

# HUM@NÆ

Questões controversas do mundo contemporâneo

**n. 17, n. 3**

**Direito e Sociedade em um Mundo em Mudança**  
***Reflexões Interdisciplinares***

## **PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Darlanges Guilhermy B. SILVA<sup>1</sup>  
Josemar de Andrade SALES<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A Constitucionalidade de uma possibilidade de execução provisória da pena vem sendo discutida há bastante tempo, onde foram impetradas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as últimas duas trouxeram determinações diferentes onde o Supremo Tribunal Federal decidiu por uma constitucionalidade e depois por uma inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes foi decisivo pois caminhou pelo lado da possibilidade e pela impossibilidade da prisão, onde sempre foi determinante para a decisão do julgamento no STF.

**Palavras chaves:** Prisão. Ministro. Possibilidade. Execução.

### **ABSTRACT**

The Constitutionality of a possibility of provisional execution of the sentence has been discussed for a long time, where Constitutionality Declaratory Actions were filed, the last two brought different determinations where the Federal Supreme Court decided for a constitutionality and then for an unconstitutionality, Minister Gilmar Mendes it was decisive because it walked on the side of the possibility and the impossibility of imprisonment, where it was always decisive for the judgment of the STF.

**Keywords:** Prison. Minister. Possibility. Execution.

### **1 Introdução**

O Supremo Tribunal Federal julgou ações de Constitucionalidades sobre a possibilidade da execução provisória da pena em condenações de Segunda Instância, em algumas vezes, as duas últimas decisões foram cheias de surpresas, em que as expectativas no mundo jurídico e na sociedade eram para cada voto dos

<sup>1</sup> Bacharel em Direito. E-mail: [guilhermy\\_sertao@outlook.com](mailto:guilhermy_sertao@outlook.com)

<sup>2</sup> Graduação em Direito pela Sociedade Pernambuco de Cultura e Ensino. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Mestrado em Direito das Relações Internacionais pela Universidade de la Empresa. Professor da Faculdade de Ciências Humanas – ESUDA. SE-mail: [jandrade2005@globo.com](mailto:jandrade2005@globo.com)

Ministros, onde não aconteceram julgamentos uniformes ao contrário, sempre com decisões apertadas sobre o tema. Nessas situações Gilmar Mendes é um dos Ministros mais importantes para a decisão do STF, onde sempre se posicionou nos dois lados da prisão em Segunda Instância, sem saber antecipadamente qual seria sua decisão final.

A pesquisa traz como foco os dois votos do Ministro Gilmar Mendes nas Ações de Constitucionalidade sobre a execução da pena em Segunda Instância, quando o parecer dele é pela Constitucionalidade e quando é pela Inconstitucionalidade.

Analisaremos as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 no ano de 2016 e as ADCs 43, 44 e 54 do ano de 2019 onde multaram a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como também o julgamento de uma das ações que acabou declarando a possibilidade da prisão no Tribunal de Segundo Grau e a outra alegando que seria necessário a espera do trânsito em julgado para a execução da pena.

Observando também as decisões em que ele proferia nas ações de Habeas Corpus onde ele já demonstrava uma linha de raciocínio em que indicaria para a jurisprudência da corte superior, embora o voto com convicção do Ministro no primeiro julgamento não foi por muito tempo, analisamos algumas de suas decisões e percebemos que após algumas delas em pouco tempo acontece uma mudança de seu pensamento.

Vamos expor o parecer do HC 126.292/SP onde identificamos a sua primeira postura diante a execução penal e que foi refletido para o seu voto, relatando também os HC 142.173/SP e 146.815/MG quando suas decisões começam a demonstrar uma posição de mudança de raciocínio, essas ações foram importantes para entendermos qual a direção em que o pensamento jurídico está indo, e para descobrirmos como ele chegou a uma doutrina.

