

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

JÉSSICA FACHIN

PAULO RONEY ÁVILA FAGÚNDEZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jéssica Amanda Fachin; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Paulo Roney Ávila Fagúndez. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-195-0

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

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O grupo de trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, do VIII encontro Virtual do CONPEDI, contou com a colaboração de quase duas dezenas de pesquisadores brasileiros, os quais abordam em suas investigações, traduzidas em artigos científicos, temas os mais diversos, entre os quais podemos destacar estado democrático de direito, o papel do Supremo Tribunal Federal na regulação da internet, liberdade de expressão, Fake News, participação política digital, riscos ao regime democrático no mundo digital, formação de magistrados e sistema federal.

As análises desenvolvidas em todos os artigos, que resumem esforços acadêmicos de professores, graduandos, mestrandos, e doutorandos dão conta da atual realidade brasileira, notadamente no que se refere à construção de um ecossistema jurídico com potencial para garantir a estabilidade de um ordenamento jurídico democrático capaz de assegurar a paz e as liberdades fundamentais dos indivíduos em um contexto social cada vez mais polarizado.

Por conta da riqueza de todas as questões que são abordadas, recomendamos vivamente a leitura dos valiosos trabalhos selecionados previamente, por meio de análise cega de experts na área jurídica.

Boa leitura a todos.

Prof, Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Profa. Dra. Jéssica Facchin

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagúndez

A MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O EFEITO BACKLASH

THE CHANGE IN THE UNDERSTANDING OF THE STF ON SECOND INSTANCE IMPRISONMENT AS A CONSTITUTIONAL CHANGE AND THE BACKLASH EFFECT

Caroline Ribeiro Bianchini ¹

Joel Saueressig ²

Marco Antonio Vescovi ³

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante ao julgamento da execução provisória da pena – prisão em segunda instância. Para tanto, se fez necessário uma visita a alguns fundamentos constitucionais básicos para a melhor compreensão do tema, tais como sentido e interpretação da Constituição, poder constituinte, mutações constitucionais e um breve apanhado de decisões acerca de temáticas relacionadas ao objeto do presente artigo. Dessa forma, além dos conceitos de Direito Constitucional também são trazidas informações de caráter público, sintetizadas em notícias e apanhados de veículos de imprensa que, de uma forma ou de outra ilustram a temática abordada no presente artigo e que acrescentam à discussão da modificação da Constituição via poder constituinte difuso através da denominada mutação constitucional. Finalmente, é analisado o fenômeno do backlash oriundo da decisão do STF e as possibilidades de discussão da matéria julgada daqui para a frente, acoplando este fenômeno jurídico à realidade do Direito Constitucional.

Palavras-chave: Prisão em segunda instância, Poder constituinte difuso, Mutação constitucional, Backlash, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the understanding of the Supreme Federal Court (STF) regarding the judgment of the provisional execution of the sentence - imprisonment in second instance. Therefore, it was necessary to visit some basic constitutional foundations for a better understanding of the theme, such as the meaning and interpretation of the Constitution, constituent power, constitutional changes and a brief overview of decisions about themes

¹ Coordenadora do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest. Mestre em Direito Constitucional e Doutora em Direito. Advogada

² Doutor em Direito, professor do Centro Universitário Unifacvest

³ Especialista em Endodontia e Ortodontia. Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável. Professor do Centro Universitário Unifacvest

related to the object of this article. Thus, in addition to the concepts of Constitutional Law, information of a public nature, summarized in news and collected from press vehicles that, in one way or another illustrate the theme addressed in this article and that is also brought to the discussion of modifying the Constitution via diffuse constituent power through the so-called constitutional mutation. Finally, the phenomenon of backlash arising from the STF decision and the possibilities for discussing the matter judged from now on are also analyzed, coupling this legal phenomenon to the reality of constitutional law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Second instance arrest, Diffuse constituent power, Constitutional mutation, Backlash, Federal supreme court

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema “A modificação do entendimento do STF acerca da prisão em segunda instância como mutação constitucional e o efeito *backlash*”.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal vem entendendo de forma diversa a questão da execução provisória da pena. Em que pese o art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal de 1988 não sofrer ao longo desses anos nenhuma alteração de cunho material, com supressão ou acréscimo de conteúdo, este dispositivo vem experimentando diversos entendimentos para a sua aplicação prática.

Inicialmente, na intenção de trazer substrato conceitual para a presente abordagem, serão delineados conceitos necessários sobre poder constituinte, sentido e interpretação da Constituição.

