RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI:

fundamentos políticos e jurídicos

Notas de apresentação por

LUÍS ROBERTO BARROSO

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

editora D'PLÁCIDO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI:

fundamentos políticos e jurídicos

RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI:

fundamentos políticos e jurídicos

Notas de apresentação por

LUÍS ROBERTO BARROSO

MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

editora
D'PLÁCIDO

Copyright © 2019, D'Plácido Editora.
Copyright © 2019, Rafael Schwez Kurkowski.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Editor
Tales Leon de Marco

Produtora Editorial
Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico
Nathalia Torres
(Com base em imagem de Papaioannou Kostas via Unsplash)

Diagramação
Leda Érica Câmara

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

KURKOWSKI, Rafael Schwez.
Execução Provisória da Pena no Júri: fundamentos políticos e jurídicos - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
196 p.

ISBN: 978-65-80444-01-4

1. Direito. 2. Direito Penal. I. Título.

CDD341.5 CDU343

NOTA DO AUTOR

O presente livro cuida da dissertação com a qual fui aprovado na conclusão do Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Trata-se, na essência, do mesmo texto constante da dissertação. Foram realizadas adaptações formais e redacionais para permitir a publicação do trabalho em forma de livro. Também, diante das valiosíssimas contribuições apresentadas pela banca examinadora, houve um acréscimo quanto ao mérito: a contextualização do erro judiciário, na execução provisória da pena, em sede de júri.

Alegrar-me-ei em receber críticas e sugestões quanto ao pensamento que construí durante o Mestrado.

Espero, sinceramente, que este trabalho contribua para o debate existente sobre o Tribunal do Júri, apresentando reflexões no sentido da sua efetividade bem como a do Direito Penal e Processual Penal, sempre com o respeito aos direitos do réu.

Brasília/DF, março de 2019.

Rafael Schwez Kurkowski
rafadir2000@yahoo.com.br

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente aos meus pais, José Claudio de Souza Kurkowski e Tânia Schwez Kurkowski, pelo apoio e educação constantes providenciados para mim. À minha irmã, Simone Schwez Kurkowski, a qual, apesar de mais nova do que eu, tem-me ensinado muito sobre a vida e me serve de referência pessoal. Sem vocês, que são a minha base, nada seria possível.

À minha esposa, Flávia Dornelas Kurkowski, pela compreensão, apoio incondicional e sacrifício em relação às longas horas de leitura, estudo e escrita. Agora, deu: vamos viajar?

Aos meus pais "similares", Sebastião Dornelas de Sousa e Marlene Dornelas de Carvalho, pela compreensão quanto ao tempo de que os privei da minha companhia e da Flávia.

Ao Ministério Público do Estado de Sergipe, instituição a que pertenço com muito orgulho. Foi ele quem me realizou profissionalmente. Estendo esse reconhecimento ao Conselho Nacional do Ministério Público, com especial destaque aos colegas da Corregedoria Nacional, que me providenciaram as condições para concluir a dissertação de mestrado que ora se publica na forma de livro.

Com realce, agradeço ao Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, ex-membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público e, atualmente, colega do Conselho Nacional do Ministério Público, Renee do Ó Souza. Obrigado, Renee, pelo incentivo permanente para eu estudar, encarar o desafio do mestrado e escrever artigos e livros. Mais do que um colega do Ministério Público brasileiro, tu és um amigo que fiz para a vida toda.

Ao professor e Procurador Regional da República Douglas Fischer, pelo valioso auxílio na indicação bibliográfica.

Finalmente, agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Antonio Henrique Graciano Suxberger, pela orientação no mestrado, pela ajuda constante e pela paciência. Obrigado, Sux, por ter acreditado no meu projeto acadêmico e por ter permitido desenvolver-me academicamente. Tu és uma referência profissional para mim.

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, sempre se admitiu a execução da pena após o julgamento em 2º grau. Essa compreensão prevaleceu até 2009, quando o STF modificou sua jurisprudência no HC 84.078. O novo entendimento produziu diversos impactos negativos, dentre os quais destaco: a) serviu como poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios; b) reforçou a seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que um agente público responsável pelo desvio de R$ 100 milhões; e c) produziu o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, aumentando a sensação de impunidade.

