa.

O *backlash* enquanto expressão democrática e que, como visto, simboliza a heterogeneidade da sociedade brasileira, demonstra que essas manifestações/reações são

importantes. Neste julgado em específico, algumas opiniões contrárias à decisão estavam assentadas em argumentos falaciosos, como a tese da impunidade (sendo que no Brasil há um encarceramento em massa, tendo o número de pessoas em cárcere triplicado em 20 anos) e notícias de que todos os cidadãos em prisão cautelar seriam soltos com a decisão. É importante nessas decisões que haja uma ampliação do diálogo com a sociedade, para não prevalecer a desinformação e *fake News*. Assim, ter o conhecimento do que está embasando as manifestações contrárias pela sociedade é fundamental, para que os cidadãos tenham acesso à informação imparcial.

Nesse sentido, respondendo a problemática apresentada, compreende-se que é possível enxergar aspectos positivos no *backlash*, tais como: uma forte interação da sociedade, engajada nas discussões constitucionais – e, por isso, se faz imprescindível que haja um acesso à informação de forma clara, para que os cidadãos possam formar suas manifestações com dados concretos e verdadeiros, se colocando as *fake News* como um obstáculo que anda permeando a esfera política e que precisa ser melhor tratado.

O tema da execução provisória da pena após condenação em segunda instância é matéria que divide opiniões na comunidade jurídica, o que acaba por refletir também nessa cisão dentro da sociedade. Verificou-se que o cenário nacional, em operações de combate a atos corruptivos e com a adoção de um discurso mais punitivista por parte de órgãos do Poder Público, favorecem essa aderência ao posicionamento de que poderia haver a execução provisória da pena. Isto é, a conjuntura brasileira e esses fatores elencados contribuíram para a ocorrência de um *backlash* por parte da sociedade.

Além disso, houve uma resposta do Poder Legislativo (que também pode ocorrer pelo Poder Executivo, mas é mais comumente visualizado o *backlash* por parte do Legislativo em virtude de uma comoção social) em face das exteriorizações contrárias à decisão, que, talvez, se não houvesse o *backlash* da sociedade, permaneceria omissa quanto à determinada demanda social. O que demonstra que, conforme muito bem assentam Reva Siegel e Robert Post (2017, p. 16), há “dispositivos para permitir que aqueles que discordam da Corte expressem sua discordância de maneiras que parecem reconhecer o Estado de Direito”.

Tendo em vista que o que em muito ensejou as posições favoráveis à execução provisória da pena foi o combate à corrupção e o fim da impunidade – tanto por parte da comunidade jurídica quanto da sociedade -, esse *backlash* pode ser utilizado na tentativa de resposta ao anseio social, sem que isso acarrete, contudo, na flexibilização de garantias fundamentais, como a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e o absurdo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo>. 2019.

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, n. 921, p. 01-13, jul. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2013.

BALL, Carlos A. The Backlash Thesis and Same-Sex Marriage: Learning from *Brown v. Board of Education* and its Aftermath. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 14, p. 01-48, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 199/2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n. 50, de 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43, DF. Ministro Marco Aurélio (relator). Data de julgamento: 07 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44, DF. Ministro Marco Aurélio (relator). Data de julgamento: 07 de novembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54, DF. Ministro Marco Aurélio (relator). Data de julgamento: 07 de novembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, CE. Ministro Marco Aurélio (relator). Data de julgamento: 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311683661&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, DF. Ministro Marco Aurelio (relator). Data de julgamento: 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078, MG. Ministro Eros Grau (relator). Data de julgamento: 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292, SP. Ministro Teori Zavascki (relator). Data de julgamento: 17 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 376–398, set./dez. 2016b.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, *backlash* e vaquejada. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez. 2018.

COAN, Andrew. Well, Should They?: A Response to 'If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care?'. *Stanford Law Review*, vol. 60, n. 1, p. 213-240, 2007.

