



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E EFEITO *BACKLASH*

Talita Junqueira Peralta

Rio de Janeiro
2018

TALITA JUNQUEIRA PERALTA

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E EFEITO *BACKLASH*

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E EFEITO BACKLASH

Talita Junqueira Peralta

Graduada pela Universidade Vianna Júnior.
Advogada.

Resumo – muitas vezes a Suprema Corte profere decisões que dividem as opiniões dentro da sociedade. Em alguns casos, a reação do grupo “prejudicado” é tão forte que é capaz de provocar uma revisão do entendimento. A esse fenômeno dá-se o nome de efeito *backlash*. A essência do trabalho é verificar o efeito *backlash* no ordenamento jurídico brasileiro e analisar a possibilidade de sua ocorrência ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal de permitir a prisão após acórdão condenatório em segundo grau.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão. Segunda instância. Efeito *backlash*. Possibilidade.

Sumário – Introdução. 1. A execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau. 2. O efeito *backlash* no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Possibilidade de ocorrência do efeito *backlash* na recente decisão do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O atual cenário do país, em todos os seus aspectos, sobretudo o político, demonstra a necessidade de adoção de mecanismos capazes de combater a corrupção e efetivar o chamado “jus puniendi”, pelo Estado.

Muitas leis publicadas há anos atrás, bem como jurisprudências consolidadas, não guardam mais relação com a realidade do nosso ordenamento jurídico, razão pela qual se torna mais importante ainda a atuação do Poder Judiciário, principalmente da Suprema Corte, na análise dos anseios e necessidades da sociedade frente a casos complexos, que devolvem à apreciação jurisdicional discussões acaloradas, com argumentos pertinentes de ambos os lados.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal passou a permitir a prisão após acórdão condenatório em segunda instância. A jurisprudência anterior entendia que o princípio constitucional da presunção de inocência deveria ser observado em grau absoluto. Dessa forma, enquanto não ocorresse o trânsito em julgado, ou seja, enquanto não esgotados todos os recursos cabíveis, nenhuma condenação poderia ser executada. Diante dessa realidade, o Brasil viu crescer em larga escala os casos de impunidade, na medida em que muitos recursos eram interpostos com propósitos protelatórios, objetivando alcançar a prescrição da pretensão

punitiva ou executória.

Com a mudança no entendimento, passa-se a equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal.

Ocorre que, após a decisão do STF, grande parcela da comunidade jurídica vem se mobilizando para que o entendimento seja novamente revisto, na tentativa de que a antiga jurisprudência se restabeleça e a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária volte a ser vedada.

Em meio a argumentos embasados de todos os lados, se encontra a Suprema Corte em um momento de indefinição acerca do tema, tendo em vista que a pressão por parte de Defensores Públicos e da OAB já fez com que o Ministro Gilmar Mendes sinalizasse a respeito de uma possível mudança no seu entendimento. Na ocasião da decisão, o referido Ministro votou a favor da execução provisória da pena e o resultado foram 06 (seis) votos a favor e 05 (cinco) votos contrários.

O atual contexto nos remete a uma reflexão sobre a possibilidade de uma nova mudança no entendimento gerar o chamado efeito *backlash*, que vem a ser, em linhas gerais, uma reação forte e conservadora a determinadas decisões judiciais consideradas mais liberais, capaz de mudar novamente o entendimento da Corte Suprema do país.

Caso o entendimento seja novamente revisto e o STF volte a vedar a prisão em segunda instância, estaremos diante do chamado efeito *backlash*?

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar todas as discussões a respeito do tema, mas possibilitar uma reflexão acerca do papel do Supremo Tribunal Federal na análise de questões que impactam profundamente na sociedade e a influência desta nas decisões da Suprema Corte.

O primeiro capítulo do presente artigo tem como objetivo analisar aspectos inerentes à execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau. Por meio de uma análise do princípio da presunção de inocência é possível contrabalanceá-lo com a efetividade do poder de punir do Estado, a fim de entender os argumentos contrários e a favor da execução provisória da pena.

No segundo capítulo, serão demonstradas ocorrências do efeito *backlash* no ordenamento jurídico brasileiro.