Felizmente, o STF retomou sua compreensão original em 2016, ao julgar o HC 126.292 e o ARE 964.246 e ao negar cautelares nas ADCs 43 e 44. Especificamente nos julgamentos do Tribunal do Júri, a Corte aplicou, no HC 118.770, a mesma lógica: não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, já que o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

A dissertação de Rafael Schwez Kurkowski contribui, de forma fundamentada e convincente, para a sedimentação desse entendimento tão relevante para um sistema penal moderado, sério e igualitário.

Luís Roberto Barroso
Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor titular da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

SUMÁRIO

PREFÁCIO 15

LISTA DE SIGLAS E SÍMBOLOS 19

INTRODUÇÃO 21

1. O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO SOBERANA DOS JURADOS JUSTIFICADO PELO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO TRIBUNAL DO JÚRI 33

1.1. Tribunal do Júri: Garantia Política e Institucional que, ao Servir como Instrumento da Democracia, Exige o Cumprimento Imediato da Decisão Soberana dos Jurados 33

1.1.1. Evolução histórica do Tribunal do Júri: garantia individual 33

1.1.2. Júri: direito ou garantia? 40

1.1.3. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos: caracterização do júri como garantia política 42

1.1.4. Influência da França sobre o júri brasileiro 48

1.1.5. Tribunal do Júri no Brasil 49

1.1.6. Soberania dos veredictos 62

1.1.7. O júri brasileiro como garantia política 65

1.1.8. O júri brasileiro como garantia institucional 71

1.2. O Respeito à Democracia Formal (Princípio Majoritário) e à Democracia Material (Proteção dos Direitos Fundamentais) pela Execução Provisória da Pena no Tribunal do Júri 76

1.2.1. Democracia formal e democracia material 76
1.2.2. Contraditório 79
1.2.3. Plenitude de defesa 80
1.2.4. Utilização de provas ilícitas 81
1.2.5. Ordem escrita e fundamentada para a prisão 82
1.2.6. Juiz natural 82
1.2.7. Duplo grau de jurisdição 83
1.2.8. Presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade 87
1.2.9. Devido processo legal substantivo: a razoabilidade da execução provisória da pena 92

2. A EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA DECISÃO SOBERANA DOS JURADOS PELA FUNÇÃO DE PREVENÇÃO GERAL POSITIVA DO DIREITO PENAL 95
2.1. A Evolução do Direito Penal para Tutelar a Vigência da Norma (Prevenção Geral Positiva) 97
2.1.1. Teorias absolutas da pena 98
2.1.2. Teorias relativas da pena 99
2.1.2.1. Prevenção geral negativa 99
2.1.2.2. Prevenção especial negativa e positiva 102
2.1.2.3. Prevenção geral positiva 103
2.1.2.3.1. Funcionalismo teleológico: Claus Roxin 104
2.1.2.3.2. Funcionalismo sistêmico: Gunther Jakobs 108
2.2. A Necessidade do Cumprimento Imediato da Pena, no Tribunal do Júri, para Demonstrar aos Cidadãos a Vigência da Norma 115

3. A CONFORMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL PARA O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI 123
3.1. Críticas Comumente Apresentadas contra o Tribunal do Júri 123
3.2. Direito Processual: Instrumento que Deve ser Conformado ao Direito Material 128
3.2.1. O direito processual na teoria geral do processo 128

3.2.2. Influência da segurança pública sobre o processo 135
3.3. Conformação de Institutos do Processo Penal ao Direito Material 137
3.3.1. Inquérito policial e oferecimento e recebimento da denúncia 138
3.3.2. Impronúncia 139
3.3.3. Desclassificação 139
3.3.4. Absolvição sumária 139
3.3.5. Pronúncia 140
3.3.6. Alistamento dos jurados 143
3.3.7. Sorteio dos jurados 143
3.3.8. Recusa dos jurados 143
3.3.9. Compromisso prestado pelos jurados 144
3.3.10. Quesitação 144
3.3.11. Natureza jurídica da execução provisória da pena 145
3.3.12. Repristinação do art. 594 do CPP? 148
3.3.13. Conformação do art. 283 do CPP 148
3.3.14. Conformação do art. 593,III,do CPP 149
3.3.15. Trânsito em julgado do capítulo da sentença relativo à culpa do réu 152
3.3.16. Conformação do art. 597 do CPP 157
3.3.17. Execução provisória indevidada pena 158
3.3.18. Erro judiciário e execução provisória da pena 160
3.3.18.1. Erro judiciário positivo: a condenação do réu (supostamente) inocente 160
3.3.18.2. Erro judiciário negativo: a absolvição do réu culpado 161
3.3.19. A execução provisória da pena deve ser quesitada? 163
3.3.20. Apenas o efeito principal da pena deve ser executado provisoriamente 163
3.3.21. Guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade 164
3.4. Síntese Conclusiva deste Capítulo 164

