

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E SEU CONFLITO JURÍDICO.

PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY, RESULTING FROM A JURY COURT SENTENCE AND ITS LEGAL CONFLICT.

Danilo Henrique Nunes¹

Bruno Iago Batista Bueno²

RESUMO

O presente artigo traz uma proposta de analisar o Tribunal do Júri, contextualizar a sua evolução histórica e entender a soberania de suas decisões, bem como a sentença penal condenatória, explanar sobre as provas ilícitas, ilegais ou ilegítimas nos autos dos processos e seus efeitos em provas por elas contaminadas. Analisar os casos legais de prisões e enaltecer o mérito do Acórdão proferido pela Suprema Corte Brasileira nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 e seus conflitos jurídicos advindos dessa decisão, a presente pesquisa demonstrará a incongruência entre a lei processual penal vigente com os princípios e direitos fundamentais existentes na Carta Magna Brasileira. Acerca do método a ser utilizado, pautar-se-á em hipotético-dedutivo e dedutivo, revisão de literatura, analisando e comparando as opiniões de diferentes doutrinadores ligados ao objetivo principal desse artigo, bem como as jurisprudências, para assim, chegar à conclusão acerca do tópico do trabalho.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Ação Direta de Constitucionalidade; Conflito Jurídico.

ABSTRACT

This article presents a proposal to analyze the Jury Court, contextualize its historical evolution and understand the sovereignty of its decisions, as well as the condemnatory criminal sentence, explain the illicit, illegal or illegitimate evidence in the case file and its effects on evidence contaminated by them. Analyzing the legal cases of prisons and praising the merits of the Judgment handed down by the Brazilian Supreme Court in the Declaratory Actions of Constitutionality nº 43, 44 and 54 and its legal conflicts arising from this decision, the present research will demonstrate the inconsistency between the criminal procedural law in force with

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (2012) e graduação em Jornalismo pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (2007). Foi vice-presidente da Fundação de Telecomunicação e Rádiofusão de Barretos, Analista de Relações Comerciais da SR Embalagens - Barretos / SP (2016/2017) e Analista de área (comunicação) do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (2005/2016). Atualmente é advogado, professor de graduação e de pós-graduação do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP - Unifeb e do Centro Universitário Estácio - Ribeirão Preto/SP. Email: dhnunes@hotmail.com

² Advogado e especialista em Direito Processual Penal. Email: brunoiago@hotmail.com

the principles and fundamental rights existing in the Brazilian Constitution. About the method to be used, it will be based on hypothetical-deductive and deductive, literature review, analyzing and comparing the opinions of different scholars linked to the main objective of this article, as well as the jurisprudence, in order to reach the conclusion about of the job topic.

Keywords: Criminal Procedural Law; direct action of constitutionality; legal conflict.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1. A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA EXPANSÃO NO CONTINENTE EUROPEU; 2.1.1. O júri no Brasil Império e sua evolução; 2.2. SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI; 2.2.1. Princípio da Soberania dos veredictos e outros princípios fundamentais; 2.3. PROVAS ILÍCITAS, ILEGAIS OU ILEGÍTIMAS; 2.4. HIPÓTESES LEGAIS DA PRISÃO; 2.4.1. Análise sobre as ações declaratórias de constitucionalidade e seus efeitos; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz como proposta de analisar e contextualizar o Tribunal do Júri e sua evolução histórica e entender a soberania do veredicto em suas decisões, a implantação do Tribunal do Júri no Brasil, como é formado o atual conselho de sentença, bem como buscar o entendimento acerca da execução antecipada da pena condenatória quando o tribunal do júri decretar uma sentença igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, que nessa seara o juiz deverá decretar a prisão imediata ao réu caso ele esteja presente no plenário do tribunal do júri, expedir o mandado de prisão caso esteja ausente ou converter a prisão preventiva em condenatória, porém, em ambos os casos o objetivo principal é de se iniciar imediatamente o cumprimento da pena hora decretada, antes do esgotamento dos recursos processuais.

Buscará também elucidar sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), seus efeitos processuais e os efeitos de provas contaminadas decorrente de meios ilícitos ou ilegítimas que tenham sido juntadas aos autos, ou delas ter sido embasadas para gerar um convencimento motivado.

Este trabalho também buscará entender os meios legais de prisão existentes em nosso ordenamento jurídico e enaltecer o mérito do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 e seus conflitos jurídicos com o Artigo nº 492, inciso I, alínea E do Código de Processo Penal. Outrossim dissertará acerca dos direitos intrínsecos a pessoa humana, a violação de princípios

e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, trazendo consigo os conceitos doutrinários e jurisprudenciais.

O objetivo principal do artigo é expor os danos irreparáveis ao réu, caso se inicie o cumprimento antecipado da pena antes do esgotamento recursal, podendo posteriormente ser inocentado de sua condenação, juntamente com o parecer da Suprema Corte a respeito dos únicos preceitos legais para decretação das penas restritivas de liberdade, *ultima ratio*, buscando posicionamentos doutrinários e, também, da jurisprudência.

A metodologia a ser utilizada neste trabalho será hipotético-dedutivo e dedutivo, revisão de literatura, analisando e comparando as opiniões de diferentes doutrinadores ligados ao objetivo principal desse artigo científico, bem como as jurisprudências, levando assim a conclusão da temática.

