

A JUSTIFICATIVA FUNCIONALISTA SISTÊMICA PARA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

THE FUNCIONALIST SYSTEMIC JUSTIFICATION FOR THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE OF IMPRISONMENT IN THE JURY

Rafael Schwez Kurkowski¹

RESUMO: O presente artigo busca justificar a execução provisória da pena, no tribunal do júri, com base no funcionalismo sistêmico, cujo representante é Günther Jakobs. Para tanto, mediante análise documental e revisão bibliográfica, sustenta que o Processo Penal, o qual se deve conformar ao Direito Penal, precisa fornecer a este meios para o cumprimento da sua principal função, qual seja, a prevenção geral positiva, segundo a qual a pena reafirma a vigência da norma arrostada pelo agente criminoso. Argumenta então que a execução provisória da pena, no júri, é necessária para comunicar à sociedade que a norma violada pelo agente criminoso subsiste.

Palavras-chave: Execução provisória da pena; funcionalismo sistêmico; função do direito penal; justificativa; tribunal do júri.

ABSTRACT: The present article seeks to justify the provisional execution of the sentence of imprisonment in the jury based on the systemic functionalism, whose representant is Günther Jakobs. For this purpose, through documental analysis and bibliographic review, this paper sustains the criminal proceedings, which must be adapted to the criminal law, needs to provide ways for this one to accomplish its main function, the positive general prevention, according to which the penalty reaffirms the validity of the law confronted by the criminal. It argues so that the provisional execution of the sentence of imprisonment in the jury is necessary to communicate to the society that the law that was violated by the criminal subsists.

Keywords: Function of criminal law; justification; jury; provisional execution of the sentence of imprisonment; systemic functionalism.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (FAPIDE). Professor de Direito Processual Penal e de Execução Penal na Faculdade Pio Décimo (Aracaju/SE). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Política Criminal do UNICEUB. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

1 INTRODUÇÃO

A legitimação ou a justificação do direito penal constitui questão indissociável dos fins ou função da pena. (DIAS, 1999, p. 89). Não é exagero afirmar que “toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal”. (BACIGALUPO, 2005, p. 21). Assim, “quando se fala em sentido de função do direito penal, está-se a perquirir acerca do sentido e da função da pena”. (SUXBERGER, 2006, p. 107).

Por sua vez, o processo penal, compreendidos aí tanto as respectivas legislação e dogmática, é o instrumento que permite ao Estado realizar, faticamente, o Direito Penal, ou seja, aplicar a pena ou absolver o agente quando constatada ou não a prática de um crime, respectivamente. Observado o bocado *nulla poena sine iudicio*, a “sanção penal, ‘lacto sensu’ considerada, somente pode ser imposta jurisdicionalmente, por meio do ‘processo’”. (TUCCI, 2002, p. 166). Daí exsurtem, aliás, o princípio da inevitabilidade do processo penal, segundo o qual a toda prática criminosa deve seguir uma ação judicial correspondente, e a regra da *necessidade do processo penal*, pois é inadmissível a irrogação da pena sem que seja no bojo desse processo. (TUCCI, 2002, p. 42). É cristalina, portanto, a relação de dependência entre o Processo Penal, de um lado, e o Direito Penal e a pena, de outro. Resta igualmente claro que o processo penal, uma vez orientado à aplicação do direito penal, está sob os influxos da teoria da pena e vice-versa. O Direito Penal necessita do Processo Penal para cumprir a sua função.

A execução provisória da pena, que passou a ser admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar os hábeas-córpus² (HC) n. 126.292/SP, constitui típico exemplo dessa dependência entre Processo Penal, Direito Penal e pena. Nos termos do referido HC, após o encerramento das instâncias ordinárias, vale dizer, depois do julgamento dos recursos de apelação (art. 593 do Código de Processo Penal – CPP), de embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) e os respectivos embargos de declaração (art. 619 do CPP), é cabível executar a pena. É exatamente o processo penal que, nessa hipótese, permite ao Estado executar, embora provisoriamente, a pena, cumprindo, portanto, a função do Direito Penal. Registra-se que, em outro lugar, já se demonstrou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, além de compatível com os direitos fundamentais (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016), se justifica pelo trânsito em julgado do capítulo sentencial da culpa (KURKOWSKI, 2017b).

Já no HC n. 118.770/SP, a Primeira Turma do STF firmou a seguinte tese: “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”. A diferença substancial aqui é prescindibilidade do encerramento das instâncias ordinárias. Consigna-se que, também em outro lugar, já se pontuou que a execução provisória da pena, em sede de júri, decorre do caráter democrático deste; é justamente a democracia do júri que confere soberania às suas decisões. (KURKOWSKI, 2017a).

Considerando a íntima relação entre pena, Direito Penal e Processo Penal, o que pode justificar a imediata prisão no tribunal do júri? Não há uma reflexão dogmática aprofundada no HC n. 118.770/SP e na doutrina atualmente existente a esse respeito, os quais demonstram a possibilidade da execução provisória, mas não o seu fundamento. É justamente este o objetivo do

2 Sobre a forma “hábeas-córpus”, Kasparý 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).

presente artigo: justificar a execução provisória da pena no júri com base no funcionalismo sistêmico, cujo representante é Günther Jakobs. Por essa teoria, sinteticamente, que se serve bastante da teoria sistêmica de Luhmann, o direito penal desempenha uma função de *prevenção geral positiva*: frente à violação da norma (tipo penal) provocada pelo agente que praticou um crime, é necessário que a pena restabeleça a sua vigência e, por consequência, comunique aos cidadãos que essa norma continua válida. (JAKOBS, 2008, p. 96-99).

A hipótese a ser desenvolvida é a seguinte: mesmo que provisório, o cumprimento da pena, imediatamente após o julgamento pelo conselho de sentença, no tribunal do júri, é requisito para que o Estado logre comunicar aos cidadãos que a norma arrostada pelo agente criminoso, quando da praticou do crime, continua vigente ou eficaz³ (prevenção geral positiva). Assim, se o cumprimento provisório da pena não sucede logo após o julgamento, o emissor da comunicação – o Estado – falha nesse processo comunicativo.

Para fins de comprovação hipótese acima apresentada, em primeiro lugar, expor-se-ão os traços básicos das mais conhecidas teorias legitimadoras do direito penal – e da pena – desde o Iluminismo, conferindo-se maior ênfase ao funcionalismo sistêmico. Dada a limitação deste trabalho, serão abordados apenas os traços básicos que têm pertinência ao objeto da presente pesquisa. Justifica-se, ademais, o corte temporal estabelecido porque, antes do Iluminismo, o Estado, que consistia em mero poder fático ou político, utilizava a pena apenas para configurar e estabilizar o poder político (FEIJOO, 2014, p. 17). Logo, a pena – e o direito penal – não tinham um fundamento racional. É necessária essa visão panorâmica das teorias do direito penal para, mediante comparação entre elas, identificar a especificidade do funcionalismo sistêmico que tem o condão de legitimar a execução provisória da pena no júri.