4. CONCLUSÕES 167

REFERÊNCIAS 177

PREFÁCIO

Os autores que escrevem sobre Tribunal do Júri, em geral, ou manifestam uma enorme paixão pela instituição ou o fazem a partir de críticas que muitas vezes se afastam da técnica jurídica para mais se aproximarem da antipatia. Em comum entre esses extremos, a ausência de abordagem cuidadosa, detida e problematizada do júri. De modo sintético, o júri é o modo pelo qual a Constituição brasileira decidiu que se processam os crimes que atentam contra o que há de mais valoroso na existência humana, a vida.

O leitor tem em mãos o texto de um apaixonado pelo Tribunal do Júri. Mas, contradizendo a assertiva do parágrafo anterior, Rafael Schwez Kurkowski elabora um primoroso trabalho, no qual a seriedade de sua revisão bibliográfica só é comparável à preocupação de responder a todas as projeções e derivações da problemática sobre a qual se debruçou.

A crônica do júri é marcada pela difícil compreensão daqueles casos em que o acusado, ainda que tenha respondido ao processo em liberdade, deixa o plenário do júri solto seguidamente à prolação de sentença condenatória que lhe imponha recolhimento à prisão. Essa aparente contrariedade, que põe, de um lado, um procedimento bifásico e cadenciado, e, de outro, a ausência de eficácia imediata do que ali decidido, é algo de difícil (senão, impossível) assimilação pelos integrantes da comunidade em geral. É certo que as garantias constitucionais asseguradas ao cidadão diante do poder punitivo do Estado não derivam exatamente da compreensão popular sobre o funcionamento da máquina judicial. No entanto, há de se questionar minimamente os casos em que o jurista se frustre ou não consiga explicar ao leigo as razões pelas quais o Direito atua ou deveria atuar. A eficácia da sentença condenatória, quando proferida nos crimes dolosos contra a vida, após estrita observância do cadenciado procedimento bifásico do júri, deve ser imediata? Se sim, quais razões respondem a esse problema?

A temática da execução "provisória" da pena pertence ao seleto grupo de temas que muitos discutem como se as posições, de lado a lado, fossem

dogmas inquestionáveis. Talvez o passar dos anos já comece a pesar, mas ainda é latente na memória de muitos o próprio surgimento da expressão. A ideia de "execução provisória" surgiu como solução jurídica que assegurasse ao preso, na pendência de recurso contra a condenação, usufruir de benefícios próprios da progressão da pena. É dizer: a expressão "execução provisória" da pena não derivou da execução precária, indevida ou antecipada da pena, mas efetivamente da consideração de que, se já sentenciado, o preso já não era mais provisório e, por isso, poderia ser beneficiado por direitos que lhe seriam devidos caso a sentença condenatória já fosse definitiva. A expressão, vale lembrar, encontra-se no cerne da discussão que ensejou a edição do enunciado 716 da súmula do Supremo Tribunal Federal ("Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"). E já se vão quase 16 anos da consolidação desse enunciado.

A definição do início da execução da pena no Brasil sempre foi um tema tomado como óbvio, por isso pouco explicado e igualmente pouco explicitado na legislação. Aliás, é válido lembrar que o conceito de trânsito em julgado, no Brasil, só foi positivado em 1957, por conta de alteração promovida na hoje nominada Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LIDB). A previsão na Constituição de 1988 da presunção de inocência, cuja fórmula reproduz a dicção da Constituição portuguesa de 1976 (art. 32), não ajuda a elucidar a discussão. Tomamos de Portugal a expressão veiculada na Constituição brasileira de que a presunção de inocência tem lugar "até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", mas, diferentemente do Direito lusitano, não tivemos o cuidado de dizer que nossos recursos extraordinários guardavam natureza rescisória em face da coisa julgada.

