

DIÁLOGOS SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM REFERENTE À EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Alécio Farias Gomes Badalamenti¹

aleciob99@hotmail.com

Ícaro Antero Holanda Leite²

icaro_ahl@hotmail.com

Luana Adélia Araújo Martins³

luanaaamartins96@gmail.com

Tainah Simões Sales - orientadora⁴

tainahsales@gmail.com

Palavras-chave: Presunção de inocência. Mutações constitucionais. Execução da pena em segunda instância.

RESUMO

O presente artigo busca examinar a mudança de posicionamento da Suprema Corte brasileira, desde 2016, acerca da possibilidade do cumprimento da pena decorrente de sentença penal condenatória ainda em grau de apelação em face das diretrizes constitucionais. Ademais, a pesquisa investiga os possíveis motivos ensejadores dessa dinamicidade no entendimento da norma e as consequências refletidas no âmbito social, especialmente no julgamento do HC 152.752. Por fim, faz-se uma análise da atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente Lula, no que tange à transposição de sua função jurídica em função do embate existente frente à opinião pública. Para tanto, este artigo se realizará por pesquisa bibliográfica, com base em uma abordagem descritiva e qualitativa, com embasamento bibliográfico.

¹ Estudante de graduação no curso de Direito da Universidade de Fortaleza e monitor da disciplina de Direito Penal.

² Estudante de graduação no curso de Direito da Universidade de Fortaleza e monitor da disciplina de Direito Constitucional.

³ Estudante de graduação no curso de Direito da Universidade de Fortaleza, monitora da disciplina de Direito Constitucional e membro pesquisadora do Projeto de Pesquisa intitulado “Direito e política: a crise de representatividade e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

⁴ Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado “Direito e política: a crise de representatividade e a ausência de participação popular no Poder Judiciário”, desenvolvido na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

INTRODUÇÃO

A Constituição, por ser a norma de maior hierarquia que rege e limita o poder do Estado, deve transmitir segurança jurídica, não podendo estar sendo interpretada e alterada constantemente, tanto é verdade que o procedimento para alteração formal de seu texto é complexo e mais rígido que o exigido para alteração de todas as outras espécies normativas.

No atual cenário político e jurídico brasileiro, a Constituição está sofrendo interpretações e mutações pelos tribunais, sem passar pelo procedimento previsto para criação de Emenda à Constituição, que estão causando diversas vezes, insegurança jurídica. Assim, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, entra em ação sob a justificativa de minimizar a falta de representatividade dos poderes políticos e trazer efetividade à Constituição, no entanto, por diversas vezes acabam contrapondo o texto constitucional, como é o caso da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em 2016, a Suprema Corte julgou o caso de Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP, negando concessão ao HC, e os ministros decidiram, por maioria dos votos, que é possível a iniciação da execução penal condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, ou seja, o condenado em segunda instância poderá ser preso.

Para a Constituição e a doutrina majoritária, direitos e garantias não podem ser objeto de emenda constitucional, salvo para dilatação, ou seja, não podem sofrer alteração que venha a restringir direitos, somente poderá se for para ampliação de direitos e garantias.

Partindo dessa explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: até onde o STF pode atuar, no âmbito da hermenêutica e das mutações constitucionais, e realizar interpretações de texto constitucional, que, protege expressamente a presunção de inocência até o trânsito em julgado, abrindo ressalvas apenas para prisões processuais? Os limites para as atuações dos magistrados são essenciais para a respeitabilidade do Estado Democrático de Direito, pois, se por um lado a Constituição deve se igualar à atual realidade social, por outro, não pode deixar que sua essência seja desrespeitada.

É ainda, objetivo deste trabalho, analisar a influência da opinião pública para com as decisões judiciais no âmbito da Suprema Corte, trazendo à tona o caso do ex-

presidente Luiz Inácio Lula da Silva, onde se delimitará em demonstrar se as decisões judiciais dos ministros do STF sofrem interferência da opinião pública e da mídia.