O Ministro Gilmar Mendes se tornou polemico após mudar seu voto onde sua opinião foi decisiva para o julgamento e jurisprudência que temos no momento, uma posição totalmente diferente do seu primeiro voto onde ele tinha convicção do seu pensamento, mas o que será que aconteceu para Gilmar Mendes mudar de opinião? Vamos analisar e responder essa pergunta ao longo da pesquisa.

## 2 Gilmar Mendes a favor da prisão em segunda instância

O Supremo Tribunal Federal, mudou seu posicionamento várias vezes ao longo do tempo a respeito de uma execução provisória da pena a partir da segunda instância, e no ano de 2016 mudou novamente por uma possibilidade da privação de liberdade a partir do Tribunal de Segundo Grau com o acórdão confirmatório da primeira instância, porém a decisão não foi unânime, um dos Ministros em que compartilhou do mesmo pensamento foi Gilmar Mendes, que contribuiu para essa decisão, movimentando o mundo jurídico, com muitos a favor e contra o cumprimento da pena logo nos recursos iniciais.

O recurso que começou a mudar o entendimento do STF foi o Habeas Corpus 126.292/SP, o pedido negado desse HC mostrou um pensamento dos ministros em que não seria necessário o Trânsito em julgado para que fosse executada uma pena em meio a condenação em tribunal inferior, alegando que com essa decisão não aconteceria o cerceamento do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, expondo que os Ministros já apoiavam uma prisão com condenação nos recursos de apelação, pois até então a Corte Superior era favorável aos recursos impetrados para o acusado responder em liberdade, demonstrando que a privação de liberdade antes de finalizar todos os recursos seria apenas em caráter de cautelar.

Na época o Ministro Gilmar Mendes defendeu uma base de ideologia em que na fase de um recuso já se encontra um julgamento transitado em julgado, quando se dar uma decisão e que não se tem possibilidade de recurso nessa Instância já chegou o fim do processo para esse tribunal, especificando ainda que o modelo atual possui recursos e embargos onde por muitos é usado com finalidade para que o cumprimento da pena seja retardada ou até mesmo que não aconteça a execução, em que não é aceitável situações onde a pena é altíssima e mesmo assim o acusado vai para casa, encontramos os casos que por meio de tantas impetrações de recursos levando anos e até mesmo décadas, passando por tanto tempo que as vezes o processo cai em prescrição, traduzindo uma imagem de impunidade para a sociedade.

Para o Ministro, a presunção de inocência ou não culpabilidade defende o réu no seu texto, onde não poderá ser tratado como culpado ate o transito em julgado,

porém o Legislador não diz a forma de demonstrar o que é um culpado, assim uma condenação em segunda instancia já será definitiva para aquela instância, fundamentando como exemplo em uma ação de busca e apreensão onde acontece uma investigação sem ter nenhum tratamento, é necessário que leve em consideração os princípios, mas eles não possuem força de lei que tem que ser cumprido, para cada caso ele se ajusta de uma maneira, deste modo é aceitável as medidas de privação da liberdade, pois após o julgamento de apelação julgado e condenado, impetrando o recurso extraordinário, sobretudo ele não tem função do acusado responder em liberdade, artigo 637 do código de Processo Penal onde encontramos que não acontece essa suspensão, o recurso examina uma constitucionalidade de pensamento social e não individual, expondo isso uma condenação em segunda instância já possui força para que aconteça a prisão do acusado mesmo que o processo ainda não esteja transitado em julgado.

“Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”(Código de Processo Penal)

Como argumentação temos o exemplo da ficha limpa, em que a lei complementar nos diz que não é necessário esperar o transito em julgado, uma condenação por órgão judicial colegiado já seria retirado o direito do condenado a ser eleito, percebemos que o principio da presunção de inocência não tem força para proteger o réu de um cumprimento da execução da pena na esfera dos tribunais inferiores.

“Artigo 1º São inelegíveis: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes”(Lei Complementar Nº64/ Introduzido pela Lei Complementar Nº 135,de2010)

Os tratados como o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção dos Direitos do Homem mostram que existe sim uma presunção de Inocência ao individuo em que só se perde com a confirmação de sua culpa, mas ele não fala aonde será essa comprovação de culpabilidade onde podemos ter a execução de pena.