O último capítulo destina-se a introduzir a problemática que envolve a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução provisória. Analisa-se a possibilidade de a forte pressão exercida pelos grupos contrários à decisão ser capaz de alterar novamente a jurisprudência, no sentido de voltar a vedar a prisão em segunda instância e,

consequentemente, gerar o chamado efeito *backlash*.

Quanto à abordagem, essa é necessariamente qualitativa, baseando-se em pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, com consulta de doutrinas, leis, e pesquisas on-line que versem sobre o tema abordado para, com isso, sustentar a tese.

1. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A PROLAÇÃO DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM 2º GRAU

A execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau e antes do trânsito em julgado da condenação não era admitida no ordenamento jurídico brasileiro desde 2009. As únicas exceções a essa regra eram as prisões em flagrante, temporárias ou preventivas.

A Constituição da República Brasileira de 1988¹, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que:

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

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Trata-se do princípio da presunção de inocência, segundo o qual, enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena, uma vez que sua inocência é presumida.

Neste sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal² expressa que:

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.

Dessa forma, só seria possível a prisão antes do trânsito em julgado com base no

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

² Id. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 7 out. 2017.

princípio da necessidade, ou seja, em caráter cautelar.

Assim, tomando por base os dois dispositivos supracitados, não se admitia no Brasil a execução provisória da pena.

Recentemente, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao julgar o HC 126.292/SP³, entendeu ser possível o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau. Na ocasião, para a maioria do ministros da Suprema Corte, admitir a prisão após a prolação de acórdão em segundo grau, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência.

Nas palavras do relator, Ministro Teori Zavascki⁴:

[...] cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

O relator afirmou que, após a prolação do acórdão confirmando a sentença condenatória, exaure-se o princípio da não culpabilidade, ressaltando que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. O Min. Teori Zavascki asseverou, ainda, que, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente até o esgotamento dos recursos de natureza ordinária, a pendência de recursos de natureza extraordinária não violaria o núcleo do princípio da presunção de inocência. Seria necessário, então, estabelecer um equilíbrio entre o referido princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, de modo que se atenda não somente aos interesses dos acusados, como também da sociedade⁵.

Após a referida decisão, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da OAB ajuizaram as respectivas ADC's nº 43 e 44, com o objetivo de reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do art. 283 do Código de Processo Penal⁶.

As ações foram julgadas pelo Plenário em 05 de outubro de 2016. Na ocasião, o STF reafirmou o entendimento segundo o qual é permitida a execução da pena após a prolação de

³ Id. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 out. 2017.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

acórdão condenatório em segundo grau, sem que isso configure violação ao princípio da presunção de inocência

A mudança na jurisprudência da Suprema Corte gerou muita controvérsia no cenário jurídico do país.

No plano doutrinário, diversos autores já se pronunciaram sobre a decisão de permitir a execução provisória da pena após acórdão de segundo grau. Muitos discordam da decisão, sob a justificativa de violação ao princípio da presunção de inocência.

Neste sentido, Pacelli⁷ afirma que não vê “como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP)”.

Para Brasileiro⁸, é necessário buscar uma maior efetividade ao sistema processual penal pátrio, entretanto, essa busca não pode ser maior que a própria Constituição, que estabelece que o início da execução de uma prisão de natureza penal só se dá com a formação da coisa julgada que, por sua vez, se forma com o esgotamento dos recursos de natureza extraordinária, mesmo que não sejam dotados de efeito suspensivo.

Segundo Távora⁹, ainda com relação ao princípio da presunção de inocência:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação ônus probatório dessa demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

A questão, portanto, ainda se mostra extremamente controvertida no plano jurídico, de modo que não se pode afirmar com segurança que a jurisprudência da Suprema Corte esteja, de fato, consolidada. Um indício da fragilidade da decisão é o fato de que, no segundo julgamento, a decisão já foi mais apertada, com seis votos a favor e cinco votos contra a possibilidade de prisão após acórdão em segundo grau. No primeiro, foram sete votos a quatro. Ademais, o Min. Gilmar Mendes já esboçou uma possível mudança em seu entendimento. Até agora, o Ministro votou a favor da prisão em segunda instância.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 235.