Esta pesquisa justifica-se em razão da relevância do tema para a sociedade, visto que o STF ao atingir de maneira protagonista, alterando interpretações textuais via mutação constitucional, coloca em risco a segurança jurídica e direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição Federal.

Para tanto, este artigo se realizará por pesquisa bibliográfica, com base em uma abordagem descritiva e qualitativa, com embasamento bibliográfico.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os direitos fundamentais são valores resguardados no ordenamento jurídico brasileiro e de proteção internacional. São pilares para organização estatal e social, indispensáveis para que haja um convívio em sociedade. Na visão de Rodrigo Padilha (2014), os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana, eles são necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Padilha ainda acrescenta que os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal).

Dentre os direitos fundamentais consagrados, encontra-se a presunção de inocência. No que diz respeito a tal princípio, consta no art. 5º, LXVI (BRASIL, 1988):

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;

Esse princípio penal, também conhecido como presunção de não culpabilidade, afirma que ninguém pode ser designado culpado pela prática de qualquer ato imputado por lei, senão após ter sido submetido ao devido processo legal e o procedimento ter sido julgado pelo juízo competente, tendo o indiciado o amplo direito à oportunidade de defesa. Sob a égide desse princípio, complementa André Ramos Tavares (2007, p. 630):

Ao indivíduo é garantido o não-tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária e administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional.

Outrossim, ainda no tocante o princípio da não culpabilidade, esse tem relação direta com o art. 283, do Código de Processo Penal, o qual confirma a não-prisão do acusado antes do trânsito em julgado do processo penal, todavia, o artigo acrescenta ainda a legalidade dos casos de prisão no curso da ação penal ou até mesmo anterior a ela, quando o ato delituoso resultar em prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva, ou seja, em caráter excepcional. De acordo com o referido dispositivo:

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. (BRASIL, 1941)

Nessa perspectiva, é claro o entendimento pela própria literalidade do instituto, entretanto o referido inciso do art. 5º vem sendo pauta de debates nos últimos anos, visto a ocorrência hodierna de mudança de entendimento nos órgãos colegiados superiores.

O primeiro julgamento sobre o caso foi o HC 126.292, em 2016, que, produzindo efeitos *inter partes*, discutiu a legitimidade de ato do TJ/SP ao negar provimento ao recurso da defesa. Por maioria, sete votos a quatro, o plenário do STF determinou o início da execução da pena, mudando assim, a jurisprudência da Corte, afirmando que é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou também em 2016, por voto de sua maioria absoluta, no tocante às Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, interpretando que o referido art.283, CPP não impede o início da execução da pena depois da condenação em segunda instância. Vale ressaltar que esse artigo tem relação com o art. 5º, LVII, CF que, por ser direito fundamental, é considerada uma cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro. Tal decisão tem efeitos *erga omnes* e vinculantes, obrigando os tribunais inferiores a seguir.

No primeiro semestre do ano de 2018, a sociedade voltou as atenções para o julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que teve

por fim, também o seu pedido negado, respeitando o entendimento já proferido nas ADCs 43 e 44.

Tomando como base a definição e o significado do princípio da presunção de inocência, os capítulos seguintes explanarão como se iniciou essa mudança de entendimento desses artigos (art. 5º, LVI e art. 283, CPP) e o que motivou essa modificação na compreensão pela Suprema Corte, que acarretou nos julgamentos dos habeas corpus supracitados, fomentando aos indiciados o início do cumprimento de sentença, mesmo o processo ainda sendo objeto de apelação.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para o entendimento acerca do respectivo assunto, é imprescindível ter uma breve compreensão do avanço da interpretação do hermenêutica, visto que a sociedade está em constante mudança. Nesse contexto, Lucas Matos da Silva (2017, p. 21) confirma:

Como é sabido, na época do Estado absolutista, o soberano era o rei, o legislador e o juiz, ou seja, exercia os três poderes conhecidos atualmente, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, delegando este último, certas vezes, a pessoas de confiança.