Uma prisão onde é obrigatório esperar até o momento do Trânsito em Julgado para poder punir é um processo lento e que demora anos para acontecer, sabemos que não é toda declaração aos direitos no mundo em que contempla o princípio da não culpabilidade, e as que possuem tem o princípio como um dispositivo em que se dispõem até o momento em que a culpa do acusado é provada, sem considerar que seja necessário o fim do processo para ter uma prisão.

Esse dispositivo é parecido com o ordenamento Francês e Russo onde eles escolheram por uma medida em que quando se provada a culpabilidade, a presunção da não culpabilidade ou presunção de inocência some, podendo executar a pena, basta sabermos em que momento as provas possuem força para demonstrar a culpa do acusado para que aconteça a execução da condenação.

O que é colocado aqui é que o princípio da presunção de inocência é de grande importante para o nosso ordenamento, porém é passível de mudanças, onde um condenado em segunda instancia já encontrasse com dupla condenação, as provas já foram julgadas, não concretiza uma abusividade por meios dos tribunais onde acontece a condenação em segunda instancia, mesmo acontecendo uma prisão nesse momento o réu tem total condição de impetrar recurso ou remédios constitucionais como o Habeas Corpus.

Em alguns processos podemos usar as prisões cautelares para a defesa da sociedade, mas o que vamos fazer com crimes bárbaros onde todos ficam assustados com tamanha brutalidade, acusados que vão para júri com uma enorme condenação pelos atos praticados, entra com o recurso e sai sorrindo de volta para casa, e o tempo da prescrição vai correndo e o sujeito adiando sua execução, a quantidade de prescrição no nosso ordenamento é grande devido a essas questões, temos o exemplo das associações criminosas quando se condena um acusado em segunda instância e que não se pode privá-lo de liberdade, ele volta a cometer crimes novamente pois ele participa dessa organização, onde poderia já cumprir sua pena.

Temos que ter a possibilidade de execução de pena provisória em segunda instância até mesmo para dar uma resposta a sociedade que o crime não compensa, com essa decisão não estamos cerceando o princípio da presunção de inocência, pois o acusado já foi condenado pelo recurso de apelação e as provas já foram duas vezes analisadas.

O Ministro Gilmar Mendes nessa ocasião do Habeas corpus, acompanhou o voto do Min. Teori Zavascki em que negava o HC, a decisão do julgamento do Habeas Corpus de número 126.292 foi negada com maioria de sete votos contra quatro favoráveis.

Ainda no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal se reuniu para julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 ação imposta pela OAB e pelo partido PEN, onde seria definido uma jurisprudência pela Corte superior, para o Ministro Gilmar Mendes o princípio da presunção de inocência não deixa de ser importantíssimo para o ordenamento jurídico, porém a cada caminhada no processo a presunção vai sumindo aos poucos, quando se condena na segunda instância já foi debilitado pela primeira, assim o acusado não possui um princípio completo e a cada evolução do processo vai se afastando, muitas prisões preventivas onde o condenado já poderia executar sua pena e com dia marcado de voltar a sociedade, temos que analisar o que é realidade no país, onde se encontra preventivas com tanto tempo que as vezes sua pena será menor do que aquela que ele passar com uma prisão cautelar ou no caso sendo favorecido com uma progressão de regime de pena, sendo benéfico para quem já estar preso e quem não estar quer retardar o máximo possível para terminar não pagando a pena por algum motivo até mesmo de uma possível prescrição, essa imagem de não execução traz a imagem de que a justiça é falha e não puni quem realmente merece.

Para Gilmar as Instâncias de primeiro grau e segundo são bastante eficazes podendo trazer esse raciocínio de uma possível execução da pena, porém erros acontecem, mas existem os remédios Constitucionais como o Habeas Corpus para isso, podendo ser suspenso a sua privação de liberdade, possuímos recursos para que quando aconteça injustiça usamos como sempre foi feito.