2. DESENVOLVIMENTO

O presente capítulo busca expor, analisar e demonstrar, primeiramente sua origem e a evolução histórica do Tribunal do Júri, de forma breve, através de doutrinadores clássicos, contextualizando o leitor para o objetivo principal, ou seja, a implantação do Tribunal do Juri no Brasil, as suas principais alterações legislativas advinda da lei nº 13.964/19 e sua possível violação aos princípios e direitos fundamentais regulamentados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como uma análise de diversas leis e o acórdão proferido pela Suprema Corte quanto a Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

2.1. A ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA EXPANSÃO NO CONTINENTE EUROPEU.

Conforme nos ensina Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2018, p. 19) podemos conceituar conjuntamente com a maioria das doutrinas em que há um entendimento de que o início de julgamentos com os moldes do tribunal do júri, teria se iniciado na Grã-Bretanha, por volta do ano 1154, sendo que assim que acontecia um crime toda a população local era convocada para analisar o delito, afim de saber a materialidade e imputar o crime a possíveis autores, posterior julgar se o acusado era culpado ou inocente, aproximadamente um século depois, esse mesmo modelo de julgamento teria se espalhado por toda a Europa, contudo como cada país acabava tendo as suas própria peculiaridades, eles acabaram

alterando algumas partes de como era o modelo de julgamento dos ingleses, porém mantinha-se a mesma essência, ou seja, o acusado era julgado por seus pares.

Conforme explana o doutrinador Paulo Rangel (2018, p. 56-59) a origem do tribunal do júri começou na mesma época do *Common Law*, sendo na segunda metade do século XII, no reinado do Rei Henrique II, contudo o tribunal do júri teria começado julgando apenas os casos de matéria civil e somente algum tempo depois ele acabou submetendo o acusado ao julgamento na esfera penal, ou seja, em crimes onde a condenação traria consigo a pena com a restrição de sua liberdade, contudo como citado anteriormente, que cada país tinha as suas peculiaridades, alguns tribunais além de condenar o acusado a penas restritiva de liberdade, ainda havia a possibilidade de uma condenação com a pena de morte.

No modelo do tribunal do júri inglês, seus moldes se assemelhavam ao modelo atual, contudo uma de suas diferenças era que antigamente se usava dois conselhos de jurados distintos, sendo o primeiro composto por 24 (vinte e quatro) jurados onde decidiam se a acusação deveria proceder e ir para julgamento ou apenas arquivá-la, se caso fosse para julgamento aí era formado outro conselho de jurados, mas agora um pouco menor, com apenas 12 (doze) jurados, onde iriam julgar o mérito da questão, posterior dar o veredicto, nessa seara do último conselho de jurados se assemelha bastante ao modelo atual, apenas substituindo o conselho inicial, por um Juiz togado de carreira, onde por sua competência distribui ou não a causa para o tribunal do júri.

Ainda no modelo inglês o primeiro conselho era formado por pessoas do próprio condado de onde teria ocorrido o crime e eram chamados de *Grand Jury*, esse conselho era encarregado de julgar o acusado no sentido de que teria sido ele ou não o autor do delito, formando assim um modelo acusatório, que foi utilizado até sua abolição, posterior um júri com 12 (doze) pessoas, passaria a julgar o mérito do delito, porém, uma de suas peculiaridades era que para ter uma sentença condenatória era necessário que o veredicto tivesse pelo menos 10 (dez) votos a favor da condenação, caso não atingisse essa quantia, era marcado um novo julgamento com um outro conselho de jurados, caso novamente não chegasse ao mínimo 10 (dez) pessoas com a decisão favorável a condenação, o réu era decretado então inocente e conseqüentemente absolvido.

Outro país pioneiro na prática do tribunal do júri foi a França que pós-revolução e com o propósito de colocar um freio nos métodos desumanos e autoritários do governo da época, onde se era comum usar meios de tortura para produção de provas, acabaram criando um

mecanismo baseado em três pilares, sendo um deles a liberdade, para a decisão dos cidadãos, o segundo a igualdade, para ser julgado por seus pares e por último a fraternidade no exercício democrático do poder.

Inicialmente se era adotado o mesmo modelo inglês sendo um tribunal de 12 (doze) jurados e para que fosse decretado a condenação do acusado ele teria que receber pelo menos 10 (dez) votos a favor, contudo com passar do tempo esse modelo acabou sendo alterado, mantendo os 12 (doze) jurados, porém, não necessitava mais de 10 (dez) votos a favor da condenação e sim apenas da maioria dos votos, ou seja, 7 (sete) votos a favor, um dos principais motivos dessa mudança foi que o antigo regime acabava favorecendo a impunidade.

2.1.1. O júri no Brasil Império e sua evolução.

Nos ensinamentos de Lênio Luiz Streck (2001, p. 86-90) a história do Brasil não foi diferente, em 1822 foi adotado um modelo de tribunal do júri como era feito na França, mas os crimes que ele julgava a princípio eram diferentes, sendo exclusivamente os crimes de imprensa, com o passar dos anos e com a vigência da Constituição Império de 1830, foi instituído dois tipos de júris, sendo o primeiro júri de acusação e o segundo de julgamento. Dois anos depois advindo do novo Código de Processo Penal, foi estabelecido duas formas de processo, sumário e o ordinário, a diferença entre eles eram simples, os crimes de menor potencial ofensivo e de pequenas queixas eram de competência do Juiz de Paz, já em crimes mais graves era de competência do Conselho de Jurados, onde esse conselho era dividido em duas etapas, na primeira era uma fase de denúncia, onde era sorteado os jurados da comarca local e proximidades até formar um Conselho com 60 (sessenta) pessoas, caso fosse colhida a denúncia aconteceria outro sorteio afim de selecionar 12 (doze) jurados para prosseguir no julgamento, entre os 60 (sessenta) separado anteriormente, para efeitos de condenação o acusado teria que receber a maioria dos votos favorável a condenação.