Assim, percebe-se que o tempo altera não apenas o contexto de uma sociedade, como também a organização dos poderes, as leis e as interpretações de uma legislação. O que antes era um Estado absolutista, com os poderes concentrado em um soberano, atualmente é um Estado contemporâneo com separações de poderes, havendo figuras diferentes nas funções e não uma única pessoa, como disposto na Lei Maior: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Diante disso, com a divisão dos poderes, surge como principal papel do julgador a interpretação da legislação, sendo necessário que o intérprete alcance o verdadeiro significado da norma, para que a aplicação ocorra da forma pela qual o legislador quis ao criar a lei, afastando da jurisdição as ideologias e valores advindos do hermeneuta (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). Como disposto no entendimento de Uadi Lammego Bullos (2017, p. 45):

O caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.

Assim, a mutação constitucional tem como principal característica a função de alterar a interpretação dos textos constitucionais, sem a necessidade de uma forma pré-estabelecida, ou seja, não ocorrendo as denominadas emendas constitucionais ou as revisões. Este instituto jurídico é conhecido pelas doutrinas como um processo informal para um novo sentido ou significado na Constituição.

Sob essa ótica, de acordo com Bulos (2017), são características do processo de mutação constitucional: a *permanência*, pois a sua ação tem caráter de mudanças permanente, apesar de seu procedimento não ser expresso em lei; a *latência*, pois seu surgimento e sua aplicação só ocorrem de forma necessária, cabendo a Magna Carta aplicar-lhe a efetividade. Como já visto, também são *informais*, pois não tem previsão nos mecanismos previstos na ordem jurídica. Por fim, apresentam *continuidade*, pois podem aparecer também para preencher lacunas nos textos constitucionais.

Diante do exposto, este instituto constitucional é um procedimento que não tem previsão legal, assim, cabe muitas vezes o questionamento acerca da aplicação de casos concretos, como irão ser estudados adiantes no tocante do Habeas Corpus 126.292 e das ADCs 43 e 44.

3. DA DECISÃO DOS HABEAS CORPUS 126.292

No ano de 2016, foi proferida uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, ocorrendo efeitos *inter partes*, no *Habeas Corpus* 126.292, que deixou a sociedade brasileira e os juristas com reflexões e críticas acerca do tema, pois foi decidido:

A execução provisória de acórdão penal condenatória proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC nº 126292/SP, REL. MIN. TEORI ZAVASKI. 17/02/2016).

Portanto, a decisão consiste na determinação de o acusado cumprir a pena proferida em instâncias inferiores ao Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, mesmo ainda cabendo recurso. Ou seja, o réu já passa a ser preso, contando o prazo do cumprimento de pena antes de ser julgado o recurso cabível após a segunda instância. Dessa maneira, muitos estudiosos criticaram a decisão proferida, pois seria contra o princípio da dignidade da pessoa humana, como também sendo

uma afronta à Constituição Federal, que afirma que o acusado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado.

Deste modo, a decisão da corte guardiã da Constituição abriu um novo entendimento que até então não existia. Assim, abriu-se precedente para que os tribunais inferiores decretassem o cumprimento de pena, ou seja, a execução penal, a partir de seus acórdãos, não necessitando a espera do trânsito em julgado para que o acusado comece a cumprir sua pena. Na prática, após a condenação em segunda instância, o réu que, até então, tem disponíveis outros instrumentos jurídicos para tentar provar sua inocência (os recursos), é preso e, assim, deverá aguardar a resposta do seu respectivo recurso dentro do presídio.

Para o relator, ministro Teori Zavaski, que votou a favor da decisão, levou como defesa alguns pontos: alegou que o princípio da presunção de inocência não seria afastado e sim equilibrado com a efetiva penalidade brasileira. Ele também mencionou que devem ser atendidos os valores da sociedade e não apenas do acusado, visto que a sociedade clama por justiça.