O poder constituinte é analisado nas suas mais variadas modalidades, especialmente no tocante ao poder constituinte difuso, que se manifesta exatamente no sentido de alterar a interpretação da Constituição sem modificação de texto.

O sentido da Constituição é conteúdo adicionado de forma complementar, pois ilustra a necessidade de uma norma constitucional ou um conjunto de normas estarem de acordo com o que se busca em um ideal constitucional.

Da mesma forma a interpretação deve ser analisada, pois são casos como o trazido aqui que demonstram uma mudança de panorama acerca de determinado tema, o que, no Direito, se chama de hermenêutica.

As mutações constitucionais, efeito do poder constituinte difuso, são analisadas na sequência, pois ilustra de forma clara o objeto principal do presente trabalho, qual seja, a alteração do entendimento do STF pelo próprio STF.

E, em uma última abordagem, é analisada a decisão recente do STF sobre a execução provisória da pena, art. 5º, inc. LVII, e seus efeitos na sociedade e no corpo político, se tentando demonstrar, igualmente, se a decisão de novembro de 2019 que alterou o entendimento da própria Corte, produziu ou ainda produz o chamado efeito *backlash* o que, no caso em análise, demonstra uma reação “negativa” significativa da sociedade a uma ou mais decisões judiciais.

2 PODER CONSTITUINTE, SENTIDO E INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição que emergiu como documento supremo após o pensamento absolutista monárquico, passou a ser o documento que trouxe a regulação das ações em sociedade.

Essa supremacia da idéia de Constituição apareceu (sem desconsiderar os primeiros documentos históricos como a Magna Carta de 1215 etc.), com a Independência dos Estados Unidos em 1776 e com a Constituição daquele país em 1787.

Comparato (2006, p.108) traz:

Os norte-americanos [...] foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima, portanto da legislação ordinária.

Sendo assim, os norte-americanos cunharam os direitos fundamentais e seu âmbito de atuação e alcance primeiramente com a Constituição de 1787 e posteriormente com as Emendas que se seguiram e foram sendo adicionadas ao texto legal originário.

Desta maneira, pode-se atribuir aos norte-americanos a paternidade histórica do constitucionalismo tal qual ele está moldado até hoje, não apenas sobre direitos fundamentais, mas também pela sua Constituição trazer uma organização de poderes e um modelo de pacto federativo dentre outras questões.

O Brasil, como bem lembrado por Neves (2018, p.178-179) tentou transplantar a idéia de Constituição dos norte-americanos na primeira fase da República:

Da preponderante influência francesa sobre a Carta ‘Imperial’ passou-se para uma predominante influência norte-americana sobre o documento republicano, como ficou evidenciado na Assembléia Constituinte de 1890-1891. A admiração retórica para com a Constituição de 1787 transmitia a ilusão simbólica de que o transplante do sistema constitucional dos Estados Unidos para o novo texto constitucional seria uma solução adequada para os problemas sociais brasileiros.

Evidentemente que inúmeros fatores corroboraram para que o referido “transplante” acabasse por não dar certo.

Para exemplificar, o fato de que a universalidade de alcance do voto excluía analfabetos e mendigos (art. 70, par. 1º, incisos 1º e 2º) (Neves, 2018, p.180). A tentativa dos constituintes da primeira fase da República não foi bem-sucedida e o Brasil nem de longe

conseguiu demonstrar através da Constituição de 1891 uma semelhança efetiva no alcance e na aplicabilidade da Carta norte-americana.

Mas, o fenômeno do constitucionalismo e da existência de uma Constituição está atrelado ao que a doutrina denomina de Poder Constituinte.

Para Moraes (2019, p.25), “O poder constituinte, [...], é conceituado como poder de produção das normas constitucionais, por meio do processo de elaboração e/ou reforma da Constituição, com o fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado”. Fica claro que o poder constituinte tem, na sua origem, a capacidade de gerar um texto constitucional novo ou modificá-lo com o passar do tempo.

Na lição de Dantas (2012, p.86), o poder constituinte teve sua origem na França¹ e “foi manifestada pela primeira vez em um panfleto produzido à época da Revolução Francesa [...]. Concebeu-se [...] a idéia da Constituição como o documento que fez surgir um novo Estado, que cria uma nova ordem jurídica estatal.”