Em 1841 foi extinto o júri de acusação, passando a responsabilidade para a Polícia e para o Delegado local, que após investigações levaria o caso até o Juiz local para a denúncia e a distribuição da ação para o tribunal competente. Já na Constituição do Estado Novo em 1937 não se trazia em seu corpo a figura do Tribunal do Júri o que acabou sendo regulamentado no ano seguinte, fazendo diversas alterações em seu corpo, contudo a mais significativa na época foi a retirada da soberania total dos veredictos, criando assim a figura

do recurso de apelação, a fim de contestar a sentença do condenado, onde poderia ter sido proferida de maneira abusiva ou até mesmo errônea, sendo um recurso que vigora até os dias atuais.

Atualmente o Tribunal do Juri foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no Artigo 5º, inciso XXXVIII³, e em sua alínea d⁴, deixa claro a competência dos crimes que serão julgados pelo tribunal popular, ou seja, crimes dolosos contra a vida e seus conexos, contudo se for apreciado pelo juiz togado a desclassificação de crime doloso contra a vida, o processo será remetido para um juiz de carreira e não mais aos jurados do Tribunal do Juri, contudo se não houver a desclassificação o processo irá correr normalmente, onde o conselho de sentença, formado por sete jurados irão após o final do processo dar seu veredicto de absolvição ou não do réu, sobre o caso concreto julgado e posterior o juiz irá proferir a sentença.

2.2. SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Primeiramente temos que destacar o sigilo das votações, do mesmo modo que todo o julgamento conter a incomunicabilidade entre as partes, a votação não é diferente, como expões o Guilherme Nucci (2020, p. 1290) “Antes da votação ter início, recebem os jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo umas a palavra sim e outras a palavra não, para que, secretamente, sejam colhidos os votos”.

Ainda nos ensinamentos de Guilherme Nucci (2020, p. 1291-1294) o juiz indaga em voz alta se os jurados estão prontos a votar, em seguida o oficial de justiça passará com uma urna recolhendo os votos jurados para depois entregar ao juiz para a conferência, que fará a conferência até chegar na maioria dos votos, ou seja, no quarto voto, tanto para sim tanto para não, que para preservar o sigilo da votação e não expor os jurados de alguma forma o magistrado encerrará a contagem dos votos. Encerrado as votações o juiz proferirá a sentença, porém se atentando ao fato que ele não irá fundamentar a decisão condenatória, tendo em vista que os jurados estão desatrelados a fundamentar suas decisões e sim apenas condenar ou

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: 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: (...) XXXVIII, é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d: a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

absolver o réu, mas o magistrado ficará encarregado de aplicar a dosimetria da pena-base, inserindo as agravantes e atenuantes quando for necessário e considerar o aumento ou diminuição da pena.

2.2.1. Princípio da Soberania dos veredictos e outros princípios fundamentais.

Ensina Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1444-1046) “se é verdade que, por força da soberania dos veredictos, as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pelo juízo ad quem, isso não significa dizer que suas decisões sejam irrecorríveis e definitivas”, ou seja, com base na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal, as decisões proferidas em sentença do Tribunal do Juri é soberana, pelo princípio da soberania dos veredictos, contudo ela não é irrecorrível, sendo assim passiva de recursos, até mesmo podendo acarretar na anulação total da decisão proferida por ele e trazendo assim um novo julgamento com outros jurados.

O que temos que entender nessa seara é que o Juiz togado do tribunal superior não irá analisar o mérito do julgamento, mas apenas verificar a risca se houve algum dos itens expostos no inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal⁵, ou seja, causas que podem ocasionar na nulidade total ou parcial da sentença, podendo que tenha ocorrido uma sentença proferida pelo juiz contrária ao do conselho de sentença, um erro ou injustiça na aplicação da pena ou até mesmo que tenha acontecido que a decisão dos jurados acabaram sendo contrárias as provas dos autos.

Não podemos esquecer de José Frederico Marques (2003, p. 290-291) que diz que se entende que a soberania do júri é absoluta impossibilitando que outro órgão judicial substitua a decisão por ele proferida e a soberania dos veredictos seria o mesmo entendimento impossibilitando que sua decisão seja mudada ou reformada, José Frederico Marques ainda expõe: “a doutrina e a legislação comparada demonstram e patenteiam que não há violação da soberania do Júri, quando se admitem recurso”, ou seja, a apelação da sentença aos

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispões sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30.mar. 2022: art. 593 Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: inc. III das decisões do Tribunal do Júri, quando: alíneas: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

tribunais superiores acaba restringindo a sua competência estritamente à apreciação sobre a regularidade do veredicto e não sobre a pretensão punitiva.