Em segundo lugar, buscar-se-á demonstrar que, no júri, a pena deve ser cumprida imediatamente após a decisão do conselho sentença, sob pena de o Estado não conseguir comunicar aos cidadãos que a norma arrostada pelo agente criminoso continua vigente. A qualificação e a especialidade do procedimento do seu procedimento – julgamento originário já colegiado, plenitude da defesa, procedimento bifásico cuja etapa do *judicium accusationis* faz um exame criterioso da viabilidade da acusação – tornam o júri o palco adequado para o Estado fazer a comunicação já referida aos jurados.

É certa a existência de críticas contra a teoria de Jakobs, a exemplo de Ferrajoli (2014, p. 256), para quem ela é “inevitavelmente solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferentes à tutela dos direitos da pessoa”. Para García Amado (2006, p. 234), no funcionalismo, o “direito penal deixa de estar a serviço da ordem do materialmente justo e se justifica pela sua prestação para a manutenção do todo social” (tradução livre). Contudo, a escolha do funcionalismo sistêmico não foi aleatória e revela, de forma cristalina, o posicionamento deste trabalho. Porque nenhuma teoria é neutra, pois todo o conhecimento científico é socialmente construído, a opção aqui feita, ao eleger uma ferramenta adequada para tanto, tem o claro propósito de sustentar o cabimento da execução provisória da pena, no âmbito do júri, no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada na presente pesquisa consiste na análise documental e, especialmente, na revisão bibliográfica.

³ Vigência e eficácia são tratados como sinônimos, aqui. Diferentemente, o presente trabalho observa a diferença entre validade e vigência da lei. Enquanto a validade é o problema de existência da regra, a eficácia da norma é o problema de ela ser seguida ou não pelas pessoas a quem é dirigida, segundo Bobbio (2005, p. 46-47). No funcionalismo sistêmico, portanto, o agente, ao praticar o crime e, com isso, comunicar à sociedade que não reconhece a norma por ele violada, põe em xeque a eficácia da lei, mas não a sua validade, pois, independentemente de as pessoas seguirem ou não a lei, esta continua válida até que seja revogada por outra lei ou declarada inconstitucional.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL PARA TUTELAR A VIGÊNCIA DA NORMA

As teorias da pena dividem-se entre as absolutas, que têm caráter retributivo, e as relativas, que se orientam para a prevenção. (JAKOBS, 2006, p. 87-88). A classificação como absoluta designa que a justiça que se busca com a pena é absoluta, não dependendo de conveniências utilitaristas de cada momento, enquanto a classificação como relativa indica que a necessidade de prevenção buscada pela pena é relativa e circunstancial. (MIR PUIG, 2011, p. 38-40). Das teorias relativas advêm formas específicas de prevenção. A prevenção *geral* (direcionada a todos) pode ser negativa, quando exerce um efeito intimidatório sobre a população, mormente sobre os potenciais criminosos, ou positiva, quando reafirma a confiança dos cidadãos na vigência das normas, tendo como destinatários, portanto, os cidadãos fiéis ao Direito. Já a prevenção *especial* (direcionada ao agente) pode ser negativa, quando visa à inocuidade do agente criminoso enquanto ele está segregado, ou positiva, quando objetiva a ressocialização do criminoso. (GRECO, 2000, p. 322).

Adriano Teixeira acrescenta que, enquanto o retributivista pune o criminoso porque este merece ou por uma questão de justiça, devendo olhar para o passado, o preventivista pune para produzir vantagens para o futuro, a saber, a redução de crimes, devendo olhar para a frente. Além da diversidade desses dois tipos de teorias, há também as teorias mistas ou unificadoras. (TEIXEIRA, 2015, p. 73).

Bacigalupo (2005, p. 22) esclarece que a Escola Clássica manteve o critério legitimador da justiça por meios das teorias absolutas da pena, enquanto a Escola Positiva propunha o critério da utilidade por meio das teorias relativas da pena.

Igualmente, a legitimação da intervenção penal pode ser analisada sob a óptica principialista e a consequencialista. Por aquela, o direito penal tem como fundamento a ética de princípios lançada por Kant, os quais afastam apreciações consequencialistas e de utilidade para aquilatar o valor moral das ações. Já para óptica consequencialista, importam, de fato, as consequências e as opções valorativas decorrentes da incidência do Direito Penal, revelando-se, exatamente por isso, mais adequada ao desenvolvimento da política criminal. (SUXBERGER, 2006, p. 8-9). Logo, a vertente principialista abrange as teorias retributivistas, enquanto a óptica consequencialista atina às teorias preventivas.

O filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804) é um dos expoentes das *teorias absolutas*. Partidário do princípio do talião, para ele, a pena correspondia a um imperativo categórico⁴. Se a pena ostentasse finalidade preventiva, ela terminaria por utilizar o homem como um mero instrumento para fins alheios, violando, assim, a dignidade humana do agente criminoso. Por isso, a pena não deveria ser aplicada simplesmente como uma forma de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade. Deveria “ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas” (KANT, 2003, p.174-175). Daí exsurge o célebre exemplo de Kant (2003, p.176): mesmo que todos os habitantes de uma hipotética ilha decidissem separar-se e dispersar-se pelo mundo, o último assassino restante na prisão deveria, antes, ser executado, sob pena de os cidadãos serem considerados como colaboradores dessa violação pública da justiça. Apenas o imperativo categórico pode justificar o cumprimento da pena desse último prisioneiro, já que, se a sociedade se dissipará, a execução dessa pena não trará qualquer benefício à dita sociedade.⁵ Nessa linha, está presente em Kant uma *retribuição ética*,

4 Enquanto, no imperativo categórico, o comando é incondicional (exemplo: Sê bom!), no imperativo hipotético, o “comando emitido se condiciona, na qualidade de meio, a um certo fim a ser atingido ou atingível (exemplo: Estuda assiduamente, se desejas obter um futuro melhor!)”. (KANT, 2003, p. 32).

5 Luís Greco (2012), partidário de que o direito penal deve incidir apenas quando há a lesão a algum bem jurídico, realizou profunda reflexão sobre esse exemplo da “ilha de Kant”. Ao final, ele conclui que a rejeição ao retributivismo deve ser rejeitada por dois argumentos: a assimetria qualitativa entre a não punição do culpado e a punição do inocente (argumento de assimetria); e tensão existente entre a tese que permite punir sem qualquer ganho e a exigência de que o crime deve consistir em uma afetação de bem jurídico (argumento de coerência).

conforme observa Ferrajoli (2014, p.237).

Ainda na senda das teorias absolutas, surge a teoria de Georg Wilhelm Friederich Hegel (1770-1831), mas enquanto *retribuição jurídica*. (FERRAJOLI, 2014, p. 237). Segundo esta, a pena é uma segunda violência, autorizada, praticada pelo Estado para anular a primeira violência, não autorizada, praticada pelo agente quando incorreu no crime. (HEGEL, 1997, p.84). O direito penal, portanto, teria a função de “restabelecimento do Direito que o delinquente desautorizou” quando praticou o crime, destacando-se que a “pena deve ter para a sociedade que castiga um valor simbólico equivalente ao delito” (tradução nossa). (FEIJOO, 2014, p.32).