Ou seja, o Poder Constituinte é tido como originário justamente por inaugurar uma nova ordem jurídica até então não existente. É, um poder inaugural, distinto dos poderes por ele constituídos, e que cria uma nova ordem estatal por meio de uma Constituição escrita, um documento que estabelece a organização do novo Estado (Dantas, 2012, p.87).

Assim, uma vez estabelecida a vontade de Constituição e o estabelecimento do Poder Constituinte e, conseqüentemente, do Poder Constituinte Originário como inaugural dessa nova ordem, resta destacar o Poder Constituinte Derivado que pode ser dividido em Reformador, Revisor e Decorrente.

Ele será Reformador quando tiver o poder de emendar a Constituição observados os limites impostos pelo texto constitucional. No caso do Brasil, deve-se observar o art. 60, parágrafo quarto, incisos I ao IV da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Essas limitações ao poder de reforma, ao poder de emenda da Constituição, são chamadas de limitações materiais, tendo em vista que tais matérias não podem ser objeto de emenda constitucional que tenha a intenção de retirá-las do texto constitucional.

¹Foi um panfleto produzido à época da Revolução Francesa denominado “*Qu’est-ce que le tiers État?*” (O que é o terceiro Estado?) de autoria de Emmanuel Joseph Sieyès (Dantas, 2012, p.86).

O Poder Constituinte Derivado Revisor atende aos mesmos anseios do Reformador, mas com previsão expressa na CF/88, na ADCT: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral” (Brasil, 1988, s.p). Trata-se norma constitucional de eficácia exaurida, uma vez já esgotados os seus efeitos e não opera da mesma forma que o poder de reforma ou de emenda.

Dantas (2012, p.109) explica que “foi prevista uma revisão do texto constitucional, que deveria ser realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição de 1988, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral.” Ou seja, processo mais simples do que aprovar uma emenda que envolve além das já mencionadas limitações materiais as demais regras constantes do art. 60, ou seja, os incisos I, II e III, e os parágrafos primeiro, segundo, terceiro e quinto.

Já o Poder Constituinte Derivado Decorrente, nas palavras de Dantas (2012, p.105):

O poder constituinte decorrente relativo ao poder dos Estados-membros de editarem suas próprias constituições tem previsão constitucional no artigo 25, *caput*, da Carta Magna. Esse artigo dispõe que ‘os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição’.

Ou seja, os estados da Federação podem organizar suas Constituições de modo que estejam em acordo com a Constituição Federal de 1988, submissas às regras constitucionais gerais para evitar eventuais ações apontem inconstitucionalidades.

Uma vez instituída a vontade de Constituição através do poder constituinte originário ou de mudança da Constituição através do poder constituinte derivado reformador, revisor ou decorrente, deve-se destacar na presente abordagem, o chamado sentido de Constituição o que, nas suas acepções de maior destaque, se revestem de um sentido sociológico, de um sentido político e ainda de um sentido jurídico.

Tem-se o sentido sociológico (Lassalle), ou seja, um conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa; um sentido político (Schmitt), ou seja, a Constituição seria a vontade política do Poder Constituinte Originário; e ainda, uma terceira classificação importante, a Constituição em sentido jurídico (Kelsen), ilustrada por um significado eminentemente técnico a revestir as normas constitucionais. Isso apenas para mencionar alguns desses sentidos, sem exclusão de quaisquer outros (Moraes, 2019, p.85-86).

Para exemplificar, em Lassalle (2008, p.05) quando o autor indaga “Que é uma Constituição? Qual a verdadeira essência de uma Constituição?” logo no início da sua obra, ele mesmo sugere quando uma Constituição deve ser debatida.

Lassalle (2008, p.05) explica:

Em todos os lugares e a qualquer hora, à tarde, pela manhã e à noite, estamos ouvindo falar da Constituição e de problemas constitucionais, Na imprensa, nos clubes, nos cafés e nos restaurantes, é este o assunto obrigatório de todas as conversas.

Para Lassalle uma Constituição se apegue à conjunção dos chamados fatores reais de poder (Lassalle, 2008, p.10), ou seja, de que nada vale um texto constitucional por escrito se o que se coloca como força normativa constitucional são os fatores que regem e controlam toda uma sociedade.

Portanto, a Lei Maior, a Constituição pode estar revestida de diversos sentidos e quando da sua interpretação, e que lhes foram atribuídos expoentes no pensamento de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, é natural que dela se extraiam conclusões diferentes ou que se operem mudanças em seu texto.