O debate sobre o momento de início da execução da pena no Brasil é retomado pelo Supremo Tribunal Federal ao longo do ano de 2016. Como muito bem destacado no trabalho, o STF, que já se debruçou por pelo menos quatro vezes sobre o tema desde fevereiro de 2016, não vem repetindo a mesma coisa nos sucessivos julgados. Ao contrário: traz argumentos e problemas que se agregam, se somam, quando não raro se contradizem. O trabalho de Rafael Kurkowski, com elegância argumentativa e precisão acadêmica, presta sólida contribuição a esse debate.

Rafael (minha referência ao seu primeiro nome se deve ao carinho e à admiração que desenvolvi pelo colega de Ministério Público, interlocutor qualificado de discussões acadêmicas e hoje amigo) revisita a literatura específica sobre tribunal do júri no Brasil. Mas, além disso, igualmente revisita as bases do próprio tribunal do júri, com especial ênfase para o direito estadunidense. Na primeira parte do trabalho, lembra-nos de uma lição óbvia: o júri, garantia constitucional do direito de julgamento pelos pares nos crimes dolosos contra a vida (e outros que o legislador entenda por bem em prever),

guarda justificativa política e institucional. Na medida em que assegura e instrumentaliza a participação popular no exercício da máquina judicial, o júri é expressão máxima da democracia aplicada ao sistema de justiça criminal.

Na segunda parte de sua investigação, Rafael promove salutar diálogo entre o Direito Processual Penal (em especial sua projeção formal no júri) com as razões que justificam o próprio Direito Penal. Revisitar as missões do Direito Penal, aclarando o debate sobre as funções da pena à luz do que se espera do julgamento popular, permite ao leitor lembrar que o processo é meio que responde (ou deve responder) às razões do Direito material por ele veiculado. Em tempos de formalismo relativista, essa lição se mostra muito oportuna.

Na terceira parte de sua investigação, Rafael cuida de revisitar o texto vigente do Código de Processo Penal, para então mostrar que sua compreensão sobre o momento de execução da pena, nas condenações do júri, guarda fundamentação constitucional e dogmática. Mas não é só. A razão desse posicionamento, igualmente, deriva da política criminal do Estado e dos motivos últimos que amparam a própria intervenção penal.

Há um ponto de destaque e de provocação interessante. A conformação do tema no trabalho de Rafael redimensiona a própria utilização da prisão provisória. Se o jurisdicionado, o julgador (incluídos nessa expressão o juiz togado e o próprio conselho de sentença), o defensor técnico e o próprio Ministério Público são sabedores da certeza de eficácia imediata da decisão a ser construída no plenário de júri, as razões muitas vezes indizíveis que amparam os decretos de prisão processual de crimes dolosos contra a vida deverão dar lugar ao uso excepcional dessa medida extremada que é a prisão antes da formação do juízo de culpa do acusado.

Particularmente, um dos pontos que mais me atrai no texto de Rafael está nas portas que ele abre com sua problematização. Fica o desafio ao leitor: encontre e pavimente discussões outras que o trabalho de Rafael induz ou incita. Não serão poucos os casos e, certamente, o presente texto é daqueles que não deixam o leitor sem inquietações.

O rigor intelectual se soma ao esforço acadêmico. Como pano de fundo, está a paixão pelo júri. Quando Rafael apresentou seu tema para desenvolvimento no programa de Mestrado do UniCEUB, onde tive o privilégio de acompanhá-lo e fui espectador privilegiado da evolução de suas ideias, a vivência como tribuno do júri se prestava como móvel e razão prática para a reflexão acadêmica. Afinal, as melhores inquietações são aquelas que respondem aos problemas mais práticos.

A publicação do presente trabalho pela D'Plácido traz à comunidade jurídica um debate muitíssimo oportuno e, em especial, atende à recomendação da Banca Examinadora que criteriosamente avaliou o trabalho. A Banca, composta por mim e pelos professores Antônio Sérgio Cordeiro Piedade e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, trouxe notável contribuição

aos argumentos desenvolvidos pelo Rafael e acrescentou muitíssimo em razão do escrutínio detalhado e atencioso. A recomendação de publicação atendeu aos justos elogios dirigidos ao rigor da pesquisa e à sólida contribuição que o trabalho traz ao Direito brasileiro.

Então, leitor, encerro minha apresentação com a certeza de que livro que está em suas mãos não pede apresentação, mas sim um convite. Fica o chamado a refletir sobre um dos temais mais caros ao Direito Processual Penal brasileiro. A abordagem de Rafael traz segura contribuição para aqueles que enxergamos, no Direito, a possibilidade de vocalizar as demandas de uma sociedade desigual e com poucas oportunidades de participação ativa nas decisões de Estado. O júri é uma dessas oportunidades. Tratemos dele, então, com paixão, como fez o Rafael, mas igualmente com o rigor acadêmico tão necessário ao angustiante tema que é a prisão no Brasil.