Ocorrendo o efeito *inter partes*, a decisão vinculou apenas quem fazia parte do processo, porém, após o respectivo julgamento, houve o ajuizamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que fez ocorrer uma nova discussão. Nesse raciocínio, Fernanda Maria de Moraes Queiroz afirma: “desse modo, não foi essa a decisão que deu efeito erga omnes à tal determinação. Explica-se: meses depois do julgamento desse Habeas Corpus, foram ajuizadas as ADCs 43 e 44” (2017, p. 116).

O ajuizamento dessas ADCs ocorreu por conta da apreciação do habeas corpus até então estudado. O julgamento delas e o entendimento acerca delas irá ser abordado no tópico seguinte.

4. CONSIDERAÇÕES DAS AÇÕES DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Com o julgamento do Habeas Corpus, proferido pelo STF, surgiram as ADCs de número 43 e 44. A ADC de número 43 foi ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), pretendendo levar em discussão o artigo 283 do Código de Processo Penal, já citado anteriormente.

Nessa perspectiva, é previsto no Código Penal brasileiro uma norma que reflete de forma nítida a presunção de inocência, tendo as referidas ADCs o objetivo de

declarar constitucional o referido artigo disposto na legislação Processual Penal e corroborando a literalidade da Constituição Federal.

A Ordem dos Advogados do Brasil também ajuizou uma ADC, de número 44, objetivando o reconhecimento da constitucionalidade da literalidade do art. 283, CPP que o mencionado HC, ao relativizar o princípio da presunção de inocência, o feriu. Apontou-se também que poderia acarretar uma insegurança Jurídica.

O Ministro Relator Marco Aurélio Mendes de Farias Mello teve como entendimento o reconhecimento da literalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, fundamentando que este dispositivo se harmoniza com o princípio protegido pela Constituição Federal. Assim, proferiu o voto no sentido de determinar a suspensão de execução provisória da pena que não tenha transitado em julgado (STF, ADCs 43/DF e 44/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5-10-2016).

Diante disso, o Ministro Teori Zavascki teve entendimento contrário do relator, afirmando que o procedimento não viola o princípio defendido, pois a essência do pressuposto da não culpabilidade não foi violada, haja vista que foram utilizados os meios necessários e respeitadas todas as regras probatórias. Após a segunda instância não haverá mais discussão de fatos e provas, ou seja, a culpa já teria sido comprovada.

Por fim, os demais ministros seguiram entendimentos nas vertentes já mencionadas anteriormente, havendo, no fim, pela maioria dos votos, o não reconhecimento da liminar nas ADCs, indo de encontro também à Constituição Federal de 1988. Deste modo, restou a possibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado., com decisão em caráter *erga omnes* e vinculante.

5. A SUPREMA CORTE VS A OPINIÃO PÚBLICA: O CASO LULA

No modelo de repartição de poderes, o qual teve como principal representante o filósofo Montesquieu, as funções políticas e jurídicas do Estado ficam divididas. Com isso, cabe aos poderes políticos – Poder Executivo e Legislativo – a representação da população majoritária, ou seja, a sociedade elege democraticamente, através do voto, seus representantes. Ao poder jurídico, cabe, além de outras funções, a concretização de direitos e garantias fundamentais, tanto para aqueles que tem representação política – população majoritária – quanto para os que não usufruem de tal representatividade – população contramajoritária.

No âmbito federal de instância máxima do exercício do poder jurídico, isto é, o Supremo Tribunal Federal, há entre as atribuições outorgadas pela Constituição Federal o dever de assegurar direitos e garantias fundamentais à sociedade, primordialmente à população contramajoritária. Isto porque, ao ter pouca ou nenhuma representação política, se comparado à população majoritária, o STF é o “único recurso” que resta a estes indivíduos. Aqui há de se abrir um “parêntese”: ao se falar em população contramajoritária, fala-se em “minorias pouco ou quase nada representadas” ou “maiorias silenciosas”.