Contudo existe uma exceção que é a da revisão criminal contra a decisão do júri, que nesse caso o Tribunal Superior verifica se a sentença foi dada somente em testemunhos ou no meio do processo o conselho de sentença foi convencido com um documento ou uma prova falsa, sendo que nesse caso poderá por revisão da sentença absolver o réu.

Nessa seara não podemos esquecer dos ensinamentos do Guilherme Nucci (2020, p. 1484-1485) que deixa claro que quando haver duas garantias fundamentais devemos sempre harmoniza-las entre si, evitando que uma sobressaia a outra, lembrando sempre da segurança jurídica a respeito de coisa julgada, como está Artigo 5º, inciso XXXVI⁶ e a soberania das decisões preferidas no Tribunal do Júri, Artigo 5º, inciso XXXVIII⁷, alínea c, ambos da Constituição Federal de 1988, contudo não menos importante a revisão criminal da pena que está expressa no Código de Processo Penal em seus Artigos 621⁸ e 622⁹, tem seus argumentos cabíveis e se sobressaem a soberania do veredicto, tendo em vista ser uma garantia que prioriza a liberdade do indivíduo, porém o tribunal togado somente procederá com juízo rescidente, pois a competência do juízo rescisório é do tribunal do júri, cabendo a ele a decisão de mérito, como mencionado anteriormente, caso aja um erro poderá acontecer de ser anulado o julgamento e sendo marcado um novo com outro conselho de jurados, entendo assim que o tribunal togado poderá absolver o réu em revisão criminal contudo o conselho de sentença também poderá reformar a sentença.

Outrossim ainda nas normas e garantias fundamentais podemos explanar os ensinamentos de Aury Lopes Junior (2020, p. 129-132) onde devemos enfatizar também outro

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 5º, inciso XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. art. 5º, inciso XXXVIII: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: alínea c: A soberania dos veredictos.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispões sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15.mai. 2022: art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: incisos : I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispões sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15.mai. 2022: art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

princípio muito importante presente em nossa Constituição Federal que é o da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade presente no Artigo 5, LVII¹⁰ da Constituição Federal e recepcionado da Convenção Americana dos Direitos Humanos com Decreto nº 678 Artigo 8, inciso 2¹¹, que a pessoa não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado do processo, tampouco ser tratada análoga a um condenado, então mesmo que a decisão do veredicto seja soberana, enquanto não for transitado em julgado o processo o réu ainda terá que ser tratado como inocente, o que nos faz entender um pouco melhor a revisão criminal ou a apelação, que ambos trazem em seu corpo a ideia de que o réu foi condenado, porém pode ter sido condenado injustamente, tanto no mérito como na forma, podendo assim ser absolvido em fase recursal ou julgado novamente por outro conselho de jurado, sendo assim anulando completamente o veredicto proferido anteriormente, acarretando em um novo veredicto que pode ter como resultado a absolvição.

2.3. PROVAS ILÍCITAS, ILEGAIS OU ILEGÍTIMAS.

Primeiramente devemos diferenciar as provas ilícitas das ilegais ou ilegítimas, a maior diferença entre elas é que as provas ilegais podem ser completamente nulas devendo ser desentranhadas do processo, enquanto as provas ilegais ou ilegítimas tem a possibilidade de serem corrigidas no meio do processo, caso não tenha prejuízo as partes, conforme ensina Alexandre de Moraes (2017, p.157) “as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual”,

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: 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: inciso: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Dispõe sobre Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso: 15.mai.22. Art. 8º Garantias Judiciais: inciso 2º Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

fortalecendo essa tese não podemos deixar de citar que a inadmissibilidade de provas ilícitas também está expresso em nossa carta Magna em seu Artigo 5, inciso LVI¹².

Ainda nas palavras de Alexandre de Moraes (2017, p. 159-161) classifica “às normas do direito material (por exemplo: inviolabilidade domiciliar, telefônica, direito à intimidade, ao sigilo etc.)”, contudo deixa claro não haver um condão que deixe todo o processo nulo por ter tido uma prova ilícita nos autos, não havendo a nulidade processual se deve verificar se houve contaminação em outras provas dela resultante, contudo a pouco tempo atrás o Supremo Tribunal Federal tinha como entendimento a inaplicabilidade da doutrina do fruto da árvore envenenada, prevalecendo assim válidas as provas decorrentes de prova ilícita, que em votação acabou sendo seis votos a favor contra cinco contra.

Vale salientar que o julgamento que entendeu pela incomunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a provas derivadas acabou sendo anulado por declaração posterior de um dos ministros, onde em nova votação acabou tendo como resultado seis votos a cinco, com a decisão da Suprema Corte em considerar a doutrina da teoria dos frutos da árvore envenenada, sobre a comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem como se pode analisar no *Habeas Corpus* 72.588/PB;

*HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PAR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. *Habeas-**

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 5º, inciso LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF - HC: 72588 PB, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 12/06/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289 RTJ VOL-00174-02 PP-00491)

E ainda nessa seara se tem o *Habeas Corpus* 73.351/SP onde o Relator Ministro Ilmar Galvão também utilizou do princípio dos frutos da árvore envenenada para assim conceder o *Habeas Corpus*;

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas corpus* concedido. (STF - HC: 73351 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00007)

Em outras palavras levando em conta a inconstitucionalidade da prova ilícita e a comunicabilidade entre elas e as outras provas juntas ou produzidas posteriores aos autos, que dela decorram indireta ou diretamente, devem ser desentranhadas e excluídas do processo, anulando todos os seus efeitos.