Boa leitura!

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Promotor de Justiça no Distrito Federal.
Fevereiro de 2019

LISTA DE SIGLAS E SÍMBOLOS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Pena
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal.
d. C.	depois de Cristo
HC	Hábeas-Córpus
inc.	Inciso
LEP	Lei de Execução Penal
n.	número
p.	página
S. d.	*Sine die*
STF	Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Recentemente, a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o encerramento das instâncias ordinárias[1], ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Hábeas-Córpus[2] (HC) n. 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, no qual se decidiu que ela "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência". Essa decisão reverteu o entendimento sedimentado, em 2009, no HC n. 84.078/MG, quanto à impossibilidade da execução provisória da pena[3] bem como serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes.[4] Em 5 de outubro de 2016, o STF reforçou esse entendimento ao indeferir a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) números 43 e 44, cujo objeto versa sobre o artigo 283 do Código de Processo Penal – CPP (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941). O objetivo dessas ações declaratórias de constitucionalidade consiste na declaração de que a execução

---

1 Em outros lugares, já se demonstrou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, além de compatível com os direitos fundamentais (KURKOWSKI, 2017d; KURKOWSKI; PIEDADE, 2017), se justifica pelo trânsito em julgado do capítulo sentencial da culpa (KURKOWSKI, 2017c).

2 Sobre a forma hábeas-córpus, Kaspary ensina: "Hábeas-córpus é a forma lógica e completamente aportuguesada: com hífen, para indicar a unidade semântica do termo (à semelhança de pena-base, dias-multa, queixa-crime, etc.); com acento gráfico em hábeas, por ser paroxítona terminada em ditongo crescente (à semelhança de pâncreas, várzea, área, etc.); e também com acento gráfico em córpus, por ser paroxítona terminada em us (à semelhança de vírus, húmus, Vênus, etc.). Compare-se o termo com outros latinismos aportuguesados, tais como mapa-múndi, vade-mécum, pró-forma, fac-símile, etc" (KASPARY, 2005, p. 115-116).

3 Reporta-se para outro trabalho a fim da análise da evolução histórica do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, desde 1989 (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016).

4 Confiram-se os seguintes exemplos: ARE n. 737.305, julgado pelo STF; HC n. 346.721/MG, julgado pelo STJ.

da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em 10 de novembro de 2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 964.246RG/SP, com repercussão geral, o STF reafirmou o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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". Na sequência, em 2 de junho de 2017, o STF, no julgamento do HC n. 140.213/SP, repristinando o entendimento sustentado no HC n. 84.336/RS, julgado em 2004, decidiu que a execução provisória tem cabimento nas ações penais originárias, "uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, 'h'), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária".[5]

Pacificou-se assim o cabimento da execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, circunstância que, no processo penal brasileiro, sucede depois do julgamento do recurso de apelação (artigo 593 do CPP), de embargos infringentes ou de nulidade (artigo 609, parágrafo único, do CPP) ou dos respectivos embargos de declaração (artigo 619 do CPP) que venham a ser interpostos.

O STF também tem permitido o cumprimento imediato da pena, no âmbito do procedimento afeto aos crimes dolosos contra a vida[6], após o encerramento das instâncias ordinárias. Seguem exemplos: decisão monocrática na Petição Avulsa no HC n. 118.039/MA, do Ministro Dias Tofolli, em 5 de dezembro de 2017; decisão monocrática no HC n. 147.957/RS, do Ministro Gilmar Mendes, em 23 de novembro de 2017; decisão monocrática no

---

[5] Este também é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça: HC n. 383.616/RJ; HC n. 388.863/AP.