⁸ BRASILEIRO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017, p. 483.

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.

2. O EFEITO *BACKLASH* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O significado da expressão *backlash* pode ser definido no Dicionário de Cambridge¹⁰ como “um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política”.

Para Robert Post e Reva Siegel¹¹, ambos professores estadunidenses da *Yale Law School*, o referido efeito expressa o desejo de uma população livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, sendo, também, uma ameaça à independência da lei.

Para Marmelstein¹², o efeito *backlash* segue uma lógica que pode ser assim resumida:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível entender o efeito *backlash* como uma reação de um grupo a uma decisão da Suprema Corte.

Na introdução do presente artigo, definiu-se efeito *backlash* como uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico. Trata-se da interpretação mais comum que se dá a essa expressão. Ressalta-se, contudo, que esse “contra-ataque” pode ser de um setor progressista da sociedade, em face de uma decisão mais conservadora. Entretanto, o que

¹⁰ BACKLASH. *Dicionário online de Cambridge*. Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, 2007, p. 376.

¹² MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20-%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

aparece com mais frequência, quando da análise de casos concretos, são justamente decisões do Supremo Tribunal Federal, consideradas “liberais” e que, assim, geram reação de grupos conservadores.

Nesse contexto, observam-se diversas decisões dadas pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutiam temas polêmicos, envolvendo debates calorosos. Em tais oportunidades, a Suprema Corte proferiu decisões que geraram reações imediatas de grupos contrários.

A Emenda Constitucional nº 96 de 2017¹³ é um exemplo do que foi dito acima. A referida emenda acrescentou o § 7º ao art. 225, da CF/88 “para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis”.

O objetivo dos parlamentares defensores da atividade foi sobrelevar-se à decisão proferida anteriormente pelo STF, quando reconheceu-se a “vaquejada” como uma prática inconstitucional, na medida em que gerava tratamento cruel aos bovinos (STF, ADI nº 4983/CE, 2016¹⁴). Ressalta-se que a referida decisão foi proferida quando da análise de uma lei do Estado do Ceará, não tendo eficácia em todo o território nacional. Assim, qualquer outra lei, de outro estado da federação, para ser declarada inconstitucional, precisa ser formalmente questionada perante a Suprema Corte¹⁵.

A EC nº 96/2017, é, portanto, um exemplo de efeito *backlash*, na medida em que demonstra um contra-ataque de um grupo que se sentiu prejudicado pela decisão do guardião da Constituição.

Da mesma forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal de não considerar crime o aborto em caso de anencefalia do feto, também gerou reação contrária de um grupo conservador.

No mesmo sentido foi a reação deste grupo, defensor do chamado Estatuto do Nascituro, diante da decisão da Suprema Corte de permitir a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. O referido “estatuto” é um projeto de lei que defende os direitos do feto desde a concepção e pretende transformar o aborto em crime hediondo.

Outra questão envolve a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Há uma forte tendência no Supremo de se admitir a descriminalização, o que vem provocando grandes debates na sociedade. Os grupos favoráveis defendem a autonomia das escolhas do

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4983. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 07 out. 2017.

¹⁵ DIZER O DIREITO. *Breves comentários à EC nº 96/2017 (Emenda da Vaquejada)*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 28 fev. 2018.

indivíduo no âmbito privado, invocando, para tanto, o art. 5º, X, da Constituição Federal. Outra parcela da sociedade, contrária à descriminalização, vem criticando maciçamente a possibilidade de o Supremo permitir o porte de drogas para consumo pessoal, ainda que restrito à maconha. Um dos argumentos utilizados por esse grupo reside no fato de acreditarem que a mera conduta de portar a droga já seria capaz de ofender a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo Estado. A questão ainda carece de uma análise definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, mas já é possível perceber uma forte tendência ao surgimento do efeito *backlash*, caso a Corte Suprema vote favoravelmente à descriminalização.

Sem entrar em questões pormenorizadas, o que se deseja mostrar é que o efeito *backlash* está presente no ordenamento jurídico do Brasil e, sobretudo atualmente, é possível observá-lo com mais frequência, diante do fortalecimento de setores conservadores no quadro político e social do país.