Segundo Aury Lopes Jr. (2020, p. 629-630) a Constituição Federal prevê em seu Artigo 5º, inciso LVI¹³, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, contudo deixa o termo genérico, onde acabou forçando o ordenamento jurídico a reformular o Código de Processo Penal vindo a sofrer uma pequena alteração com a Lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008, que trouxe uma nova redação para o Artigo 157¹⁴, que em seu Caput além de concordar

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 5º, inciso LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁴ BRASIL. Lei Federal nº 11.690 de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm#:~:text=L11690&text=LEI%20N%C2%BA%2011.690%2C%20DE%209%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,prova%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso: 15.mai.22: Artigo 157, São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais

com a redação da Constituição Federal traz expressamente em seu §1º a inadmissibilidade as provas derivadas das ilícitas devendo ser desentranhadas do processo.

Ainda nos ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2020, p. 634-635) a prova ilícita somente poderá ser válida quando for a favor do réu, tratando-se da proporcionalidade pro reo, em que a ponderação entre o direito sacrificado para produção da prova ilícita cai perante o direito de liberdade de um inocente, abominando assim a condenação de um inocente, contudo essa prova será admitida apenas no processo em benefício do réu, não podendo em nenhuma hipótese ser usada em outro processo para condenar terceiros.

2.4. HIPÓTESES LEGAIS DA PRISÃO.

Como se pode analisar nos ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 774) “prisão é a privação da liberdade individual mediante clausula” podendo se dividir em duas modalidades, prisão resultante de sentença penal condenatória irrecorrível, também denominada prisão-pena e a que não resulta de sentença penal condenatória irrecorrível, a prisão-pena é uma forma de castigo ao autor do delito, como uma forma de retribuição do estado para a sua conduta, sendo aplicado a pena restritiva de liberdade nos casos de reclusão e detenção para crimes mais graves e a prisão simples, cumprida sem nenhum rigor penitenciário quando se tratar de contravenção penal.

Além da prisão-pena em nosso atual ordenamento jurídico no artigo 312¹⁵ do Código de Processo Penal temos a figura da prisão preventiva, como explica Aury Lopes Junior (2020, p. 1135):

a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* do sistema, reservada para casos graves em que realmente seja necessária. Antes de decretar a prisão preventiva, o juiz deve analisar e fundamentar porque não aplica as medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP. Somente quando não for cabível a

ou legais. § 1º são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

substituição, por se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas, é que se poderá cogitar o uso da prisão preventiva.

Ou seja, da mesma forma que a prisão-pena só pode ser decretada em último caso a prisão preventiva se aplica o mesmo conceito, pois o risco irreparável ao acusado é o mesmo, perder sua liberdade de locomoção quando se existe outras medidas cautelares a serem impostas ao acusado, tipificadas no artigo 319¹⁶ da lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011.

Ainda nos ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt (2015, p.407);

A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa.

Prevalecendo o princípio da não culpabilidade até que se tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado, excluindo assim a execução antecipada da pena.

2.4.1. Análise sobre as ações declaratórias de constitucionalidade e seus efeitos.

Em 07 de novembro de 2019 a Suprema Corte julgou juntamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54, sendo a de nº 43 ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) que buscava uma segurança jurídica com base no Artigo 283¹⁷ do código de processo penal e a nº 44 foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, onde

¹⁶ BRASIL. Lei Federal nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 319 São medidas cautelares diversas da prisão: I- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV- proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, IX- monitoração eletrônica.

¹⁷ BRASIL. Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso: 16.mai.22: art. 283, ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

também buscava a constitucionalidade do mesmo artigo, mas com os efeitos *erga omnes* e vinculantes com base na presunção de inocência e no princípio da não culpabilidade, ambas ajuizadas no ano de 2016, pôr fim a nº 54 foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) em 2018, porém com a mesma finalidade das Ações Declaratórias de Constitucionalidade supracitadas.

Em razão de ter sido um julgamento conjunto o Acórdão proferido se deu com efeitos para as três ações, sendo assim o tribunal decidiu:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (STF - ADC: 43 DF 4000886-80.2016.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/11/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020).

Assim dizendo o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 283¹⁸ do Código de Processo Penal, enfatizando o princípio da não culpabilidade, ou seja, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, extinguindo-se a execução antecipada da pena antes do esgotamento dos meios recursais.

Contudo se deve enfatizar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal deixando expresso os meios em que o réu poderia ser preso, contudo o próprio artigo deixa claro que existem outros meios para a prisão como por exemplo a prisão cautelar prevista no artigo 282, §4º¹⁹ e a prisão preventiva tipificada no artigo 312²⁰ ambas do código de Processo Penal, contudo o §2º²¹ do

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe Código de Processo Penal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso: 16.mai.22: art. 283. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

¹⁹ BRASIL. Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

²⁰ BRASIL. Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso: 16.mai.22: art. 312, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem

artigo 312 deixa claro que não será admitido prisão preventiva com a finalidade de cumprimento antecipado da pena.