Moraes (2019, p.145) complementa:

A interpretação constitucional é conceituada como atividade intelectual de revelação do **sentido**, alcance e conteúdo de determinada norma constitucional, por meio de regras e princípios de hermenêutica jurídica, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato, de acordo com a capacidade expressiva do texto da Constituição (grifo nosso).

Ou seja, o sentido da Constituição acoplado à norma, juntamente com o seu alcance e o conteúdo dessa mesma norma é o que irá sopesar no momento em que o jurista irá interpretar o texto constitucional e lhe atribuir determinado significado, seja aplicando o poder constituinte originário, no momento da criação de uma Constituição, seja na aplicação do poder constituinte derivado quando da alteração do seu texto.

Mas a interpretação da Constituição ou a interpretação das normas constitucionais vai além. Dantas (2012, p.150) traz que “Antigamente, afirmava-se com alguma frequência que uma norma, quando redigida de maneira clara, sem qualquer ambigüidade imprecisão ou obscuridade, não necessitava ser interpretada”. Na atualidade essa premissa encontra-se um tanto defasada, pois os tribunais, em especial no que se quer tratar, o Supremo Tribunal Federal, concede diferentes interpretações para direitos que não sofreram modificações materiais ao longo dos tempos.

A doutrina de direito constitucional geralmente traz a classificação de poder constituinte em originário, decorrente e derivado (reformador e revisor). No entanto, outras classificações, essas em menor escala, trazem o chamado poder constituinte difuso entre uma

delas. E é essa classificação juntamente com o fenômeno das mutações constitucionais que será mais bem detalhada a seguir.

3 AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO

As estruturas e o pensamento de uma sociedade estão sempre em constante mudança. Aquilo que era um pensamento unânime ou quase isso há um tempo pode, no presente, não ter mais o mesmo significado. Essa ausência de consenso do que é aceitável ou não repercute no seio da sociedade e nas instituições do Estado.

No mundo atual, as sociedades (e porque não dizer, os Estados) são diferenciadas. Há uma fragmentação de pensamento sobre as mais diversas causas e, conseqüentemente, uma fragmentação nas soluções dos mais diversos problemas enfrentados.

Isso reflete especialmente na seara do Direito Constitucional.

O constitucionalismo ou a constitucionalização do saber, se recente de uma aplicação mais bem acertada. Morais (2002, p.47) destaca:

Deve-se ser claro que a Constituição, como documento jurídico-político, sempre esteve submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, em vez de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional [...].

Neste entendimento, se percebe que a leitura que se faz da Constituição como documento soberano de uma nação muitas vezes perde o seu significado jurídico em troca de artimanhas ou joguetes envolvendo personagens que ocupam espaço nas células de poder estruturais do Estado. Isso acaba levando o intérprete da norma constitucional a uma confusão no tocante a qual sentido de Constituição que se está adotando.

Temas podem ser controversos de país para país, ou de região para região e até mesmo dividir uma sociedade aparentemente pacífica e igualitária. Aparentemente, pois, dentro de uma sociedade civil organizada, há pensamentos dissonantes. Essa também é uma característica do Estado que foi se modificando com o passar do tempo.

Sbrogio'Galia (2007, p.29) destaca:

A mudança constitucional demonstra-se fenômeno indissociável da vivência jurídica, porquanto decorre da permanente tensão entre o texto normativo, a realidade constitucional e a necessidade de efetivação das disposições constitucionais. A Constituição, embora represente o retrato apanhado da realidade social no momento da sua criação, neste não se esgota, mas, no mister da sua aplicação, resolve-se em um processo que promove a sua permanente reconstrução, no qual intervêm os distintos participantes da vida constitucional.

A Constituição, muito embora esteja submissa a mudanças físicas de seu texto, também está sujeita a mudanças de interpretação. De uma forma, o Poder Constituinte Originário é alterado por força do Poder Constituinte Derivado Reformador ou Revisor ao alterar seu texto legal e também por força do Poder Constituinte Difuso no tocante à sua interpretação.

Apesar de restar como explícita a necessidade de se observar tais critérios para a reforma da Constituição, o poder constituinte difuso, opera como implícito. Dantas (2012, p.111) esclarece:

O poder constituinte difuso, um poder de fato, sem qualquer previsão expressa na constituição, é aquele que se manifesta toda a vez que houver mudança na interpretação de normas constitucionais, sem que tenha havido qualquer alteração efetiva de seu texto.