Veja-se, ao se falar em “minorias”, não se fala em quantidade numérica. A revista *La Gandhi Argentina* (1998) expôs que as minorias nunca poderiam se traduzir como uma inferioridade numérica, mas sim como maiorias silenciosas que, ao se politizarem, convertem o gueto em território e o estigma em orgulho gay, étnico, de gênero – portanto uma maioria parlamentar escolhida para representar a população é, na realidade, uma minoria dominante (SANTOS, 2011, p. 60-61).

De acordo com o ministro Barroso (2014, p. 15), o STF exerce dois papéis distintos e antagônicos, o contramajoritário, ao defender os direitos fundamentais e a democracia, em nome da Constituição. E o segundo papel é o representativo, quando, em algumas situações, responde a litígios e desejos sociais e políticos, os quais os Poderes eleitos para representar a população não conseguem desempenhar.

Porém, para que ocorra a representação da população contramajoritária, se faz necessário que o Supremo Tribunal se afaste ao máximo da influência opinativa midiática e popular majoritária. Entretanto, a midiáticação do STF fez com que a população voltasse o olhar para este poder jurídico, além do descrédito em relação aos poderes políticos.

Tal fato tem influência direta na atuação da Suprema Corte, pois, com o intuito de que suas deliberações jurídicas se tornem estáveis, aceitas e que não sejam contrariadas pelos poderes políticos – através de leis, medidas ou deliberações – acabam atuando como representantes da população majoritária e, com objetivo de manter o prestígio popular, certas vezes contrariam direitos das minorias – população contramajoritária – faz com que o STF deixe seu papel de representante “contramajoritário” e se torne um “ser” politizado. Ressalta-se, um “ser” político que não está apto para tal função, pois não foi eleito democraticamente para tal atribuição.

Diante disso, poderá ocorrer a violação e/ou a não efetivação de direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal vigente, a qual, frise-se, facultou a função de “guardião da Constituição” ao Supremo Tribunal Federal.

Ora, veja-se o caso da execução provisória de pena em segunda instância, uma afronta direta ao dispositivo constitucional do direito fundamental de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Se a própria Constituição, que é – ou deveria ser – a norma mais respeitada da Federação, sofre uma violação de tamanha proporção pelo próprio “guardião constitucional” - que, volta-se a repetir, não é um poder eleito democraticamente e nem tem a função de alterar a Constituição de tal forma, muito menos de restringir direitos e garantias fundamentais, já que estes são cláusulas pétreas e só podem sofrer alteração para ampliar e melhorar - onde a sociedade encontrará segurança jurídica nesse Estado “Democrático de Direito”?

Há de se falar aqui em dois pontos que corroboram com o entendimento de que a Suprema Corte se exhibe não apenas como ente jurídico, mas também como ente político. Portanto, far-se-á a explanação pontuada e após adequar-se-á ao contexto político-jurídico do atual cenário brasileiro.

Ponto 1 - a duração de um processo (BRASIL, 2017, online): em média, para se obter uma sentença na fase de conhecimento de um processo da justiça federal, demoram, pelo menos, 2 anos na primeira instância, 1 ano e 10 meses no segundo grau, 11 meses no STJ, totalizando um média de 4 anos e 7 meses ou 57 meses. Para o julgamento de um remédio constitucional no STF, estando o *Habeas Corpus* entre eles, demora pelo menos entre 1 e 2 anos, contudo, já teve de acontecer a duração entre 20 e 30 anos.

Ponto 2 – julgamento de Habeas Corpus de réus presos (BRASIL, 2017, online): o processo penal tem como forte característica a urgência, tanto que os prazos processuais são menores do que os da esfera processual cível, principalmente em se tratando de réu que se encontra em cárcere por prisão processual. O *Habeas Corpus* pode ser impetrado tanto para que o réu preso seja solto, como para prevenir a prisão do acusado. Contudo, o réu que se encontra em cárcere tem prioridade perante o que está respondendo em liberdade. Dito isto, um *Habeas Corpus* impetrado por um réu preso deve ser apreciado antes do que o do acusado que está solto. Corrobora com esse entendimento o ministro Marco Aurélio (HC 129.637/RJ) que, em seu voto, proferiu o seguinte discurso: “cumpre observar que, em se tratando de processo com

réu preso, o ato formalizado há de ter exame preferencial. O fato de defrontar-se o Judiciário com sobrecarga de trabalho não leva à colocação dessa premissa em segundo plano”.