Conforme já exposto no Capítulo 1, recentemente o Supremo Tribunal Federal, por maioria, passou a permitir a prisão após acórdão condenatório em segunda instância.

A decisão tem sido atacada por diversos setores da sociedade e, na comunidade jurídica, há forte pressão para que o entendimento seja revisto.

Diante deste cenário, questiona-se a possibilidade de ocorrência do efeito *backlash*, tendo em vista a reação de determinados grupos para que o STF volte a proibir a execução provisória da pena.

3. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DO EFEITO *BACKLASH* NA RECENTE DECISÃO DO STF

A decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena tem gerado muita repercussão no meio jurídico.

Embora tenha sido um entendimento firmado na Suprema Corte do país, a decisão traz certa instabilidade no cenário jurídico e político. Dentro do próprio Supremo, há divergência acerca do tema.

A decisão de permitir a prisão após acórdão condenatório em segunda instância foi prolatada após seis votos a favor, o que demonstra que a questão é objeto de divergência entre os Ministros, já que outros cinco entendem que somente pode ocorrer prisão após o trânsito em julgado.

Em que pese, na ocasião, ter votado a favor da execução provisória, o Ministro Gilmar Mendes¹⁶ já sinaliza uma mudança na sua posição. No dia 14 de março de 2018, o Ministro suspendeu a execução provisória da pena de quatro condenados por sonegação fiscal na Operação Catuaba (investigação sobre um suposto esquema de sonegação fiscal no setor de bebidas), deflagrada na Paraíba, em 2004. Segundo Gilmar Mendes¹⁷, mesmo o STF considerando que a prisão em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência, ele já havia sinalizado sua tendência em acompanhar o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa se houvesse pendência de recurso especial ao STJ.

Por outro lado, para a Ministra Cármen Lúcia¹⁸:

revisões de posicionamento acontecem porque a sociedade evolui. Mas isso não pode acontecer num período de apenas um ano e meio. E a revisão não pode surgir por iniciativa de quem foi vencido. Na Suprema corte americana, somente os vencedores podem pedir revisão de um posicionamento. Aqui não pode ser diferente. Imagine: quem foi vencido vai ficar pedindo revisão da decisão até virar vencedor?

A pressão sobre o STF para uma revisão da jurisprudência em torno da execução provisória de pena vem provocando forte reação nos grupos contrários à mudança, notadamente os procuradores das forças-tarefa das três instâncias do Ministério Público Federal que atuam na Operação Lava-Jato.

Para o Procurador da República, Deltan Dallagnol¹⁹:

a maior ameaça hoje à Lava-Jato é a discussão da prisão em segunda instância. Isso não afeta apenas a corrupção, mas também os homicídios, os roubos. Se a prisão passar para terceira ou quarta instância, a resposta que a sociedade tanto espera será enviada às calendas gregas.

No mesmo sentido, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge²⁰, sustenta a

¹⁶ CONSULTOR JURÍDICO. *Em HC, Gilmar Mendes suspende execução antecipada de quatro réus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/gilmar-mendes-suspende-execucao-antecipada-quatro-reus>>. Acesso em: 17 mar.2018.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ISTOE. *Os desabafos de Cármen Lúcia*. Disponível em: <<https://istoe.com.br/os-desabafos-de-carmen-lucia/>>. Acesso em: 17 mar.2018.

¹⁹ GAÚCHAZH. *Lava-Jato se mobiliza contra eventual recuo do STF sobre prisão após 2ª instância*. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/03/lava-jato-se-mobiliza-contr-eventual-recuo-do-stf-sobre-prisao-apos-2a-instancia-cjeul256103vr01r4j1lixmim.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²⁰ EM.JORNAL ESTADO DE MINAS. *Raquel Dodge defende prisão em 2ª instância e esforço no combate à corrupção*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/03/16/interna_politica,944614/raquel-dodge-defende-prisao-em-2-instancia-e-esforco-no-combate-a-cor.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2018.

necessidade de fortalecimento dos mecanismos de combate à corrupção, citando a execução provisória e a delação premiada como exemplo:

são instrumentos de efetividade. A colaboração permite desvendamento de crimes, sobretudo do colarinho branco, que são praticados em portas fechadas, de modo dissimulado, de forma não violenta, mas igualmente insidiosa. A prova é muito difícil, é muito difícil encontrar vestígios dos crimes de colarinho branco, vestígios de corrupção.