Ou seja, a Constituição independente de sua classificação (rígida, semi rígida, ou flexível) está sujeita a alterações de sua interpretação sem mudança de texto tendo em vista os diferentes momentos, as diferentes realidades em que o intérprete da Constituição está inserido. Esse fenômeno, como já apontado é o Poder Constituinte Difuso e se manifesta naquilo que se denomina de mutação constitucional que é, na lição complementar de Sbrogio’Galia (2007, p.90) “a modificação de conteúdo das normas constitucionais, de forma que, conservado o mesmo texto, receberiam significação diversa”.

Isso ocorre de forma implícita na Constituição e não explicitamente como já destacado. A reforma ou revisão do texto constitucional – poder constituinte reformador e revisor, respectivamente – operam de forma explícita, através de emendas constitucionais ou emendas de revisão.

Uma vez estabelecido o poder constituinte difuso, cabe destacar que as mudanças constitucionais, neste caso, implícitas, através do poder constituinte difuso, perpassam por um panorama do que é direito e do que são mudanças na sociedade. Sbrogio’Galia (2007, p.17) traz:

A mudança jurídica pode ser apreendida do caráter normante da conduta, [...], quando emergente do processo de interação social. Contudo, não se pode conceber o exercício simplista de confundir-se o plano dos fatos com o plano do Direito, admitindo-se, equivocadamente, a direta interferência dos aspectos sociais na esfera jurídica, porquanto se cuidam de âmbitos diversos de implicação.

Não se quer afirmar aqui que o Direito está desvinculado do mundo dos fatos, ao contrário. Está, sim, se fazendo uma proteção daquilo que é do mundo jurídico de aspectos sociais negativos que não podem interferir na norma tão diretamente.

Portanto, a mutação constitucional não é um reflexo direto, imediato das mudanças sociais e sim um entendimento acerca do que é o fenômeno social através do fenômeno jurídico.

A mutação, objeto resultante do poder constituinte difuso, é reiterada nas palavras de Dantas (2012, p.110), como sendo “a alteração na interpretação da constituição, sem que haja uma efetiva alteração material, física, do texto constitucional, por meio de emendas à constituição [...]”. Esse fenômeno, assim como uma alteração física, tem o condão de modificar totalmente a interpretação do texto constitucional sem que nele não se promova acréscimo ou supressão de texto.

De forma elementar as mutações são o resultado, como já afirmado, das mudanças de entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca do texto constitucional.

Isso se dá através do controle de constitucionalidade, outra importação do modelo constitucional norte-americano e do modelo austríaco, que são conjugados em solo brasileiro.

Apenas para destacar a origem do controle, Dantas (2012, p.169) traz o modelo norte-americano:

[...] conforme nos aponta a doutrina, surgiu (o controle) em um país cuja constituição sequer o previa expressamente: os Estados Unidos da América. De fato, em famosa decisão proferida no Caso *Marbury vs. Madison*, o então presidente da Suprema Corte norte-americana (denominado *Chief of Justice*), o juiz John Marshall, concluiu que as normas infraconstitucionais deveriam adequar-se aos ditames constitucionais, sob pena de serem consideradas nulas, e que o controle daquela adequação deveria ser feito pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, nascia o controle de constitucionalidade das leis, que impera até hoje sob diferentes formatos (difuso, concentrado) e em diferentes momentos (preventivo, repressivo).

O curioso acerca do nascimento do controle é que, conforme na citação acima, nem mesmo os próprios norte-americanos o previram na sua Constituição de 1787. Referido sistema só nasceria mais tarde.

Retomando a questão da interpretação da Constituição através do poder constituinte difuso, no caso quando ocorrem mutações constitucionais, estas não podem recair sobre textos constitucionais que não admitem interpretação. Como exemplo, pode-se mencionar o art, 18, parágrafo primeiro da CF/88 que traz que a Capital Federal é Brasília. Ora, neste caso não se tem como conclamar o poder constituinte difuso.

Como é uma mudança informal, há a necessidade de se perceber que o texto que sofre a chamada mutação deve corresponder a uma demanda social. Ou seja, o objeto jurídico em questão, objeto da mutação deve ser um conceito que sofreu alterações com o passar do tempo.

Esse entendimento está diretamente ligado à capacidade de transformação dos conceitos do mundo factual e sua conseqüente alteração no mundo jurídico. Passa por uma análise de eficácia jurídica e de eficácia social da norma, análise que a sociologia jurídica já demonstra como de suma importância para a compreensão do conceito de norma e de ordenamento.