*O caso do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva*⁵:

Em 5 de fevereiro de 2016, a Polícia Federal começou a investigação contra o ex-presidente Lula. No dia 9 de março o Ministério Público oferece a denúncia, sendo aceita pelo juiz Sérgio Moro em 20 de setembro. Em julho de 2017, Lula é condenado em primeira instância. Em janeiro de 2018, o TRF da 4ª Região condenou o ex-presidente Lula, isto é, ele foi condenado em segunda instância, porém só poderia ser preso quando sustasse a pendência do último recurso da defesa no tribunal, o que ocorreu. Antes de ser preso, a defesa de Lula recorreu tanto ao STJ quanto ao STF, impetrando *Habeas Corpus* com intuito de evitar a prisão por condenação em segunda instância. No dia 30 de janeiro de 2018, a defesa impetrou *Habeas Corpus* preventivo ao STJ, sendo negado liminarmente naquele mesmo dia, pelo ministro Humberto Martins. O HC foi enviado para a quinta turma do Superior Tribunal, que confirmou a negatória no dia 6 de março. Dependendo do STF, a defesa do ex-presidente impetrou HC na Suprema Corte no dia 02 de fevereiro de 2018, na tentativa de “derrubar” a decisão do vice-presidente do STJ. No dia 5 de abril, o STF em plenário e por placar de 6 votos à 5, negou HC preventivo ao ex-presidente, confirmando o entendimento da execução provisória em segunda instância, momento no qual Lula já poderia ser preso.

Pois bem, o primeiro ponto a ser analisado é o tempo de duração de um processo na justiça federal, para proferir sentença em fase de conhecimento até a segunda instância, que dura em média, 3 anos e 10 meses. Contudo, no caso do ex-presidente, o processo até a segunda instância durou 1 ano e 10 meses – do oferecimento da denúncia em março de 2016 até a condenação no segundo grau em janeiro de 2018. O HC demora entre um e dois anos para ser julgado no STF, o de Lula durou apenas 2 meses e 3 dias para que a Suprema Corte deliberasse. O segundo ponto é o fato de o *Habeas Corpus* ter sido analisado de forma tão ágil, que passou na frente dos HC que necessitam de prioridade, isto é, os *Habeas Corpus* dos réus que se encontram presos.

⁵ A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. **Jornal El País Brasil**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html>. Acesso em: 27 abril 2018.

O tratamento processual diferenciado que o STF permitiu ocorrer com o ex-presidente põe em questão a fragilidade constitucional no qual encontra-se o atual cenário político-jurídico brasileiro. Veja-se, princípios como o da supremacia da Constituição, a presunção de inocência, a isonomia, o devido processo legal, foram claramente violados.

A deliberação jurídica politizada tomada pela Suprema Corte, de permitir a execução de condenado em segunda instância, altera a interpretação de um dispositivo constitucional no qual o conteúdo estrito não dá brecha a essa interpretação. A Suprema Corte não é órgão eletivo, não tem legitimidade democrática, nem a incumbência de agir como representante das vontades da população brasileira, muito menos para atuar suprimindo direito e garantias constitucionais. O STF até pode conferir interpretações ao texto normativo, bem como dispensar seu conteúdo literal, mas não para suprimir direitos e garantias fundamentais ou sequer para expandir a capacidade do poder penalizador da Federação.