Segundo Bernardo Feijoo (2014, p.34), o principal problema da teoria de Hegel consiste na identificação entre o Estado e o racional. A racionalidade individual fica indissolúvelmente vinculada à coletividade, a qual representa a racionalidade do Estado. Contudo, essa carga ideológica afigura-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

De qualquer sorte, mais abaixo, quando for abordada a teoria sistêmica de Jakobs, apontar-se-á a influência que Hegel teve sobre ela e, por conseguinte, sobre o funcionalismo sistêmico.

Não obstante, as teorias absolutas são flagrantemente inadequadas. Roxin apresenta três objeções em relação a elas. Em primeiro lugar, elas não fundamentam a necessidade da pena. Mais especificamente, elas não identificam por que o crime praticado não pode ser compensado por outras medidas que não a pena. Em segundo lugar, elas não permitem a demonstração empírica da culpabilidade do agente. Em terceiro lugar, elas não explicam como uma pena (mal posterior) pode realmente compensar o crime (mal anterior). (ROXIN, 1998, p. 17-20).

Em razão da insuficiência das teorias absolutas e da incompatibilidade da retribuição como finalidade única da pena com o Estado Democrático de Direito, surgiram as *teorias relativas*. Cesare Beccaria (1738-1794), adepto da teoria do contrato social como origem do Estado, assevera, na sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas”, que a necessidade decorrente do estado de barbárie obrigou os homens a ceder uma parte de sua liberdade em favor do Estado; resulta então que cada indivíduo consente em pôr nesse depósito comum (Estado) a menor porção possível de liberdade. E justamente “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir”. (BECCARIA, 2017, p. 17).

Ao longo da sua obra, Beccaria confere muita ênfase à *prevenção geral negativa* (intimidação dos cidadãos) a ser exercida pela pena. Contudo, ele também sustenta, embora de forma incipiente, a prevenção especial: “Os castigos têm por fim único impedir que o culpado cause futuramente novos danos à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”. (BECCARIA, 2017, p. 53).

Nada obstante, é com o Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1883) que a prevenção geral negativa se desenvolveu significativamente. Radbruch (1997, p. 314) escreve que, para Feuerbach, o fundamento do direito de punir residia numa espécie de contrato tacitamente aceito pelo criminoso: quem pratica um delito no pleno conhecimento de que lhe corresponde na lei uma certa penalidade aceita esta; portanto, a pena pode ser aplicada ao agente com o mesmo direito com que se pode exigir de alguém o cumprimento de uma obrigação resultante de um contrato que tenha celebrado.

Quanto à função do direito penal especificamente, Feuerbach, segundo Jakobs (2006, p. 120), elaborou a *teoria da coação psicológica*: a existência de uma ameaça penal suficientemente elevada somada à ausência de dúvidas por parte do agente de que essa ameaça será cumprida caso ele delinqua desmotiva esse agente à prática do crime. Todavia, como Jakobs observa (2006, p. 115), essa teoria não é puramente preventiva, já que a execução efetiva da pena, diferentemente da sua cominação (ameaça), diz respeito puramente à retribuição, alheia aos seus fins. Aliás, essa divisão entre cominação e execução da pena imuniza a teoria de Feuerbach da crítica de Kant quanto à utilização do homem como instrumento para fins alheios, pois a mera cominação da ameaça penal não utiliza

nenhum indivíduo concreto para os fins da intimidação de terceiros.

Contudo, a prevenção geral negativa não está indene de críticas. As principais objeções contra ela vão sintetizadas por Feijoo (2014, p. 40-57). A prevenção geral negativa parte do pressuposto de que todos os cidadãos são potenciais criminosos, em vez de fiéis cumpridores da lei. Inexiste base empírica que comprove a eficácia da ameaça contida no tipo penal para evitar a prática do crime.⁶ Ela parte do pressuposto da figura do *homo economicus*, que calcula, racionalmente, custos, riscos e benefícios para a prática do crime; todavia, essa não é a realidade do agente criminoso, principalmente no caso de crimes violentos. Segundo a lógica da prevenção geral negativa, os crimes menos graves, que são mais habituais do que os crimes mais graves, principalmente quando observadas as cifras ocultas, deveriam ser punidos de forma mais intensa. Em leitura própria, observa-se, outrossim, a possibilidade do aumento desproporcional da pena para a finalidade exclusiva de intimidação geral.

Já as teorias da *prevenção especial, negativa ou positiva*, têm por denominador comum a “ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes”. (DIAS, 1999, p. 102). Essa prevenção pode ocorrer mediante a (res)socialização do criminoso (prevenção especial positiva) ou mediante a sua inocuização temporária ou permanente (prevenção especial negativa).

Franz Von Lizst (1851-1919) é um expoente aqui, a ele se deve o “influxo mais poderoso em favor da generalização dos pontos de vista da prevenção especial” (tradução nossa). (MIR PUIG, 2011, p.44). Se bem que ele reconhecesse a prevenção geral negativa exercida pela cominação da pena, é na execução desta que a “pena desenvolve toda a sua força peculiar”. A execução penal atua tanto sobre os membros da coletividade, tendo em vista a sua capacidade de intimidação e de manutenção do direito, pois “firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos”, como sobre a vítima, ao proporcionar-lhe uma satisfação no sentido de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa à punição. Não obstante, a execução penal incide “especialmente sobre o delinqüente mesmo”, exercendo os seguintes efeitos: a) converter o delinqüente em um membro útil à sociedade, mediante a *intimidação* do indivíduo que ainda não necessita de correção ou mediante a *emenda* daquele que precisa de correção (prevenção especial positiva); b) *inocuar*, temporária ou perpetuamente, o indivíduo incorrigível, ou seja, aquele que se tornou inútil à sociedade (prevenção especial negativa). (LISZT, 2006, p.98-100).

São variadas as críticas à prevenção especial. Esta promove um verdadeiro *direito penal do autor* no lugar do *direito penal do fato*, o que afeta de maneira sensivelmente negativa a culpabilidade, a qual deixa de focar a reprovabilidade da conduta praticada para se concentrar nas características pessoais do agente. Ao pretender incutir no agente criminoso determinados valores de conteúdo moral, a teoria em questão termina por violar a dignidade humana traduzida na autonomia de cada pessoa. Da prevenção especial também exsurge, como observa Figueiredo Dias (1999, p. 105-106), o risco de o direito penal ter uma finalidade terapêutica, ou seja, de tratamento médico do criminoso. Baratta (2016, p.8), em crítica que está em sintonia com a realidade penitenciária brasileira, argumenta pela impossibilidade estrutural de uma instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social. Outra objeção irrespondível é tecida por Roxin (1998, p.21-22): se não houver risco de o agente repetir a conduta criminosa, a pena é desnecessária. O exemplo trazido à tona atina aos assassinos dos campos de concentração nazistas. Vários deles mataram por motivos sádicos e por simples prazer. Apesar disso, terminada a Segunda Guerra Mundial, essas pessoas “vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portando de ‘ressocialização’

⁶ Esta mesma crítica é apresentada por outros autores, a exemplo de Teixeira (2015, p.77) e Roxin (1998, p.24).

alguma; nem tão-pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos”.⁷

Por sua vez, as teorias da *prevenção geral positiva* são partidárias de uma estratégia em que se previne a comissão de crimes influenciando psicologicamente os cidadãos, não mediante o temor, senão estabilizando, mantendo ou fortalecendo sua consciência de rechaço à ilicitude ou de fidelidade às normas. (FEIJOO, 2014, p. 84). Obtém-se uma afirmação positiva do Direito: a afirmação das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma, de uma atitude de respeito pelo Direito. (MIR PUIG, 2011, p. 41). Em outras palavras, o direito penal, que é aplicado por intermédio do processo penal, é utilizado para demonstrar aos cidadãos que a norma, a despeito da sua violação pelo crime praticado, continua vigente. Assim, verifica-se que os destinatários da prevenção geral positiva não são mais os potenciais criminosos contidos na população, mas os cidadãos cumpridores das leis.