O caso da união homoafetiva pode ser mencionado como uma mutação do texto constitucional. Traz a CF/88 em seu art. 226 e parágrafos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem** e a **mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [...]. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo **homem** e pela **mulher**. (grifo nosso).

O texto constitucional é claro no sentido de que a união entre pessoas para a formação da família é entre homem e mulher. No entanto, o STF, na discussão da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, concebeu, para todos os efeitos, a inclusão da união homoafetiva como parte integrante do sentido da norma do art. 226. Este exemplo soma-se a outras questões como os casos de anencefalia, do depositário infiel, dentre outros.

Aliás, sobre este último caso, do depositário infiel, o STF editou a súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”, muito embora o art. 5º, inc. LXVII da CF/88 traga que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a **do depositário infiel**; (grifo nosso)”. Este inciso é cláusula pétrea, faz parte dos limites de alterabilidade da Constituição (rigidez constitucional, como visto anteriormente), mas, no entanto, recebeu tratamento diferenciado do STF.

Uma vez compreendido o conceito de poder constituinte difuso e de mutação constitucional, dando seqüência ao presente estudo, será mais bem detalhado a seguir o caso do julgamento recente sobre a decisão da prisão em segunda instância como forma ou não de mutação constitucional e o chamado efeito *backlash*.

4 A DECISÃO ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO FORMA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O EFEITO *BACKLASH*

Como visto, a Constituição por ser a Lei Maior de um Estado, possui mecanismos de alterabilidade em consonância com o seu modelo instituído de rigidez ou flexibilidade. E, mesmo sendo rígida, como é o caso da CF/88, as normas constitucionais não devem se apegar a uma imutabilidade. Caso das mutações constitucionais que promovem mudanças de significado sem supressão e/ou alteração de texto.

O fato é que quando ocorrem tais mudanças, de natureza implícita, de interpretação, foi porque houve certa “pressão” para que isso ocorresse. E essa pressão pode acabar causando um choque de grupos sociais que defendem opiniões distintas.

Recentemente, o Poder Judiciário entendeu diferentemente do que já havia julgado acerca da prisão em segunda instância. Neto et AL (2017) trazem um breve resumo do entendimento acerca da presunção de inocência ou execução provisória da pena feito pelo STF:

Até 2009 o STF entendia que a execução provisória da pena não feria o princípio da presunção de inocência, entretanto, no referido ano através de uma verdadeira mutação constitucional no HC 84.078-7 de relatoria do ministro Eros Grau, a mesma corte entendeu por 7x4 votos que a interpretação mais correta do art. 5º, LVII, da CF/88 seria a de não permitir a execução provisória da pena. Acontece que em 2016 no julgamento do HC 126.292 de relatoria do ministro Teori Zavaski pelo mesmo placar ficou entendido que a execução provisória da pena é compatível com o princípio da presunção de inocência, havendo verdadeira mudança de entendimento, caracterizando, portanto, nova alteração do alcance e do sentido do texto constitucional.

Sendo assim, até 2009, o STF entendeu que a execução provisória da pena não iria contra os ideais constitucionais. No entanto, em 2009, houve mudança de entendimento, verdadeira mutação, que alinhavou a decisão do STF com a incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Novamente, em 2016, restou compatível com o art.

5º, inc. LVII, a execução provisória da pena, retornando às origens da Corte no tocante a este entendimento.

Mas, em 2019, novo entendimento. Dessa vez alterando o posicionamento, o STF por seis votos a cinco, entendeu que a execução provisória da pena não é compatível com o princípio da presunção da inocência enquanto houver a possibilidade de recursos a serem interpostos (G1, 2019).

As mutações constitucionais ou mudanças de entendimentos sem que nenhuma linha de uma lei seja alterada operam além do ambiente em que votam ministros acerca de um caso concreto. Essas decisões repercutem na sociedade. Nas palavras de Fonteles (2019, p. 17), ocorre o que muitos denominam de “desacordos morais”, divergências que se colocam sobre um determinado objeto de estudo e que as instituições do Estado se prontificam a solucionar.

No Brasil essa expressão apareceu com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 845.779 de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso que, em síntese, analisou a possibilidade ou não de um transexual usar o banheiro feminino de um shopping center. O autor do recurso, um transexual de nome masculino, mas que utilizava o banheiro feminino do shopping se sentiu moralmente ofendido (STF, 2020).