CONJUR. General Villas Bôas diz que calculou "intervir" caso STF desse HC a Lula. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/villas-boas-calculou-intervir-stf-hc-lula>>.

COSTA, Tailaine Cristina. Flexibilização de garantias no combate à improbidade administrativa no Brasil. 2020. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. *Wisconsin law review*, p. 159-194, 2012.

FELDMAN, Adam; KAPPNER, Alexander. Finding Certainty in Cert: An Empirical Analysis of the Factors Involved in Supreme Court Certiorari Decisions from 2001-2015. USC CLASS Research Paper, n. 16-5, p. 01-48, 2016. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2715631>>.

FOLHA DE LONDRINA. Quase 80% são a favor de prisão em 2ª instância. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/colunistas/claudio-humberto/quase-80-sao-a-favor-de-prisao-em-2-instancia-2972018e.html>>.

FRANCISCO, *Guilherme Ozório Santander*; KOZICKI, *Katya*. A saga da igualdade e os momentos constitucionais: o papel da Suprema Corte no Constitucionalismo Norte-americano. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 117-140, fev./maio 2018.

GIARETTON, Camila Dourado; FARIA, Marcus Vinicius Aguiar. (In)ocorrência do esvaziamento do modelo garantista da Constituição Federal de 1988 com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 que relativizou o princípio da presunção de inocência. *Revista Campo Jurídico*, Barreiras, v. 5, n. 1, p. 401-423, jun. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Direito do Estado*, n. 86, p. 01-13, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>.

HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CORREIA, Fernando; ARAÚJO, Felipe. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 399-426, jan./abr. 2018.

KLARMAN, Michael J. *Brown Vs. Board of Education: Law or Politics? Public law and legal theory research paper series*, n. 02-11, p. 01-38, Dec. 2002. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=353361>>.

KLARMAN, Michael J. *What's so Great About Constitutionalism?* p. 01-65, 1997. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=40520>>.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Volume VII. Brasília: UnB, 2015, p. 192-194.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018.

MARANHÃO HOJE. Pesquisa mostra que 70% dos brasileiros aprovam prisão após segunda instância. Disponível em: <<https://maranhaohoje.com/pesquisa-da-veja-mostra-que-70-dos-brasileiros-aprovam-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia/>>.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: MATIAS, João Luis Nogueira. Direito, complexidade e globalização. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 149-162.

MARQUES, Alessandra Garcia. Direitos fundamentais e crise: violência, impunidade, corrupção institucionalizada e o princípio da não culpabilidade no HC n.º 126.292/SP do STF. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 21 – 42, jan./abr. 2017.

MELO, Marcus André. O viés majoritário na política comparada: responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática, Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 11-29, fev. 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. A presunção de inocência, a Constituição e o STF: comentários ao HC 126.292/SP. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 399 – 405, set./dez. 2016.

MOUFFE, Chantal. La paradoja democratica. Barcelona: Gedisa, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, João Ricardo Holanda do; LIMA, Renata Albuquerque. Interpretação constitucional e a força das decisões judiciais: análise da execução provisória da pena em tempos de protagonismo do Judiciário na política. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 321-344, jan./abr. 2020.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. Repercussão geral e *writ of certiorari*. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 161 f, 2006.

- PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, maio/ago. 2017.
- POST, Robert. Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 21, p. 01-17, 2000.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Yale Law School, Public Law Working Paper, n. 31, 2007.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 226-234, set./dez. 2015.
- SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. *Connecticut Law Review*, vol. 44, n. 5, p. 1635-1673, sept. 2012.
- SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 366-381, jan./abr. 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUNSTEIN, Cass. R. If people would be outraged by their ruling should judges care? Public Law Working Paper, University of Chicago, n. 151, p. 01-65, 2007.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017.
- UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>.
- UNITES STATES. Supreme Court of the United States. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica>.
- ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. *Backlash*: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2017.