Analisando que uma medida como essa da possibilidade da privação da liberdade em um julgamento nos Tribunais de Segundo Grau acreditando-se que aconteceria uma diminuição nas ações criminosas, pois agora passaríamos a ter uma execução rápida sem ter que esperar o trânsito em julgado, onde o acusado teria outro pensamento, antes de praticar qualquer crime, todos que fazem parte da justiça também contribui na segurança pública, quando a justiça erra ou acerta se reflete na criminalidade dentro da sociedade.

O pensamento do então Ministro da Suprema corte é que o dia a dia é diferente de algumas normas, que é necessário os princípios, mas temos que analisar juntamente como a sociedade vive, onde é possível observar que existe um longo tempo para punir o condenado quando somente é possível após o trânsito em julgado, e isso não passa uma boa imagem do judiciário, afirmando que com a execução da pena em Segunda Instância não ataca o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade só fixaria até onde acompanharia o acusado livrando de uma possível prisão.

“Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado. Outra coisa é ter alguém com condenação. E agora com condenação em segundo grau. O sistema estabelece uma progressiva derruição da ideia de presunção de inocência” (Gilmar Mendes)

O Ministro Gilmar continuou com o mesmo pensamento do voto dele no Habeas Corpus 126.292, e na ADC votou novamente a favor da execução da penal em segunda instância em que a prisão não fere a Constituição e seus direitos fundamentais, levando em consideração para que a justiça não tenha aspecto de impunidade esperando para que um réu cumpra sua pena após o transito em julgando, quando o intuito do acusado é usar os recursos para que não seja executada a pena ou até mesmo que seja prescrito o processo, O Supremo Tribunal Federal por seis votos a cinco, julga que é Constitucional a possibilidade da prisão a partir de um Tribunal de Segundo Grau.

### **3 Gilmar Mendes vota contra prisão em segunda instância**

O Ministro Gilmar Mendes começou a aprestar um pensamento diferente com o que tinha votado em relação a possibilidade de cumprimento da execução penal a partir do Tribunal de segunda instância, ao julgar os Habeas Corpus 142.173/SP e 146.815/MGo relator decidiu ser favorável aos dois pedidos, declarando que as prisões não possuíam as exigências necessárias, expondo o pensamento em que para uma prisão provisória seria necessário o amparo de uma boa justificativa ou, teria que esperar o recurso no Supremo Tribunal de Justiça.

Como Podemos perceber o pensamento do Ministro mudou antes mesmo do novo julgamento das ADCs sobre a privação da liberdade, com decisões em HC

favoráveis e citações no texto onde indicava sua nova posição em que a execução provisória da pena não deveria acontecer mais em Segunda Instância e sim no Supremo Tribunal de Justiça.

A OAB e os partidos políticos PEN e o PCdoB impetraram ADCs 43,44 e 54 buscando uma nova análise do STF sobre a constitucionalidade da definição de execução penal em segunda instância, onde o Supremo tinha determinado sobre possibilidade de prisão com a condenação no Tribunal de segundo grau.

Com o novo Julgamento das ADCs, O Ministro Gilmar Mendes com uma ideologia diferente se colocou em um lado contrario do seu ultimo voto, revelando que o que fez realmente mudar foram os acontecimentos, principalmente a falta de análise dos Tribunais de Segundo Grau, onde se tratava de uma possibilidade o fez uma obrigação, e não era essa a ideia de prisão provisória, não souberam mediar a prisão que era necessária se embasando em fatos, em provas robustas, e quem poderia esperar em liberdade, faltou essa balança e o dispositivo foi usado como uma obrigação, o que causou aumento de Recursos, Revista e Habeas corpus.

Aconteceu o aumento de revisão razoavelmente considerável no Supremo Tribunal de Justiça por falta desse manejo em que não aconteceu pela Segunda Instância, onde logo no ano após a decisão o Ministro demonstrou uma diferença pelas prisões provisória em segunda instância.