Em contrapartida, outra parcela da comunidade jurídica, composta majoritariamente por advogados, sustenta a necessidade de alteração do entendimento e exerce, assim, forte pressão para conseguir reverter a decisão.

Recentemente, um grupo de advogados do Ceará impetrou um habeas corpus coletivo no STF, com o objetivo de garantir a liberdade de “todos os cidadãos que se encontram presos, e os que estão na iminência de serem”.²¹

Embora o Ministro Gilmar Mendes já tenha sinalizado sua tendência em rever seu entendimento, na ocasião da impetração do referido habeas corpus, Mendes negou o pedido, alegando tratar-se de uma pretensão genérica, ressaltando a necessidade de se analisar individualmente a questão. Ainda quanto ao referido habeas corpus, Gilmar Mendes²² afirmou que:

Seria temerária a concessão da ordem, uma vez que geraria uma potencial quebra de normalidade institucional. Isto porque, ainda que parem dúvidas acerca da manutenção, ou não, do entendimento desta Corte em relação ao tema, as prisões em tela têm justa causa.

A discussão acerca da execução provisória da pena ganhou força com a aproximação do julgamento dos recursos da defesa do ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva contra sua condenação em segunda instância no caso do Triplex do Guarujá.

Entretanto, na ocasião do julgamento, foi negado o habeas corpus impetrado pela defesa do ex presidente. No dia 05 de abril, por um placar de 6 (seis) votos a 5 (cinco), o Supremo Tribunal Federal negou o recurso do ex-presidente Lula, mantendo, ao menos por enquanto, o entendimento da Corte de que é possível dar início ao cumprimento de pena após a condenação em segunda instância.

²¹ UOL. *Advogados entram com HC coletivo no STF para impedir prisão em 2ª instância*. Disponível em: <<https://eleicoes.uol.com.br/2018/noticias/2018/03/19/advogados-entram-com-hc-coletivo-no-stf-para-impedir-prisao-em-2-instancia.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

²² G1. *Gilmar Mendes nega pedido de advogados contra prisão após condenação em segunda instância*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-nega-pedido-de-advogados-contra-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2018.

Anteriormente, o ex-presidente havia sido condenado no TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região). Na véspera do referido julgamento, o juiz federal João Pedro Gebran Neto²³ defendeu a prisão após condenação em segunda instância. Para ele “[...] a execução em segundo grau é aquilo que é melhor para o Brasil[...]”. Segundo o magistrado²⁴, “[...] a interpretação constitucional e da legislação ordinária permite isso”.

CONCLUSÃO

Ao permitir a prisão após acórdão condenatório em segunda instância, o Supremo Tribunal Federal foi alvo de aplausos e críticas.

De um lado, defensores da execução provisória da pena vibraram com a viabilidade da efetivação do chamado *jus puniendi* estatal, ou seja, a efetivação do poder de punir do Estado. Isso porque, no entendimento anterior, somente era permitida a prisão após o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que só se dava após o esgotamento de todos os recursos. Com isso, a impunidade crescia, na medida em que os advogados dos réus lançavam mão de todos os recursos cabíveis até que, quando finalmente a decisão transitava em julgado, já não havia mais se falar em pretensão punitiva, em razão da ocorrência da prescrição.

A parcela da sociedade contrária ao entendimento do STF, por sua vez, fundamenta suas alegações, sobretudo, na ocorrência de violação ao princípio da presunção de inocência. Sustentam que, antes do trânsito em julgado, não há se falar em culpabilidade, razão pela qual, seria inconstitucional a decisão da Suprema Corte, por violar direitos constitucionalmente assegurados.