Adriano Teixeira (2015, p. 75) anota que, “[n]o moderno debate sobre os fundamentos do direito estatal de punir, a teoria da prevenção geral positiva tem reunido o maior número de apoiadores, sobretudo na literatura alemã.”

O expoente da vertente mais pura da prevenção geral positiva é Günther Jakobs, representante do funcionalismo sistêmico. Contudo, antes de se passar ao seu exame, é necessária, dados os objetivos do presente trabalho, a abordagem do pensamento de Claus Roxin.

No campo das teorias unificadoras, desponta o *funcionalismo teleológico* de Roxin. Para ele, o sistema penal deve preencher três requisitos fundamentais: clareza e ordem conceitual, referência à realidade e orientação às finalidades político-criminais. Principalmente com base nesse terceiro requisito, exsurge uma *unidade sistemática* entre a Política Criminal e o Direito Penal. (ROXIN, 2002, p. 51-53).

Nessa senda, Roxin (1998; 2002) propõe a *teoria unificadora dialética da pena*, na qual o direito penal, observado o seu caráter fragmentário, pune apenas condutas que agridem ou colocam em risco bens jurídicos⁸ e prestações estatais básicas. Para tanto, as categorias do delito devem ser sistematizadas segundo a sua função político-criminal: o tipo corresponde ao princípio da legalidade (*nullun crimen sine lege*); a ilicitude apresenta a função de solução de conflitos sociais; e a culpabilidade, afastada da exigibilidade de conduta diversa, atina à conveniência da aplicação da pena. (ROXIN, 2002, p. 58-59).

Além disso, para o cumprimento da finalidade do Direito Penal, a pena deve ser analisada em três fases: cominação legal, aplicação e execução. Em cada um desses estágios, a pena exerce funções político-criminais diferenciadas.⁹ Na fase da cominação, a pena tem a função de proteção de prevenção geral [negativa] e subsidiária de bens jurídicos e prestações estatais; na fase da aplicação, a função da pena é a de prevenção geral [positiva]¹⁰; na fase da sua execução, a pena tem a função exclusiva de ressocialização [prevenção especial positiva]. (ROXIN, 1998, p. 31-41).

Constata-se que a função político-criminal da fase de aplicação da pena – prevenção geral

7 Este mesmo exemplo de desnecessidade de pena para crime grave é apresentado por Mir Puig (2011, p. 46).

8 Roxin define bens jurídicos como aqueles pressupostos imprescindíveis para a existência em comum que um grupo humano, em cada situação histórica e social, define, como a vida, a integridade física etc. (ROXIN, 1998, p.27).

9 Por isso, a teoria de Roxin é classificada como unificadora dialética, e não simplesmente unificadora aditiva. Sob este último rótulo, estão as teorias que apenas aglutinam todas as funções da pena. A mera adição das funções da pena é rechaçada por Roxin porque isso “aumentaria o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização”. (ROXIN, 1998, p.26). Para Jakobs (2008, p.34), essas teorias são verdadeiros “cajones de saetre”, ou seja, conjunto de coisas diversas e desordenadas.

10 “Trata-se de uma razão de prevenção geral, embora certamente não se possa entender aqui este conceito no sentido de mera intimidação, devendo acrescentar-se-lhe a significação mais ampla de salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade”. (ROXIN, 1998, p.33).

positiva – exige que o Processo Penal permita ao Direito Penal demonstrar à sociedade que a norma jurídica violada pelo criminoso permanece vigente.

Embora a teoria de Roxin permita a justificação da execução provisória da pena no tribunal do júri, o pensamento de Jakobs apresenta-se mais objetivo e prático para essa finalidade.

O *funcionalismo sistêmico* é sintetizado pelo próprio Jakobs (1996, p. 11), no prólogo do seu livro “Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”:

A pena não repara bens, senão confirma a identidade normativa da sociedade. Por isso, o Direito Penal não pode reagir frente a um fato enquanto lesão de um bem jurídico, senão apenas frente a um fato enquanto violação da norma. A violação da norma, por sua vez, não é um acontecimento natural entre seres humanos, senão um processo de comunicação, de expressão de sentido entre pessoas. (tradução nossa).

Desse excerto percebe-se a influência de Hegel e, sobremaneira, de Luhmann sobre Jakobs. Como visto, Hegel justifica a retribuição da pena para restabelecer o direito que fora violado pelo agente quando este praticou o crime. Jakobs, embora afastando-se do caráter retributivo, sustenta a mesma finalidade de Hegel: manutenção da identidade normativa da sociedade, a qual equivale ao restabelecimento do direito.

Já a influência da *teoria sistêmica de Luhmann* sobre Jakobs, reconhecida por este próprio (JAKOBS, 1996, p. 15-16) e por tradutores seus¹¹, merece um detalhamento a parte.

Para Luhmann (2016, p. 247-248), “a sociedade é o sistema que abrange e inclui todas as comunicações”. A comunicação, na teoria luhmanniana, é o modo pelo qual a sociedade limita a complexidade indeterminada e não-manipulável, reduzindo as possibilidades que podem ser realizadas na sociedade. (GARCÍA AMADO, 2004, p. 306). No exemplo de dois indivíduos encontrarem-se em pleno estado da natureza, a complexidade seria total, pois nenhum saberia o que esperar do outro, logo, qualquer acontecimento seria possível; então, a sociedade, constituída à base de comunicações, logra reduzir essa complexidade. (GARCÍA AMADO, 2000, p. 239).

A fim de diminuir a complexidade, a comunicação envolve as expectativas das pessoas. As expectativas podem ser cognitivas ou normativas. Naquelas, se a expectativa não se concretiza, há renúncia em relação a ela; nestas, se a expectativa não se realiza, ela segue mantida, apesar da frustração. (LUHMANN, 2016, p.177-178). Quanto à expectativa cognitiva, a sua frustração serve como fonte de conhecimento de uma nova expectativa, que substitui a anterior: se um dia se comprova que nem todos os corpos caem com a aceleração previsível com base na lei da gravidade, esta lei deverá ser substituída por outra que comporte as exceções. Ainda nesse exemplo, resultará estéril levar o corpo que não seguiu a lei da gravidade perante o Poder Judiciário para que ele cumpra essa lei! Diferentemente, no atinente à expectativa normativa, a expectativa fraudada não varia, senão se mantém e se reforça. Por exemplo, o fato de, eventualmente, algum motorista trafegar pelo sentido contrário da via não implica que se altere a obrigação de trafegar no sentido correto; nesse caso, mantém-se a expectativa original (todos os motoristas devem trafegar no sentido correto), e busca-se a recomposição da sua efetividade mediante a eliminação da infração. (GARCÍA AMADO, 2000, p. 240).