O voto que foi exposto do Habeas Corpus de nº 126.292 e no julgamento das ADCs foram para melhorar o sistema penal, porém o que aconteceu na realidade foi o grande aumento de remédios Constitucionais para presos que não tinham justificativa plausível jurídica para que estivesse com privação de sua liberdade, justificando a troca de pensamento e votando contra a prisão por condenação em Tribunal de segundo Grau.

Foi um voto de grande importância, pois Gilmar Mendes que antes foi favorável a execução agora mudou de pensamento e essa mudança teve um peso enorme pois só com essa troca foi possível chegar a esse entendimento, que por seis votos a cinco, foi julgado inconstitucional a execução provisória da pena em condenação na Segunda Instância.

#### 4 Considerações

O Ministro Gilmar Mendes era um dos defensores da execução provisória da pena em segunda instância, declarando que com a prisão não acontecia agressão aos Pactos internacionais, aos Direitos Fundamentais como princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, votando no julgamento no STF pela execução provisória da pena em segunda instância, definindo que uma prisão nos tribunais de segundo grau com caráter de execução e não cautelar seria Constitucional sem agredir a carta maior.

Porém com pouco tempo após já era possível destacar uma mudança de convicção do Ministro em algumas decisões de Habeas corpus, chegando ao julgamento da ADCs em que Gilmar Mendes mudou totalmente seu voto, dessa vez indicando que seria inconstitucional uma execução provisória da pena pela condenação em Segunda Instância.

Para o Ministro com a possibilidade da execução penal aconteceria uma aceleração do processo e a justiça ganharia força para punir os condenados, porém era necessário que a segunda instância soubesse fazer o equilíbrio de quando poderia acontecer a prisão, seria necessárias provas concretas onde a margem para erros na condenação seria pequena, mas isso não aconteceu.

Os Tribunais de Segundo Grau começaram a levar como uma obrigação a execução da pena, ordenando prisões sem justificativas, sem fortes indícios que o réu realmente era culpado, prisões abusivas onde não poderia acontecer, com isso o aumento de recursos de revistas e Habeas corpus cresceu assustadoramente, tornando necessário decisões favoráveis aos recursos já que as prisões não possuíam uma justificativa jurídica plausível.

Não tem sentido privar a liberdade do réu em segunda instância e com algum dos recursos, ser observado que foi de modo errado essa privação, sendo necessário suspender a decisão, o que estaria acontecendo seria repassar a decisão para as Instâncias Superiores inflando ainda mais com o aumento exorbitante de recurso. Embora observado que um dos maiores problemas é a demora que existe no sistema da justiça, retardando ainda mais para julgar um recurso.

O principal motivo para o Ministro Gilmar Mendes mudar seu voto foi essa falta de equilíbrio nos Tribunais de Segunda instância em relação a execução da pena que tornaram a prisão como regra onde pensava que os Tribunais saberiam lidar com essas privações de liberdade, porém na prática não foi o que aconteceu, havendo prisões sem justificativa, onde a segunda instância mandava prender e os recursos no Supremo Tribunal de Justiça mandava soltar, observando essa falta de entendimento do Segundo Grau e as consequências que uma prisão sem necessidade traria ao acusado e ainda levando aos Supremos um alto índice de revisão das decisões por falta desse manejo que não ocorreu nos tribunais, essa realidade foi o que fez o Ministro mudar de posição nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade onde votou pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

## Referências

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/16/cnj-diz-que-ha-4895-presos-por-condenacoes-de-2-instancia-no-brasil.htm>

<https://oglobo.globo.com/brasil/segunda-instancia-cnj-aponta-que-ate-4895-pessoas-podem-ser-beneficiadas-1-24021382>

<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-monocratica-instancia.pdf>

<https://www.istoedinheiro.com.br/gilmar-mendes-vota-contra-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia/>

<https://jc.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2019/11/07/gilmar-mendes-vota-contra-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia-392257.php>

<https://www.cartacapital.com.br/politica/gilmar-mendes-vota-contra-a-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia/>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>

<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/o-voto-de-gilmar-mendes.htm>

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50132959>

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>

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

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>