Entretanto, sabe-se que os recursos especial e extraordinário não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual, em caso de interposição de recursos ao STJ ou STF, não se discutirá mais a culpabilidade do acusado. O réu tem até o segundo grau de jurisdição para contestar os fatos que podem o incriminar, pois, se trata da última instância em que fatos e provas são analisados. Aliás, já é assim e, nesse ponto, nada mudou com o entendimento que permite a prisão após acórdão condenatório em segundo

²³ GAZETA DO POVO. *Prisão em segunda instância é o melhor para um “país que mata 64 mil por ano”, diz juiz que condenou Lula*. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/prisao-em-2-instancia-e-o-melhor-para-um-pais-que-mata-64-mil-por-ano-diz-juiz-que-condenou-lula-2ojtklfsqxyo9nl7psuviawf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

²⁴ *Ibid.*

grau.

Caso a Suprema Corte volte a analisar o tema e reveja o entendimento, este será mais um exemplo do efeito *backlash* em nosso ordenamento, na medida em que uma decisão mais progressista do STF, no sentido de combater a corrupção, bem como os mecanismos para que se atinja a prescrição da pretensão punitiva estatal, ensejou uma reação muito forte de um grupo conservador, capaz de alterar o entendimento e retornar ao *status quo ante*.

Independente do que a Suprema Corte decida em relação à execução da pena após acórdão condenatório em segundo grau, o fato é que o efeito *backlash* já é uma realidade no Brasil e, diante do atual cenário político, com a perceptível ascensão política de grupos conservadores, tende a se ampliar cada vez mais.

Há, contudo, a necessidade de se analisar, nos casos em que há possibilidade de ocorrência do referido efeito, a possibilidade de se verificar um retrocesso, o que, sem dúvida, deve ser combatido.

Por fim, cumpre ressaltar que o efeito *backlash*, ainda que possa gerar resultados indesejados, é um mecanismo do jogo democrático. Ademais, é indiscutível que essas questões polêmicas que desafiam o judiciário e movimentam os grupos políticos, possibilitam um acesso maior da sociedade a todos os argumentos e ideologias, na medida em que os grupos políticos precisam discutir abertamente seus posicionamentos, fazendo com que o tema seja amplamente debatido e compreendido pelos cidadãos. Em última análise, é, ou deveria ser, um instrumento capaz de influenciar o resultado das eleições subsequentes, pois os grupos políticos ficam mais expostos ao defenderem seus lados e, com isso, não há espaço para indefinição.

REFERÊNCIAS

BACKLASH. Dicionário online de Cambridge. Disponível em <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 126.292*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASILEIRO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. *Em HC, Gilmar Mendes suspende execução antecipada de quatro réus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/gilmar-mendes-suspende-execucao-antecipada-quatro-reus>>. Acesso em: 17 mar.2018.

DIZER O DIREITO. *Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada)*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 28 fev. 2018.

EM.JORNAL ESTADO DE MINAS. *Raquel Dodge defende prisão em 2ª instância e esforço no combate à corrupção*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/03/16/interna_politica,944614/raquel-dodge-defende-prisao-em-2-instancia-e-esforco-no-combate-a-cor.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GAÚCHAZH. *Lava-Jato se mobiliza contra eventual recuo do STF sobre prisão após 2ª instância*. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/03/lava-jato-se-mobiliza-contr-eventual-recuo-do-stf-sobre-prisao-apos-2a-instancia-cjeul256103vr01r4j1lixmim.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GAZETA DO POVO. *Prisão em segunda instância é o melhor para um “país que mata 64 mil por ano”, diz juiz que condenou Lula*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/prisao-em-2-instancia-e-o-melhor-para-um-pais-que-mata-64-mil-por-ano-diz-juiz-que-condenou-lula-2ojtklfsqpxpyo9nl7psuviawf>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

G1. *Gilmar Mendes nega pedido de advogados contra prisão após condenação em segunda instância*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-nega-pedido-de-advogados-contr-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. >Acesso em: 17 mar. 2018.

ISTOE. *Os desabafos de Cármen Lúcia*. Disponível em: < <https://istoe.com.br/os-desabafos-de-carmen-lucia/>>. Acesso em: 17 mar.2018.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20-%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash*.

Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

UOL. *Advogados entram com HC coletivo no STF para impedir prisão em 2ª instância*. Disponível em: <<https://eleicoes.uol.com.br/2018/noticias/2018/03/19/advogados-entram-com-hc-coletivo-no-stf-para-impedir-prisao-em-2-instancia.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.