Se a sociedade é constituída por comunicações, resta claro que a violação de uma norma, que se destina à proteção de uma expectativa normativa, tem uma dimensão comunicativa: o violador comunica aos demais cidadãos que não reconhece a eficácia da norma violada. Nesse caso, a sociedade deve fazer prevalecer a expectativa normativa, a despeito da violação. Como

11 Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sanchez, na introdução, comentam que Jakobs importou aspectos da teoria da sociedade de Luhmann. (JAKOBS, 2006, p.17;21).

ela faz isso? Por intermédio do Direito, com a comunicação aos cidadãos de que a norma violada subsiste. Por isso, para Luhmann, a função do Direito consiste na “estabilização das expectativas contrafactuais” (LUHMANN, 2016, p. 265). É justamente contrafactual porque, apesar de o fato (crime) violar a expectativa, esta subsiste. No Direito Penal, essa comunicação visando à estabilização da expectativa é feita pela imposição de uma pena, no caso brasileiro, de privação de liberdade, de restrição de direitos ou de multa.

Apresentados, de forma sumária, os traços básicos da teoria sistêmica de Luhmann que importam para o presente trabalho, retorna-se ao *funcionalismo sistêmico*. A análise que será realizada colocará em evidência a influência de Luhmann sobre Jakobs.

Para Jakobs (1996, p. 17-19), sob uma compreensão comunicativa, o crime é entendido como uma afirmação que contradiz a norma, enquanto a pena é entendida como resposta que confirma a norma. A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer, por sua vez, a contradição levada a cabo pelo criminoso das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal restabelece, no plano da comunicação, a vigência perturbada da norma, cada vez que enceta seriamente um procedimento como consequência da infração da norma provocada pelo crime. Jakobs (1996, p. 28) assevera que a pena “contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, porém a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” (tradução nossa).

Sobre essa base, desenvolvendo a sua teoria, Jakobs (2003, p. 48) apresenta a função do direito penal como de proteção da vigência da norma: “o crime significa uma rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião; ao mesmo tempo, mediante a dor que aquela inflige, elimina-se o risco de uma erosão geral da vigência da norma: isto se chama prevenção geral positiva” (tradução nossa). Jakobs (2003, p. 49-50) também resgata o conceito de expectativa normativa para fundamentar o Direito Penal. No mundo social, como as pessoas acham-se vinculadas por intermédio de normas, a elas se dirige também a expectativa de que a sua conduta será conforme a norma; essa expectativa normativa, em caso de defraudação, não é abandonada, mas se mantém, focando a conduta errônea do infrator da norma como a causa decisiva da defraudação.

Aprimorando a sua teoria, também como forma de manutenção da vigência da norma, Jakobs (2008, p. 98-99) atrela à prevenção geral positiva a cimentação cognitiva (*cimentación cognitiva*). Toda norma requer uma cimentação cognitiva para cumprir a sua função de orientação [estabilização de expectativas]. O criminoso danifica essa cimentação quando pratica um crime. Por isso, ele deve reparar o dano entregando uma certa quantidade de bens seus (liberdade ou dinheiro). Assim, a sua decisão de cometer o crime aparece posteriormente como incompreensível, segundo um juízo dos cidadãos em geral.

Em novo aprofundamento da sua teoria funcionalista, Jakobs coloca repisa que o Direito Penal objetiva a manutenção da vigência da norma colocada em perigo pela prática do crime. Ocorre que essa proteção é apenas mediatizada pelo bem jurídico, o qual passa a ser somente motivo para a norma (JAKOBS, 2018, p. 47). No prefácio de uma das suas mais recentes obras, Jakobs elucida o seguinte:

Por exemplo, o funcionamento adequado de um hospital produz condições de existência para o bem “saúde”, do mesmo modo que um juiz por meio de um processo penal que tramita de forma juridicamente adequada no caso de uma lesão corporal. Mas a prestação ocorre sempre no próprio contexto, e no caso mencionado do hospital esta consiste na manipulação direta do corpo do paciente, já o processo penal, ao contrário, alcança o corpo da vítima em potencial somente intermediado pela estabilização da vigência da norma. Somente por meio desta intermediação a pena pode ser útil à saúde, e, por isso, o ponto de partida direto da pena, isto é o verdadeiro bem jurídico penal, é a vigência da norma, que – e isto é absolutamente evidente – deve ser determinada segundo pressupostos jurídico-

políticos enquanto norma estatal de uma sociedade liberal, o que não difere no caso do paradigma da proteção de bens jurídicos (grifo do autor) (JAKOBS, 2018, prefácio).

Jesús María Silva Sánchez aproxima-se dessa concepção de Jakobs. Na sua visão, o Direito Penal protege simultaneamente a vigência das normas que atribuem juridicidade ao bem e vice-versa. Proteger bens jurídicos equivale a proteger a juridicidade de determinado bem. Como se protege a juridicidade dos bens jurídicos? A resposta não pode ser muito distinta desta: protegendo a vigência das normas que os fazem jurídicos, reconhecendo-os e atribuindo a eles tal condição (SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. LIX; LX).

Para Jakobs, o direito penal exerce, por excelência, a função de reafirmação da vigência da norma. Por isso, Jakobs foi classificado, no presente trabalho, como um exemplo puro da prevenção geral positiva. Roxin, atrelado ao funcionalismo teleológico, não pode ser classificado sob esse rótulo porque ele defende outras funções para o Direito Penal, além da prevenção geral positiva. Essa diferença foi bem captada por Francisco Muñoz Conde (2004, p. 236): para Roxin, o fim do Direito Penal cuida de consequências político-criminais, ou seja, fins de prevenção geral e especial; para Jakobs, o fim do Direito Penal consiste na prevenção geral positiva, ou seja, a estabilização normativa e o exercício da confiança normativa.

Não obstante, Jakobs reconhece a possibilidade de o direito penal exercer a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa, mas apenas de *forma secundária*, ou seja, *acessória*: a pena também é uma modalidade cognitiva de processamento, já que intimida o próprio autor e potenciais futuros autores, de modo que se pode supor que não haverá mais crimes. Essas reflexões e outras similares também influem na pena estatal, mas não constituem seu princípio. Por isso, a principal função do Direito Penal consiste na reafirmação da vigência da norma aos cidadãos. (JAKOBS, 2003, p. 50).

A prevenção geral positiva igualmente enfrenta críticas. Baratta (1993, p. 50-51) aduz que o direito penal termina por exercer uma função apenas simbólica, a qual, tentando compensar simbolicamente um ato de violência já realizado, é insuficiente para a defesa dos direitos humanos. O contraponto é apresentado por Meliá (2004, p. 125-126, 134), que sustenta a verdadeira necessidade de o Direito Penal recorrer a instrumentos simbólicos. É incorreto o discurso do Direito Penal simbólico como um fenômeno negativo; “os fenômenos simbólicos formam parte de modo necessário do Direito Penal” (tradução nossa). Ainda segundo Meliá, o caráter simbólico está presente inclusive na crítica do *labelling approach*, pois o crime não é uma realidade preexistente, mas um processo de interação simbólica. Além disso, o caráter simbólico do Direito Penal indica a especial importância outorgada pelo legislador à questão regulamentada pela lei.