Após posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao tema supracitado, podemos citar como exemplo advinda da decisão da suprema corte o *Habeas Corpus* nº 454.611 -RS, com o voto do Relator o Ministro Joel Ilan Paciornik da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE LICITAÇÃO PRATICADOS PELO PREFEITO E VICE-PREFEITO. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA EM RAZÃO DO CARGO QUE OS ACUSADOS OCUPAVAM. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO ADC N. 43, 44 E 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. "A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 classifica-se como comum, não se exigindo, assim, do sujeito ativo nenhuma qualidade em específico. 2. Mostra-se idônea a valoração negativa do vetor da culpabilidade pelo fato de o agente exercer o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, ocupação que demanda exercício com efetivas lisura e ética, inexistentes *in casu*" (AgRg no REsp 1795894/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/3/2019, DJe 8/4/2019). 3. O Plenário da Suprema Corte, ao concluir o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, modificou seu posicionamento, por 6 votos a 5, no sentido de não ser possível a execução da pena pelo simples exaurimento recursal perante as instâncias ordinárias, retornando o entendimento de que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação. No julgado, a Suprema Corte ressaltou que a decisão não significa a soltura imediata de todos presos custodiados após o julgamento em segunda instância sem o trânsito em julgado da condenação. Restou consignado que, a situação de cada encarcerado deveria ser revista caso a caso, podendo ser mantida nos casos em que o acusado tenha sido segregado no curso do processo diante da presença dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. 4. A prisão do paciente foi decretada exclusivamente em decorrência dos julgados anteriores da Suprema Corte, que restaram superados com o julgamento do mérito das ADCs n. 43, 44 e 54, razão pela qual entendo que deve ser concedida a ordem, de ofício, para assegurar-lhe o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, resguardada a possibilidade de decretação da

econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

²¹ BRASIL. Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso: 15.mai.22: art. 312, §2º, não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia

nova segregação antecipada com base em decisão devidamente fundamentada e com base nos requisitos ensejadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal 5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão por decisão devidamente fundamentada. (STJ - HC: 454611 RS 2018/0144046-9, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 12/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2019)

O que podemos extrair dessa decisão do Superior Tribunal de Justiça, que a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, teve o efeito *erga omnes* e suspensivo na execução antecipada da pena em casos anteriores, onde o réu já estaria cumprindo execução da pena antes do trânsito em julgado do processo, efeito amparado além do parecer da suprema corte ainda utiliza da retroatividade da lei penal tipificada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, inciso XL²².

Ainda nesse campo como diz Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 52-53) “prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Há, portanto, um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal”, ou seja, apenas com condenação tanto de primeira e segunda instância, se ainda não for decretado o trânsito em julgado do processo penal, o réu não poderá iniciar o cumprimento da sentença condenatória, podendo ainda com base no Acórdão mencionado anteriormente, aguardar o final do processo em liberdade. Devemos ressaltar ainda os dizeres de Guilherme Nucci (2020, p. 1294-1295)

que o STF em julgamento realizado em fins de 2019, retornou à posição de 2009, impedindo o cumprimento de pena antecipada, mesmo depois de decisão de segundo grau. Portanto, igualmente, não pode o juiz presidente determinar a prisão do réu com base exclusivamente na pena estabelecida. Só há viabilidade para decretar a prisão se presentes os requisitos da preventiva.

Argumentando que o Juiz que irá proferir a sentença do Tribunal do Júri não teria competência suficiente para decretar a prisão para que se inicie o cumprimento da sentença penal, levando em consideração apenas um número base fixado nos autos, devendo assim avaliar o caso concreto por inteiro, não deixando de lado os recursos a ele cabíveis, caso for necessário decretar a prisão que seja em medida cautelar, pois essa pode ser decretada antes do trânsito em julgado do processo.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15.mai.22: art. 5º, inciso XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Em casos mais recentes podemos citar o Habeas Corpus nº 737749-MG, concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, que após o juiz negar o direito de o réu recorrer a sentença condenatória em liberdade e determinando a execução provisória da pena o Ministro Rogério Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça deferiu a liminar suspendendo a execução provisória da pena como podemos verificar em sua decisão:

HABEAS CORPUS Nº 737749 - MG (2022/0118002-9) DECISÃO
 ÁLVARO IANHEZ alega sofrer coação ilegal em face de liminar proferida por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, relator do HC n. 1.0000.22.089388-7/000. O réu foi pronunciado e submetido ao Tribunal do Júri pela prática de crime tipificado no artigo 121, § 2º, I, c/c § 4º, última parte do Código Penal. Ao final do julgamento pelo Plenário, em 19/4/2022, ele foi condenado a 21 anos e 8 meses de reclusão. Na oportunidade, determinou-se a execução provisória da pena, com a expedição de mandado de prisão. Para a defesa, é ilegal a determinação da execução provisória da pena como decorrência automática da condenação pelo Tribunal do Júri, ausentes os requisitos da prisão preventiva. Requer a "expedição imediata do contramandado de prisão" (fl. 15). Decido. O mérito da impetração originária não foi analisado pelo Tribunal a quo, a atrair o impeditivo da Súmula n. 691 do STF, só ultrapassado nos casos em que a ilegalidade é tão flagrante que não escapa à pronta percepção do julgador. O paciente e outros corréus, todos médicos, foram pronunciados e condenados porque fariam parte da chamada Máfia dos Transplantes, que atuava na Irmandade da Santa Casa de Poços de Caldas-MG, subtraindo a expectativa de vida de pacientes graves que davam entrada naquela unidade hospitalar, com o intuito de captar órgãos e tecidos humanos para posterior revenda no mercado negro de transplantes. Após a condenação do postulante pelo Tribunal do Júri, o Juiz determinou "a execução provisória da pena, com a expedição do mandado de prisão", ante "o princípio da soberania dos veredictos" e "uma interpretação não extensiva da presunção de inocência" (fl. 20, destaquei). O Magistrado pontuou: "Tampouco a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP teria a força de paralisar a incidência da cláusula pétrea em que a soberania do Júri consiste" (fl. 21). O Desembargador do Tribunal de origem não identificou, em liminar, a flagrante ilegalidade da determinação. Verifico ser hipótese de superação da Súmula n. 691 do STF. O fatos sob apuração são graves, muito graves mesmo, mas o paciente respondeu a toda a ação penal em liberdade e a sentença condenatória do Tribunal do Júri não é prontamente exequível. A execução antecipada da pena é possível somente após esgotadas as possibilidades de recursos, o que não ocorreu. No âmbito desta Corte Superior, em conformidade com o resultado das ADCs n. 43/DF, n. 44/DF e n. 54/DF, julgadas em 7/11/2019, é pacífico o entendimento de que "é ilegal a prisão preventiva, ou a execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes" (HC 560.640/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 04/12/2020). Deveras: "A jurisprudência desta Corte Superior é firme em asseverar a necessidade de se aguardar o exaurimento das instâncias ordinárias para a execução de condenação proferida pelo Tribunal do Júri, uma vez que a decisão dos jurados não se reveste de intangibilidade; sujeita-se a recurso com efeito suspensivo e pode ser anulada na hipótese de conflito evidente com a prova dos autos, o que reabriria a discussão sobre questões de fato" (RHC 108.241/PA, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 12/8/2019). São inúmeros os julgados no mesmo sentido, como, v.g., os seguintes: [...] em conformidade com a sólida e atual jurisprudência desta Corte, é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, tal como verificado no caso. [...] (EDcl no AgRg no HC 702.370/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA

TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022). [...] 1. O STF, no julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54, assentou a ilegalidade da execução provisória da pena quando ausentes elementos de cautelaridade, previstos no art. 312 do CPP. 2. Estando pendente de julgamento no STF o Tema n. 1.068, em que se discute a constitucionalidade do art. 492, I, do CPP, deve ser reafirmado o entendimento do STJ de impossibilidade de execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo tribunal do júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão. 3. Agravo regimental provido para conceder a ordem pleiteada. (AgRg no HC 714.884/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 24/03/2022). [...] 1. O Supremo Tribunal Federal, julgando definitivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, firmando nova orientação, erga omnes e com efeito vinculante, no sentido de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação. 2. No caso, a concessão da ordem de habeas corpus suspendendo a execução provisória da reprimenda se afigura correta, dado que o ora agravado respondeu solto à acusação e a prisão foi determinada pelo Tribunal de origem, exclusivamente, com base na execução provisória da pena em virtude da confirmação da sentença em segundo grau. Ademais, verifica-se que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação, porquanto consta a interposição de agravo em recurso extraordinário ainda pendente de julgamento. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AgRg no HC 545.264/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020). 2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. 3. Habeas corpus concedido para obstar as execuções provisórias das penas impostas aos pacientes. (HC 623.107/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020). [...] 3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o veredicto do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível, sendo necessário aguardar a submissão da sentença condenatória ao crivo do Tribunal de Apelação, que poderá, caso julgue necessário e nos termos da legislação processual penal, cassar a referida condenação e determinar um novo julgamento, com reexame de fatos e provas. [...] 5. Ordem de habeas corpus concedida para confirmar a liminar e para determinar, imediatamente, a soltura da Paciente, se por outro motivo não estiver presa, advertindo-a da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo da decretação de prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias ou, ainda, de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada. (HC 542.650/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019). [...] 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que o julgamento pelo Tribunal do Júri, ainda que escorado no princípio da soberania dos seus veredictos, não importa em exequibilidade imediata de seus julgados em razão da preponderância do princípio da presunção de inocência e da possibilidade de juízo rescindente pelo Tribunal de Apelação. Precedentes. 2. Ordem concedida. (HC 480.896/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019). Na espécie, a jurisprudência de ambas as Turmas, firmes e uníssonas, não autoriza o efeito automático da condenação pelo Tribunal do Júri. Ainda que gravíssimas as acusações, o acusado permaneceu, com a autorização judicial, em liberdade durante todo o processo, somente podendo ser dela privado, antes do trânsito em julgado da condenação, se fato novo e contemporâneo (art. 312, § 2º do CPP), justificar a aplicação da medida extrema. Por mais compreensíveis que sejam os reclamos sociais por justiça, não se reveste a prisão cautelar de função punitiva. É dizer, não é

conforme ao Direito a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena (art. 313, § 2º do CPP). À vista do exposto, dada a ilegalidade da decisão atacada neste writ, afasto a incidência da Súmula n. 691 do STF, e defiro a liminar para suspender, até o julgamento de mérito do *habeas corpus*, a determinação de execução provisória da sentença e de prisão do paciente, sem prejuízo da edição de decreto cautelar, desde que fincado, mediante motivação concreta, em fatos novos e contemporâneos que se subsumam a uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva. O deferimento de liminar, em caráter ainda perfunctório, não prejudica a análise de mérito do HC n. 1.0000.22.089388-7/000. Comunique-se com urgência o teor da decisão ao Juiz de primeiro grau e ao Tribunal de origem. Solicitem-se informações, a serem prestadas, preferencialmente, pela Central do Processo Eletrônico - CPE deste Superior Tribunal de Justiça. Depois da resposta, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 29 de abril de 2022. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator (STJ - HC: 737749 MG 2022/0118002-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 03/05/2022)