Vale ressaltar que a crítica que se faz no presente trabalho não se refere unicamente ao caso do ex-presidente Lula, mas sim, à decisão tomada pelo STF em 2016, que permitiu a execução da pena em segunda instância, colocando em jogo a restauração da segurança jurídica, da efetivação de direitos e garantias fundamentais e de princípios constitucionais, o que, a própria Constituição Federal dispõe. Assim, o trabalho, ao trazer o caso do HC do ex-presidente Lula, propõe reforçar o entendimento de que a decisão de 2016 fere diretamente a Lei Maior, bem como demonstrar a força que a opinião pública e a mídia tem sobre as decisões dos ministros do STF, o que de fato pode ser um retrocesso para a proeminência da Constituição, bem como para os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual cenário político e jurídico brasileiro está passando por instabilidades que afetam de forma direta o Estado Democrático de Direito, e isso se dá devido ao fato de que direitos e garantias fundamentais, resguardados pela Constituição, estão sendo violados pelas três esferas dos poderes estatais.

A separação de poderes foi criada com intuito de que não aconteça a transcendência do poder do Estado, e que existam demarcações para que o

absolutismo não volte a vigorar. Mas o que vem acontecendo ocasionalmente no âmbito dos poderes da União põe em fragilidade todo o sistema democrático e a soberania constitucional, isso porque, o poder Judiciário, ao dar margem a novas interpretações de textos normativos, atuando através da mutação constitucional, pode, de fato, alterar o sentido de textos legais. É como se a Criatura (Poder Judiciário) estivesse se colocando acima de seu Criador (Poder Constituinte).

Veja o caso da presunção de inocência, em que esta foi alterada de forma em que o indivíduo não mais se presume como inocente, mas sim, como um condenado em segunda instância que será preso independente de sua inocência e do trânsito em julgado – protegido pela Constituição Federal. Em outras palavras, a mutação estabelecida não é mais de presunção de inocência, mas sim, de presunção de culpabilidade.

Por fim, a opinião pública não deve e nem pode ser criminalizada, pois a qualquer pessoa é concedido o livre arbítrio de conferir suas opiniões, palavras e votos, porém, o que não é admissível é que esse pensamento implique no prejuízo a direito fundamental do outro ou que a opinião pública influencie o julgamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, com intuito de manter a aceitação e o prestígio popular, para que decisões judiciais não sejam inferiorizadas e superadas por possíveis efeitos colaterais da vontade majoritária, tais como, criação de novas leis ou emendas à Constituição que contrariem aquela decisão judicial, os ministros do STF tem de agir de maneira estratégica, não se distanciando muito dos interesses e preferências da população majoritária, isto é, a opinião pública tem influência nas decisões judiciais, o que de fato pode ser um retrocesso para a proeminência da Constituição, bem como para os direitos fundamentais da população contramajoritária.

REFERÊNCIAS:

A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. **Jornal El País Brasil**.

Disponível em:

<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html>.

Acesso em: 27 abril 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY. Robert et al. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Decreto-Lei nº 3.689. Brasília, DF, Presidência da República, 1941.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números**, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em: 27 abril 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Supremo em ação**, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>> Acesso em: 27 abril 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 44**, Rel. Min. Marco Aurélio, DOJ 05.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**, Rel. Min. Marco Aurélio, DOJ 05.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**, Rel. Min. Teori Zavascki, DOJ 17.02.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva 2017.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: **Jurisdição Constitucional e Política**. SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

QUEIROZ, Fernanda Maria de Moraes. Mutações constitucionais inconstitucionais? O caso do art. 5º, LVII, CF (presunção de inocência). In: SALES, Tainah Simões; SILVA, Lucas Matos da; MARTINS, Luana Adélia Araújo (Orgs). **Constituição e Política no cenário de 2016: Democracia, Impeachment, STF e outras polêmicas**. Curitiba: Editora CRV, 2017.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O Princípio Contramajoritário como característica do Controle de Constitucionalidade**. 2011. 76 f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Disponível em:

<<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

SILVA, Lucas Matos da; SALES, Tainah Simões. Mutação Constitucional: a crise de representatividade como fator impulsionador. In: SALES, Tainah Simões; SILVA, Lucas Matos da; MARTINS, Luana Ad lia Araújo (Orgs). **Constitui o e Política no cenário de 2016: Democracia, Impeachment, STF e outras polêmicas**. Curitiba: Editora CRV, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a edi o. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.