Adriano Teixeira (2015, p. 75) aponta o problema ético da prevenção geral positiva em um estado liberal: um Estado de Direito liberal “não pode desempenhar uma função pedagógica através da força, por meio da coação. O que pretende a teoria da prevenção geral positiva é algo inaceitável na tradição do liberalismo, em face da necessária separação entre os terrenos do direito e da moral”. A crítica, todavia, não se sustenta. Para o funcionalismo sistêmico, o Estado não tenta incutir determinados valores morais nos cidadãos, mas apenas demonstrar para eles que, apesar de prática do crime que implica uma contradição à norma, esta subsiste. Aliás, justamente por isso, o conceito funcional de culpabilidade não diz respeito à exigibilidade de conduta diversa. Com efeito, na teoria de Jakobs (2006, p. 113), a “culpabilidade apresenta-se como a necessidade de estabilizar, mediante a pena, a vigência do ordenamento jurídico, sendo a medida da pena a necessária para a estabilização (não para a melhora)” (tradução nossa). Por consequência, em leitura própria, desimporta, no contexto do funcionalismo sistêmico, se o cidadão deixa de cometer o crime por medo da norma penal ou por concordar com o seu conteúdo; importa, apenas, que não pratique o crime. Nessa hipótese, se o crime não for praticado, independentemente do motivo, o Direito Penal terá cumprido a sua função.

Vistas algumas críticas, apresentam-se agora vantagens da prevenção geral positiva. Tendo em mira a função de confirmar as normas que tenham sido violadas, reforçando a confiança geral nelas, a prevenção geral positiva dispensa a comprovação empírica dessa consequência. (BACIGALUPO, 2005, p. 30). Essa crítica da necessidade de verificação empírica acerca do cumprimento das funções do Direito Penal acomete as demais teorias da pena.

Já Mir Puig (2011, p. 41-42) assenta a compatibilidade da prevenção geral positiva com o Estado Democrático de Direito: a prevenção geral positiva é uma forma de limitar a tendência da prevenção geral puramente intimidatória cair num terror penal pela via de uma progressiva agravação da ameaça penal. É o caminho correto em um modelo de Estado como o escolhido na Constituição.

Uma vez expostos os traços gerais sobre a teoria de Jakobs, ela pode ser resumida da seguinte maneira, no pertinente ao objeto deste trabalho: as normas, entendidas como expectativas normativas, contrafáticas, configuram a estrutura da ordem social. O crime é, essencialmente, defraudação de expectativas, e a pena tem o significado de manutenção dessas expectativas, é dizer, em termos jurídicos, a vigência da norma. A imposição da pena é a forma que tem o sistema social de processar as defraudações a custas do infrator. Junto a essa função de estabilização, o mal que se impõe com a pena deriva do seu fim de prevenção geral: assegurar a probabilidade de seguimento da norma. (JAKOBS, 2008, p. 18-19).

Até o presente momento, analisou-se a evolução das teorias do Direito Penal. Inicialmente, o Direito Penal pena visava apenas à retribuição (teorias retributivas). Após, passou a ser utilizado como meio de inocuidade do agente criminoso (prevenção especial negativa) e como instrumento de ressocialização desse mesmo agente (prevenção especial positiva). Em prosseguimento, o Direito Penal passou a ser ferramenta de reafirmação da vigência da norma (prevenção geral positiva).

Na próxima seção, busca-se demonstrar como o funcionalismo sistêmico justifica a execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI COMO DEMONSTRAÇÃO AOS CIDADÃOS DA VIGÊNCIA DA NORMA VIOLADA PELO AGENTE CRIMINOSO

O tribunal do júri, no ordenamento jurídico brasileiro, tem competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Tipificados no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal (CP) – Decreto-Lei n. 2.848/1940, esses crimes são o homicídio; o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio; e o aborto.

A vida é um valor absoluto no Estado de Direito. Sem ela, desimportam os demais direitos. Tanto um direito pessoal, a exemplo da integridade física, quanto um direito patrimonial, a exemplo da propriedade, não têm sentido se a vida não é assegurada. Daqui, sobressai-se a importância da legislação penal e extrapenal que resulta na proteção da vida.

Na seção acima, viu-se que o Direito Penal necessita do Processo Penal para realizar a sua função. É justamente o Direito Penal que, por intermédio do *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF), permite que o Estado absolva ou condene o agente a que se imputou a prática de um crime, doloso ou culposos.

Em relação às ultrapassadas *teorias retributivistas* da pena, as quais não dotam a pena de objetivos utilitaristas, a execução provisória da sanção criminal, no âmbito do tribunal do júri, não tem justificativa. Se o que importa é apenas a retribuição do mal causado pelo agente criminoso, pode-se esperar pelo trânsito em julgado da condenação, independentemente do tempo que demore, para então executar a sanção.

Sob a óptica da *prevenção geral negativa*, cujo objetivo consiste na intimidação dos potenciais criminosos mediante a pena, a execução provisória, no júri, até poderia encontrar justificativa. Afinal, se

o objetivo é causar medo na população no sentido de que os cidadãos não cometam crimes porque, se o fizerem, serão punidos, o expedito cumprimento da pena é necessário. De pouco adiantaria, para incutir medo na população, aplicar a pena somente vários anos depois da prática do crime. Nesse ínterim, a comunidade local onde ocorreu o crime alterar-se-á, os moradores mudar-se-ão, alguns deixarão de existir, enquanto outros nascerão. Se a punição do agente criminoso ocorrer anos depois, esses cidadãos sequer o motivo concreto da pena conhecerão. Dessa forma, não terão o menor motivo para se sentirem intimidados.

Todavia, não há como se afastar a crítica kantiana da prevenção geral negativa. Simplesmente, os potenciais criminosos não são responsáveis do agente criminoso. Vale dizer: o fato de pessoas, no futuro, cometerem crimes, não tem pertinência ao agente criminoso que recebeu uma pena por um crime praticado no passado. Por isso, não se justifica a utilização do agente criminoso como um simples instrumento para, mediante a sua punição pelo passado, incutir medo em potenciais criminosos para que estes não cometam crimes no futuro. Admitir-se tal raciocínio implica evidente violação à dignidade humana do agente criminoso, nos termos da observação de Kant.

Sob o prisma da *prevenção especial negativa*, que busca, simplesmente, a inocuização temporária ou permanente do agente criminoso, a execução provisória da pena igualmente carece de justificativa. De pronto, destaca-se que a inocuização permanente do criminoso é defesa no Brasil, com base no art. 5º, XLVII, *b*, da CF. Resta apenas examinar a inocuização temporária. Para a sociedade ver-se “livre” do agente criminoso, enquanto este cumpre a sua pena, tanto faz se a sanção será cumprida pouco ou muito tempo depois do crime; importa apenas que, enquanto estiver segregado, o agente criminoso não será fonte de risco à sociedade.