[6] Os crimes dolosos contra a vida estão previstos nos artigos 121 a 128 do CP, quais sejam: homicídio; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; e aborto provocado por terceiro. Nelson Hungria explica que outros crimes qualificados pelo evento morte, a exemplo da lesão corporal seguida de morte (artigo 129, § 3º, do CP) e do latrocínio (artigo 157, § 3º, do CP), não foram classificados como crimes contra a vida, pelo Código Penal, por opção técnica, pois, nesses casos, o evento "morte" forma com o crime a que sucede ou está conexo uma "unidade complexa" (HUNGRIA; FRAGOSO, 1979, p. 21). Ao comentar especificamente o artigo 157, § 3º, do CP, Nelson Hungria pondera que, na unidade complexa, "deve-se ter em conta o bem ou interêsse cuja lesão representa o escopo final do agente (os *crimes-membros* perdem sua autonomia, para, aglutinados, formarem uma entidade criminal unitária; mas a consideração do bem ou interêsse lesado pelo crime-fim é que prevalece para a classificação da unidade complexa, ainda que tal bem ou interêsse seja inferior aos lesados pelos crimes-meios ou *famulativos*)" (HUNGRIA; FRAGOSO, 1955, p. 58). Como, no latrocínio, que é um crime complexo resultante da fusão dos crimes de homicídio e furto, o interesse prevalente visado pelo agente é patrimonial, ele não é classificado como um crime doloso contra a vida, mas como um crime patrimonial, embora a pena seja mais elevada do que a daquele. Por conseguinte, é um crime que é julgado pelo juízo singular, e não pelo Tribunal do Júri.

HC n. 148.720/AL, do Ministro Edson Fachin, em 31 de outubro de 2017; decisão monocrática no HC n. 145.496/RS, da Ministra Rosa Weber, em 5 de outubro de 2017. Essas decisões fazem referência ao HC n. 126.292/SP.

Sustenta-se que o rito dos crimes dolosos contra a vida[7], dada a sua qualificação ditada pela democracia ínsita ao Tribunal do Júri, demanda a execução provisória da pena imediatamente após a decisão condenatória dos jurados, e não apenas depois do encerramento das instâncias ordinárias.[8] Essa execução provisória igualmente é exigida pelo Direito Penal, para que este possa cumprir a sua função de prevenção geral positiva.

A Primeira Turma do STF já acenou nesse sentido, em 7 de março de 2017, quando do julgamento do HC n. 118.770/SP, no qual foi fixada a seguinte tese de julgamento: "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade". Nesse hábeas-córpus, o paciente restou condenado à pena privativa de liberdade de 25 anos de reclusão, em razão do cometimento de homicídios qualificados praticados em continuidade delitiva. A sentença condenatória denegou o direito de o paciente apelar em liberdade, em função da presença dos pressupostos da prisão preventiva. Esse paciente interpôs apelação, que foi desprovida, seguida da interposição de recursos especial e extraordinário, que restaram inadmitidos perante o Tribunal de Justiça local, o que desafiou a interposição dos competentes agravos, que não haviam sido apreciados quando do julgamento do HC em tela. Paralelamente, o paciente impetrou hábeas-córpus perante o Tribunal de Justiça local e perante o STJ, que denegaram a ordem. Enfim, impetrou-se, perante o STF, o HC n. 118.770/SP, cuja ementa, dada a relevância deste precedente para o presente trabalho, segue transcrita:

> Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade.
>
> 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

---

[7] No Brasil, o júri tem a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, da CF), ou seja, aqueles previstos nos artigos 121 a 128 do Código Penal. Como a Constituição Federal fixou a competência mínima do júri, a legislação infraconstitucional, validamente, ampliou a sua competência para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes dolosos contra a vida (artigo 78, I, do CPP).

[8] Em outro lugar, já se desenvolveu, de forma sucinta, a execução provisória da pena, no júri (KURKOWSKI, 2017a).

"A crônica do júri é marcada pela difícil compreensão daqueles casos em que o acusado, ainda que tenha respondido ao processo em liberdade, deixa o plenário do júri solto seguidamente à prolação de sentença condenatória que lhe imponha recolhimento à prisão. [...] A eficácia da sentença condenatória, quando proferida nos crimes dolosos contra a vida, após estrita observância do cadenciado procedimento bifásico do júri, deve ser imediata? Se sim, quais razões respondem a esse problema? [...]

Particularmente, um dos pontos que mais me atrai no texto de Rafael está nas portas que ele abre com sua problematização. Fica o desafio ao leitor: encontre e pavimente discussões outras que o trabalho de Rafael induz ou incita. Não serão poucos os casos e, certamente, o presente texto é daqueles que não deixam o leitor sem inquietações."

PROF. DR. ANTONIO SUXBERGER

editora D'PLÁCIDO

ISBN 978-65-80444-01-4
9 786580 444014