Esses desacordos morais, muitas vezes, geram o que se denomina de efeito *backlash*, o que nas palavras de Fonteles (2019, p.18) pode ser entendido da seguinte forma:

Evidentemente, em algum momento, o Poder Público é chamado a pronunciar-se a respeito dessas controvérsias, mas nem sempre o posicionamento institucional adotado é bem recebido pelo corpo social. A depender de inúmeras causas, concausas e condições, a resposta dada pelo Estado pode inflamar reações hostis e, em casos mais extremos, gerar até mesmo uma verdadeira convulsão social.

Dessa forma, decisões como a de não conceder o dano moral ao litigante do banheiro do shopping pode acarretar um descontentamento social generalizado tendo em vista a natureza da ação proposta e, principalmente, o seu julgamento, a decisão. No caso em tela, o estabelecimento foi condenado em danos morais. Caso não houvesse a condenação, isso poderia acarretar uma revolta social.

No caso das mutações constitucionais, em especial da decisão mais recente do STF acerca da prisão em segunda instância, o fenômeno do *backlash* pode ser encontrado nas proposituras para mudar a questão decidida recentemente pela mais alta Corte do país.

O Projeto de Emenda à Constituição nº 05 de 2019 é uma dessas reações legislativas à decisão do Poder Judiciário. Não a esta decisão recente, mas já como efeito de decisões

anteriores, pois, como se viu, o art. 5º, inc. LVII vem recebendo diversos entendimentos ao longo dos anos.

Essa PEC acrescentaria ao art. 93 da CF/88 o inciso XVI com a seguinte redação: “XVI – a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos.” (Brasil, 2019, s.p) Muito embora a PEC seja anterior à última decisão do STF sobre o tema, sua discussão ganhou força tendo em vista a recente mudança de entendimento.

Outro projeto também vai ao mesmo sentido. O Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2018, também ganhou destaque após a mudança de entendimento. Nele se propõe a mudança do Código de Processo Penal. A justificativa do projeto do Senador Lasier Martins (PSD/RS) se baseia no próprio entendimento de outrora do STF:

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), Guardião da Constituição (art. 102, caput, CF/88), já decidiu pela possibilidade da execução da pena após esgotadas a primeira e a segunda instâncias, as chamadas instâncias ordinárias, nas quais se exaurem a produção de provas e a conseqüente verificação da autoria e da materialidade do fato (ARE 964246 RG/SP, HC 152752/PR, HC 126292/SP) (Brasil, 2018, s.p).

Independente da reforma que se queira fazer no sistema após uma decisão do Poder Judiciário para dar uma resposta da sociedade através de seu corpo de representantes políticos, o fato é que as reações legislativas são uma forma de manifestação do fenômeno do *backlash*. Fonteles (2019, p.83-84) acrescenta:

Não raro, a reação legislativa é o *grand finale* do *backlash*, ou seja, o golpe de misericórdia, dada a sua potencial aptidão para sepultar a decisão hostilizada pela sociedade. Todavia, é possível haver *backlash* sem reação legislativa, assim como pode haver reação legislativa sem *backlash*. Uma coisa não implica a outra.

No entanto, geralmente, as reações à recente decisão do STF sobre a presunção da inocência na sociedade foram visíveis. E diversas, como se esperava. No entanto o que se quer destacar aqui é a reação do corpo político que, no afã de demonstrar uma preocupação para com a sociedade, tratou de se mobilizar. De acordo com o Portal do Senado (2020, s.p):

O tema ganhou força no Congresso depois que o Supremo Tribunal Federal (STF) mudou de posição: no início de novembro, o STF decidiu por 6 votos a 5 que réus condenados só poderão ser presos após o trânsito em julgado, isto é, depois de esgotados todos os recursos. Na ocasião, um grupo de 43 senadores enviou uma carta ao Supremo, pedindo a manutenção da prisão em segunda instância.

Da mesma forma que o corpo político, a sociedade, em uma clara alusão aos primórdios do *backlash*, como no caso *Brown vs Board of education*, em 1954, nos Estados Unidos², se opôs à decisão do STF através de manifestações contrárias ao julgamento de novembro de 2019 sobre a execução provisória da pena. O Portal G1 (2019) destaca que houve manifestações em muitos estados do Brasil (G1, 2019) e em capitais contra a decisão da Corte que decidia mais uma vez de forma distinta ao que já havia se pronunciado anteriormente.