Também existe dificuldade, quiçá impossibilidade, para justificar a execução provisória da pena, no âmbito do tribunal do júri, em relação à *prevenção especial positiva*. É intransponível o óbice da incompatibilidade estrutural já referida entre uma pena criminal e o objetivo de ressocialização, sobretudo ante a realidade do sistema penitenciário brasileiro. Tampouco se logra evitar que a pena, por assumir um caráter terapêutico, possa ter caráter indeterminado. E, mesmo que fosse possível superar esses obstáculos, o cumprimento antecipado (em caráter provisório) ou tardio (em caráter definitivo) da pena teria a mesma capacidade para ressocializar o agente criminoso.

Diversa é a sorte da execução provisória da pena, na seara do júri, quando se cuida da *prevenção geral positiva*. O intento desta consiste na demonstração aos cidadãos fiéis ao Direito da vigência da norma violada pelo agente criminoso, quando este incorreu no crime. Com efeito, o Estado, mediante a execução da pena, *comunica* aos cidadãos que lei continua vigente. Especificamente no júri, o Direito Penal, mediante a aplicação da pena, “cresce na estrutura cultural de um povo, como regulador de condutas socialmente adequadas, *fortalecendo a fidelidade dos cidadãos às normas*” (destaque nosso). (OLIVEIRA, 1999, p. 100).

As características do júri tornam-no o palco adequado para o Estado realizar essa comunicação. Trata-se de um procedimento cujo julgamento originário já é colegiado. Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição já é respeitado, tendo em vista que ele, conforme analisado em Fischer (2009, p. 16), assegura apenas um julgamento por órgão colegiado, seja originariamente, seja em grau recursal. O objetivo consiste em evitar os riscos de injustiças decorrentes de decisão exarada por um juízo monocrático, que, justamente por decidir sozinho, estaria sujeito a uma probabilidade maior de cometimento de erros.

Ademais, o júri envolve um procedimento que assegura a defesa plena ao réu. Admitem-se, em favor do réu, todas as estratégias que, tendo respaldo no sistema normativo, possam favorecer a defesa. Em nome desse princípio, por exemplo, embora agindo com demasia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), outrora, chegou a admitir a inovação, por parte da defesa, na tréplica (BRASIL, 2009): “Vem o júri pautado pela plenitude de defesa (Constituição, art. 5º, XXXVIII e LV). É-lhe, pois, lícito ouvir,

na tréplica, tese diversa da que a defesa vem sustentando”.¹²

Também, a fase do *judicium accusationis*, ao examinar a viabilidade mínima do prosseguimento da denúncia, garante que o réu não enfrentará um julgamento sobre uma acusação em relação a qual inexistente um suporte mínimo probatório.

Com efeito, a qualidade do procedimento do júri decorrente dessas características permite que o Estado utilize o júri para, imediatamente após a condenação pelo conselho de sentença, comunicar validamente à sociedade a vigência da norma.

Sobre o processo comunicativo na teoria de Luhmann, Machado (2012, p. 80) observa a distinção existente entre informação, expressão e compreensão: “A informação é o que se quer comunicar. A segunda seleção é expressar ou não. A compreensão é a terceira seleção.” No caso do direito penal, a eficiência da comunicação, mais do que a sua efetividade, restará comprometida se o Estado, enquanto sociedade, demorar ou tardar em expressar a informação que pretende passar aos cidadãos. Vale dizer: se a pena, enquanto expressão da informação (sobre a vigência da norma) que o Estado pretende transmitir para a compreensão do destinatário, for aplicada temporalmente distante da violação da norma levada a cabo pelo crime, o processo comunicativo restará comprometido. Essa mora na aplicação da pena compromete tanto a expressão quanto, fundamentalmente, a compreensão da informação que se pretende transmitir.

O atraso na comunicação (expressão) também implica falha na compreensão da informação. Refere-se aqui aos casos em que, a despeito da suficiência probatória sobre a materialidade e a autoria, o julgamento pelo júri é anulado, muito tempo depois; no novo julgamento, sobrevém a absolvição do réu, motivada unicamente no transcurso do tempo entre o crime e o julgamento. Quem milita na área do júri, sobretudo nas comarcas do interior do Brasil, percebe, com facilidade, que a probabilidade de condenação do réu é sensivelmente reduzida no caso em exame, ou seja, quando a segunda sessão do júri ocorre muitos anos depois da primeira e/ou do crime. Isso não em razão da insuficiência de provas, mas porque, com o passar do tempo, a comunidade tende a esquecer o crime praticado e não percebe mais qualquer utilidade na condenação do réu por um fato praticado num passado distante. Essa probabilidade é mais reduzida ainda quando os familiares da vítima se mudam (em razão do trauma causado pela violência que resultou na morte do ente querido) do local do crime e quando, na sessão do júri, comparecem apenas os familiares do réu que lançam os seus olhares de súplica e misericórdia em direção aos jurados, estes, no mais das vezes, pessoas conhecidas por aqueles. Para terminar o quadro, a probabilidade de condenação é praticamente nula quando o crime doloso pela vida é um fato isolado na vida do réu. Nessa hipótese, os jurados, de forma equivocada, amparados pela soberania e sigilo dos seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, b e c, da CF), não enxergam qualquer justificativa para a pena.

Uma demonstração empírica de que o mero passar do tempo, por si só, implica uma chance maior de absolvição, já na primeira sessão de julgamento do júri, foi evidenciada em estudo estatístico sobre julgamentos do tribunal do júri:

Ademais, a partir do modelo de regressão logístico, é possível observar que a chance do réu ser condenado quando a primeira sessão do Júri ocorre com 4 anos ou mais nos tribunais do Mato Grosso, da Paraíba e do Rio Grande do Sul é menor do que um terço da probabilidade dele ser condenado quando a sessão ocorre com menos de um ano da data de ingresso do processo. Já no Acre/Amapá/Roraima e Minas Gerais, a chance de condenação quando a primeira sessão ocorre em tempo superior a 8 anos é, respectivamente, 43% e 36% menor do que quando designada em um ano. Com relação às faixas de tempo de 1 a 4 anos, apenas o grupo da região

¹² Atualmente, o STJ reconhece que a inovação na tréplica é defesa por, ao colher de surpresa o Ministério Público, ferir o contraditório e o devido processo legal, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1390669/DF.

Norte apresentou correlação significativa, sendo a probabilidade de condenação inferior a 60% em comparação com os júris designados em período inferior a 1 ano.

[...]

Os processos que resultaram em condenação tramitaram mais rapidamente do que aqueles em que houve absolvição.

Quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do tribunal do Júri ultrapassa 8 anos aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu. (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017, p. 18, 23)

Verifica-se, dessa sorte, que um aspecto da teoria da pena (função da pena) e, por conseguinte, do Direito Penal, tem o condão de influenciar o Processo Penal. A necessidade de que a pena não seja executada temporalmente distante do fato criminoso, permitindo assim o cumprimento da função do Direito Penal, legitima a execução provisória da pena. É por intermédio do Processo Penal que, ao viabilizar a execução provisória da pena, o Direito Penal consegue comunicar, de forma eficiente e eficaz, a vigência da norma aos cidadãos.