Podemos analisar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem a jurisprudência pacífica no que tange as condenações pelo tribunal do júri entendendo que sua sentença não tem efeito automático para decretar a execução antecipada da pena, salientando que no caso concreto citado o réu respondeu a todo o processo em liberdade, ou seja, não havia motivos jurídicos suficientes nem mesmo para decretação da prisão cautelar e com fundamento no princípio da presunção de inocência superando o da cláusula pétrea dos veredictos em que a soberania do júri persiste o *Habeas Corpus* foi concedido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A compreensão do preceito histórico do Tribunal do Júri, bem como sua evolução nos faz entender o motivo de um simples grupo de pessoas poderem julgar um réu que está sendo acusado de um crime tão grave, mesmo que as pessoas desse grupo não possuam nenhuma qualificação técnica específica para isso, analisamos ainda o poder de suas decisões e a força do conselho de sentença, que após a decisão nem mesmo um Juiz togado de Tribunal Superior poderá influenciar no mérito da questão.

Outrossim estudamos também que mesmo que as decisões advindas do Tribunal do Júri sejam soberanas ainda temos uma segurança jurídica para nos apoiarmos, ou seja, ainda cabe alguns recursos específicos para o acusado impetrar caso seja condenado, não ficando assim desamparado judicialmente ou ficando à mercê de uma possível injustiça em sua condenação ou ainda alguma arbitrariedade judicial ocorrida no processo.

Vimos também os possíveis casos de nulidade processual total ou parcial, no processo jurídico, como por exemplo a teoria dos frutos da árvore envenenada, que mesmo em julgamentos do Tribunal do Juri tem suas consequências, como foi analisado se caso o conselho de sentença tenha se baseado em alguma prova ilícita ou contaminada para poder motivar o seu convencimento para a condenação do réu, a defesa poderá requerer impetrando o recurso de apelação o cancelamento da sentença e pedir que seja feito um novo julgamento, consequentemente formando um novo conselho de jurados.

Além disso verificamos a jurisprudência emitida pela Suprema Corte em decorrência do julgamento das Ação Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que consequentemente mudou o entendimento jurídico da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância, com efeitos *erga omnes* e suspensivo em todos os tribunais, fazendo assim valer pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, deixando expresso os meios que os réus poderão ser presos, vetando que a prisão seja instrumento de cumprimento antecipado da pena.

Por fim, vimos o resultado *erga omnes* dessa jurisprudência e como ela vem sendo aplicada nos dias atuais, tanto dos *Habeas Corpus* mencionados no presente artigo, como na suspensão imediata da execução penal antes do trânsito em julgado, devendo assim acontecer a suspensão da execução penal vinda das sentenças condenatórias do Tribunal do Júri, ou seja, mesmo que a lei nº 13.964/2019 prevê a execução antecipada da pena decorrente de condenação igual ou superior a quinze anos do tribunal do júri, isso acabou trazendo uma controvérsia constitucional muito grande, onde uma lei infraconstitucional vai contra a Constituição Federal vigente.

Conclui-se, por conseguinte, que se deve seguir o parecer jurídico do Supremo Tribunal Federal, ou seja, como tem poder *erga omnes* essa jurisprudência deve ser seguidos por todos os tribunais, mesmo que a lei 13.964/2019 trouxe em sua redação um artigo que, in tese, é constitucional ele não pode ser aplicado na prática, pois além de ir contra a Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, ainda poderá acarretar em um prejuízo irreparável ao réu, uma vez que o agente poderia estar cumprindo uma pena restritiva de liberdade e posteriormente acabar sendo inocentado em fase processual recursal, derivado de recurso ordinário ou extraordinário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (2021). Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa A Legislação Penal e Processual Penal: Decreto Lei 3.689 Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 454611. Relator: Relator Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. Habeas Corpus. Diário da Justiça, . Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/876070651/habeas-corpus-hc-454611-rs-2018-0144046-9>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 737749. Relator: Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 29 de abril de 2022. Habeas Corpus. Brasília, . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/execucao-pena-automatica-juri-medico.pdf>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Relator: Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 44. Relator: Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 54. Relator: Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 23 abr. 2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 72588-1. Relator: Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 de junho de 1996. Habeas Corpus. Diário da Justiça, . Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_72588_PB-_12.06.1996.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1652240583&Signature=EfEjx%2FS0CNmgkBZbTRqen7uju5o%3D. Acesso em: 11 maio 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tribunal do Júri. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 415 p.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual do Processo Penal. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1948 p.
- LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. 359 p.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Komedi, 2003. 3 v.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Gen / Grupo Editorial Nacional, 2017. 1245 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Gen / Grupo Editorial Nacional, 2020. 1644 p.
- RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: visão linguística, história, social e jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas Ltda / Gen / Grupo Editorial Nacional, 2018. 276 p.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 586 p.
- STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do Júri: símbolos & rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 181 p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 981 p.

Submetido em 18.09.2022

Aceito em 27.09.2022