Ou seja, a decisão que modificou o entendimento do STF pelos ministros da Corte pode ensejar um efeito *backlash*, bem como uma mobilização para alterar, dessa forma, via poder constituinte derivado reformador, via poder constituinte difuso (novamente) ou através de projeto de lei, a questão do art. 5º, inc. LVII da CF/88. Qual o caminho que será percorrido e se haverá ou não um retrocesso legal, não se tem como saber, pois, questões de interesse sempre estarão presentes e existem inúmeras pressões dos mais diversos lados, reforçando a dicotomia política que assola implacavelmente o país e, por que não dizer, dificulta o caminho para a pacificação de questões tal qual a levantada nesse trabalho.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno do *backlash*, como mencionado anteriormente, é uma reação negativa da sociedade a uma decisão judicial.

No caso em tela, foram analisados conceitos referentes ao sentido, poder constituinte e interpretação da Constituição, por estarem diretamente ligados à função típica do STF de julgar ações constitucionais.

Igualmente foram trazidos os conceitos relacionados ao poder constituinte difuso e as chamadas mutações constitucionais que, como visto, são mudanças de entendimento, de interpretação sem mudança de texto.

Ocorre que essas mutações geram um desequilíbrio e uma instabilidade jurídica no seio da sociedade, bem como no ambiente do Poder Judiciário.

Após o julgamento da execução provisória da pena em 2019, como resultado das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ficou sedimentado que, de acordo

²A inconstitucionalidade da segregação racial foi decidida pela Suprema Corte norte-americana, que entendeu que havia uma violação à 14ª Emenda à Constituição. Isso repercutiu “negativamente” na sociedade dos Estados Unidos que vivenciou um fenômeno *backlash*, trazendo a política conservadora de volta ao panorama daquele país (Fonteles, 2019, p.138-146).

com o entendimento mais recente do STF, a execução provisória da pena ou a chamada prisão em segunda instância é incompatível com o art. 5º, inc. LVII da CF/88.

Dessa forma, vários setores da sociedade se voltaram contra os seis ministros que votaram pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância com o argumento de que o sujeito passivo do crime pode ser preso antes de esgotarem-se todos os graus recursais. De outra banda, outros setores, como políticos e juristas, defenderam a votação com a alegação primordial de que foi cumprido o texto constitucional do art. 5º, inc. LVII (BBC Brasil, 2019).

De forma conclusiva, a modificação de entendimento do STF, a mutação constitucional de alteração do sentido e da interpretação da norma constitucional do art. 5º, inc. LVII tem duas variantes: a primeira, no sentido de que foi cumprida a norma constitucional de forma literal; a segunda, no sentido de que a norma constitucional não foi cumprida tendo em vista que já havia entendimento de outrora acerca da prisão em segunda instância favorável em sede de mutação constitucional.

Ambas as hipóteses parecem aceitáveis. Resta além do efeito *backlash*, que pode ser alegado tanto por quem defende uma ou outra variante, um panorama de insegurança jurídica que somente poderá ser solucionado, nesta opinião, pelo Poder Legislativo na sua função típica de alterar o texto constitucional para não mais vê-lo sujeito à mutação constante como no caso da execução provisória da pena.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Prisão em segunda instância:** definição pode acontecer no primeiro semestre. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/23/prisao-em-segunda-instancia-definicao-pode-acontecer-no-primeiro-semester>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BBC Brasil. **As reações do mundo político à decisão do STF que abre caminho para libertar Lula.** 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340697>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de lei do Senado nº 166 de 2018.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715945&ts=1579202073369>. Acesso em: 02 fev. 2020.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, P. R. F. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

FONTELES, S. S. **Direito e *backlash***. Salvador: JusPodivm, 2019.

G1. **Cidades têm manifestações contra decisão do STF sobre prisão após condenação em segunda instância**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 02 fev. 2020.

_____. **Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>. Acesso em: 02 fev. 2020.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, G. P. de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAIS, J. L. B. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NETO, J. F. P.; NETO, A. G.; DANELLI JR, C. A.; RAMALHO, H. S. **Mutação constitucional e a possibilidade de execução provisória da pena**. Disponível em: <http://www.unibalsas.edu.br/wp-content/uploads/2017/01/TCC-JAMACY.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2020.

NEVES, M. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SBROGIO'GALIA, S. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à Constituição nº 05 de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7917931&ts=1574256753446&disposition=inline>. Acesso em: 02 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317399481&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.