A propósito, outro exemplo de influência da teoria da pena sobre o processo penal atina à fixação da competência territorial no tribunal do júri. Segundo o art. 70 do CPP, que acolheu a teoria do resultado, a “competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”. Mesmo para os crimes plurilocais, ou seja, naqueles em que a ação (conduta) ocorre em um lugar, mas o resultado sucede em outro, é este que fixará a competência territorial. Em se tratando de crime doloso contra a vida, o local da consumação equivale ao local onde ocorreu a morte da vítima. Pela literalidade do art. 70 do CPP, se a vítima é alvejada em uma cidade, onde ocorre toda a ação delitiva, mas termina por falecer em outra porque nesta procurou atendimento médico, é essa segunda cidade que fixará a competência territorial. Contudo, a jurisprudência admite, nesse caso, que a primeira cidade fixe a competência territorial do júri. Um dos fundamentos invocados pelo Superior Tribunal de Justiça para tanto, consoante o HC n. 196.458/SP, consiste na *exemplaridade* da eventual condenação. Como toda a ação delitiva ocorreu em uma cidade, e apenas o resultado (morte) verificou-se em outra, o local onde efetivamente ocorreu o abalo social é a primeira cidade. É nesta, aliás, que é premente a comunicação aos cidadãos de que a norma do art. 121 do CP continua vigente. Nesse caso, portanto, um aspecto da teoria da pena – a sua finalidade – influenciou na determinação da competência territorial – instituto de direito processual.

No mais, reforça-se que, no âmbito do júri, é essencial que a sociedade, representada pelo Estado, logre comunicar os cidadãos cumpridores do Direito que as normas que, do ponto de vista penal, tutelam o direito à vida continuam vigentes, a despeito da prática de crimes dolosos contra a vida. É necessário o constante reforço da confiança no Direito Penal, já que, segundo Durkheim (2007, p. 66-76), o crime é um fenômeno normal de toda estrutura social que, dentro de limites, até constitui um fator necessário e útil para o desenvolvimento e equilíbrio da sociedade. Todavia, se ultrapassado esse limite, o crime torna-se um fenômeno extremamente nocivo à sociedade.

4 CONCLUSÃO

A função do Direito Penal é indissociável da função da pena. É impossível analisar para serve o Direito Penal de forma isolada em relação ao papel que a pena exerce.

A sociedade, representada pelo Estado, somente pode aplicar o Direito Penal por intermédio do Processo Penal. A condenação ou a absolvição do agente a quem se imputa a prática de um crime somente pode ocorrer por intermédio do *due process of law*. E não há sentido em se falar de Processo Penal se não se destinar à aplicação do Direito Penal. Essa relação de dependência recíproca evidencia que o Processo Penal está sob os influxos do Direito Penal e, por conseguinte, da teoria da pena. Portanto, para a pena cumprir as suas funções, o Processo Penal, que é instrumento, deve ser talhado

para o cumprimento dessas funções.

Desde o Iluminismo, as teorias sobre a função do Direito Penal – e da pena também – evoluíram. Inicialmente, o Direito Penal pena visava apenas à retribuição do mal causado pelo agente quando da prática do crime (teorias retributivas). Após, passou a ser utilizado como meio de inocuidade do agente criminoso (prevenção especial negativa) e como instrumento de ressocialização desse mesmo agente (prevenção especial positiva). Em prosseguimento, o Direito Penal passou a ser ferramenta de reafirmação da vigência da norma (prevenção geral positiva).

Para Günther Jakobs, representante do funcionalismo sistêmico e exemplo puro da prevenção geral positiva, o agente criminoso, quando pratica o crime, comunica à sociedade que ele não reconhece a vigência da norma penal que violou. A sociedade, representada pelo Estado, por sua vez, necessita contradizer a comunicação efetuada pelo agente criminoso bem como comunicar aos cidadãos cumpridores da lei que a norma cuja vigência foi questionada pelo agente criminoso subsiste, ou seja, continua vigendo. Essa segunda comunicação é feita por intermédio da aplicação da pena ao agente criminoso.

Dessa forma, o processo penal deve ser moldado para permitir que o Direito Penal possa, por intermédio da pena, fazer a comunicação à sociedade sobre a vigência da norma arrostada pelo agente criminoso. Especificamente no âmbito do tribunal do júri, é a execução provisória da pena – instituto autorizado pelo Processo Penal – que permite a realização dessa segunda comunicação do Estado para a sociedade. A qualidade do procedimento do júri decorrente de características suas, a exemplo do julgamento originário já colegiado, da plena defesa e da existência da fase do *judicium accusationis*, torna-o o palco adequado para o Estado realizar essa comunicação.

No tribunal do júri, se a pena não for aplicada ao agente criminoso logo após a sua condenação pelo Conselho de Sentença, o processo comunicativo do Estado para a sociedade quanto à reafirmação da vigência da norma sofrerá prejuízo e não se realizará corretamente. Daí exsurtem a necessidade e a justificativa da execução provisória da pena.

Enfim, a execução provisória da pena, no tribunal do júri é necessária para demonstrar aos cidadãos que permanece vigente a norma que proíbe eliminar a vida de outrem.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 2, abr/mai/jun, 1993, p. 44-61.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Leme: Edijur, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas-cópus n. 61.615/MT. Sexta turma. Relator: Hamilton Carvalhido. Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601383708&dt_publicacao=09/03/2009>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas-cópus n. 196.458/SP. Sexta turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18850364&num_

registro=201100238046&data=20120208&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1390669/DF. Sexta turma. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 20 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301936488&dt_publicacao=26/06/2017>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-córpus n. 126.292/SP. Tribunal pleno. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas-córpus n. 118.770/SP. Primeira turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 07 de março de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 07 out. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, Universidad Nacional del Litoral, 2004, p. 121-147.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEIJOO, Bernardo. *La legitimidad de la pena estatal: un breve recorrido por las teorías de la pena*. Madri: lustel, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, Brasília, ano V, n. 25, jan-fev 2009.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmin. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2004, p. 301-344.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Dogmática penal sistêmica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*. Doxa. n. 23, 2000, p.233-264. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10249>>. Acesso em: 14 out. 2017.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (Org.). *Direito Penal como crítica da pena* (Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012). Madrid: Marcial Pons, 2012, p.263-279.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito (Org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. n. 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p.307-362.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. *El derecho penal como disciplina científica*. Tradução de Alex Van Weezel. Pamplona: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: Significado y finalidad*. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Madri: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Madri: Civitas, 1996.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba: português para juristas*. 8ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2005.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A constitucionalidade da execução provisória da pena no júri. *XXII Congresso Nacional do Ministério Público*. Belo Horizonte, 2017a. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amm.org.br/public/arquivos/teses/93.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. *Revista contribuciones a las ciencias sociales*, [S.l.], jul.-set. 2017b. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. *E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH*, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>>. Acesso em: 07 mar. 17.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. v. 1. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496219>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 45, p. 77-116, abr./jun. 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: lustel, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. (Org.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Tradução de Manuel Cancio Meliá et al. Valência: Tirant lo blanch, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. O tribunal do júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?w=diccionario>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Introducción. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Montevideo: B de F, 2012. p. XLVII-LXXIV.

STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo; SADEK, Maria Tereza Aina. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. *Revista CNJ*, Brasília, v. 2, p. 12-23, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/29cb341405668f2446c4d1650bc39e5f.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 27/04/2018

Aprovado em: 29/03/2019

Como citar este artigo (ABNT):

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.94-111, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.