

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

**CARLOS HENRIQUE MENEGHEL DE ALMEIDA**

**A REPRODUÇÃO DO PROGRAMA INQUISITIVO NA EXECUÇÃO  
PENAL**

**VITÓRIA  
2022**

**CARLOS HENRIQUE MENEGHEL DE ALMEIDA**

**A REPRODUÇÃO DO PROGRAMA INQUISITIVO NA EXECUÇÃO  
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Professora Doutora Fiammetta Bonfigli

Coorientador: Professor Doutor Clécio José Morandi de Assis Lemos

**VITÓRIA**

**2022**

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

A447r Almeida, Carlos Henrique Meneghel de, 1984-  
A reprodução do programa inquisitivo na execução penal /  
Carlos Henrique Meneghel de Almeida. - 2022.  
218 f.

Orientadora: Fiammetta Bonfigli.  
Coorientador: Clécio José Morandi de Assis Lemos.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Execução penal. 2. Sistemas sociais. 3. Processo penal. 4. Teoria dos sistemas. I. Bonfigli, Fiammetta. II. Lemos, Clécio José Morandi de Assis. III. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. IV. Título.

CDU: 340

---

**CARLOS HENRIQUE MENEGHEL DE ALMEIDA**

**A REPRODUÇÃO DO PROGRAMA INQUISITIVO NA EXECUÇÃO  
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovado em 11 de abril de 2022

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Fiammetta Bonfigli  
(Orientadora)**

---

**Prof. Dr. Clécio José Morandi de Assis  
Lemos  
Centro Universitário do Espírito Santo –  
UNESC (Coorientador)**

---

**Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Brunela Vieira de Vincenzi  
Universidade Federal do Espírito Santo  
(Membro interno)**

---

**Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho -  
Faculdade de Direito de Vitória - FDV  
(Membro Externo)**

A Carol e Raul, meus motores.

## AGRADECIMENTOS

Como lembra a letra da música *The Scientist* do Coldplay, ninguém disse que seria fácil, mas também ninguém disse que seria tão difícil. Quando decidi realizar o mestrado sabia das dificuldades que me esperavam, mas realmente não estavam nos meus planos o nascimento de um filho, uma depressão, a perda precoce de dois orientadores e uma pandemia. Com certeza, as forças que tive para chegar até aqui não dependeram somente de mim.

Não obstante, agradeço primeiro ao meu sistema psíquico, que me manteve firme no meu objetivo de finalizar esse caminho, mesmo com suas turbulências. Mesmo diante das complexidades do tema, dos percalços que envolviam não somente a minha vida acadêmica, mas pessoal, ele resistiu (com alguns danos) de pé.

Agradeço à minha esposa, companheira e amiga Carolina Nunes Prado. Mesmo sem entender um pinga do que discutia com ela (muitas vezes acredito que eu mesmo não entendia o que estava falando), se mantinha atenta, colaborativa, e, principalmente, do meu lado.

Agradeço ao meu filho Raul de Almeida Prado que nasceu juntamente com esse projeto (um mês depois de ter sido aprovado no processo seletivo), e me ensinou e ensina coisas que os livros não podem narrar e teorias não tem capacidade de explicar.

Agradeço aos meus pais Carlomar Silva Gomes de Almeida e Maria Luiza Meneghel de Almeida por terem me propiciado a base educacional e de valores que me trouxeram até aqui.

Agradeço ao Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima (*in memoriam*) que confiou em mim, e permitiu que eu ingressasse no curso de mestrado da UFES. Infelizmente, apesar dos meses como aluno especial da sua disciplina, não pudemos trabalhar mais intensamente. Entretanto consegui enxergar ali um modelo de profissional acadêmico, sempre dedicado à sua produção, com bases científicas sólidas.

Agradeço aos meus orientadores Prof<sup>a</sup> Dra. Fiammetta Bonfigli e Prof. Dr. Clécio José Morandi de Assis Lemos pela dedicação em me orientar, sempre com dica valiosíssimas para engrandecer o presente trabalho. Em especial, à Prof<sup>a</sup> Fiammetta, por ter me adotado em um momento de dificuldade para ambos, e por ter acreditado na minha capacidade.

Agradeço aos meus colegas de mestrado em nossas trocas diárias (mesmo durante a pandemia) de informações que poderiam amenizar as dificuldades de escrever uma dissertação em meio a um estado de calamidade pública. Em especial, dedico um agradecimento ao colega Daniel Ferreira de Melo Belchior que dividiu comigo boa parte dos obstáculos enfrentados.

Agradeço aos demais professores do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir, por terem entendido as dificuldades que os alunos enfrentaram em realizar suas pesquisas em um estado pandêmico, prorrogando os prazos, quando possível, fornecendo o tempo necessário à realização de trabalhos dignos dessa Universidade. Estendo o agradecimento aos funcionários da secretaria da PPGDir, que sempre nos deram todo apoio técnico e operacional para que esse caminho fosse percorrido.

Por fim, realizo um agradecimento especial ao Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (*in memoriam*). Assim como sua passagem nesse plano terreno, nossa relação foi curta, mas intensa. Pude de perto ver não só o excelente profissional, sempre dedicado à aplicação de um direito penal e processual penal mais justo e democrático, mas também uma pessoa que contribuía para que o ambiente de todos se tornasse melhor. O tema dessa dissertação nasceu de uma de suas aulas, sendo mantido como forma de manutenção de seu pensamento. Se nos tornamos imortais, pela perduração de nossos ideais, tento nessa dissertação manter a sua luta por um processo penal democrático vivo. Como sempre encerrava suas aulas, peço licença para parafraseá-lo: “Ide em paz Fabres, e que o senhor nos acompanhe”.

*Meu pensamento não está orientado para avaliar qual modelo é melhor, mas sim para buscar ver as diferentes alternativas, seus pressupostos e consequências. Essa forma de pensar determina o meu programa científico. O ponto de partida de meu sistema é uma consideração como a que segue: se alguém entende a sociedade de uma dada maneira, eu me interesso por ver, então, quais consequências derivam disso.*

*(Niklas Luhmann, Introdução à teoria dos sistemas)*

*Quem ordena a execução, não acende a fogueira (pai, rogai por nós).*

*(Pitty, Quem vai queimar?)*



## RESUMO

A execução criminal é povoada de operações que remetem às características do programa inquisitivo apontadas pela doutrina. Em contrapartida, afirma-se que a Constituição Federal encampou o programa acusatório, questionando-se como é possível que, apesar de tal opção constitucional, haja a reprodução do programa inquisitivo na execução penal. Como acusatório e inquisitivo são usualmente denominados sistemas processuais, a delimitação do conceito de sistema se mostra crucial. Pela Teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, a unidade sistêmica é obtida pela constante diferenciação do sistema com o ambiente, por intermédio de um código binário próprio e de seus programas de validade. Assim, os “sistemas” processuais não seriam propriamente sistemas, mas programas de decisão do sistema jurídico processual. Objetiva-se analisar os “sistemas” processuais penais sob a ótica da Teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e sua aplicação ao processo de execução penal brasileiro, explorando e demonstrando algumas das comunicações que conduzem à reprodução do programa inquisitivo. Para a teoria Luhmanniana, os Tribunais assumem uma posição central no sistema jurídico, pois por meio da decisão judicial o sistema jurídico delimita suas fronteiras e reafirma seu código. Portanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica explicativa, analisando-se as decisões dos Tribunais Superiores que demonstrem a reprodução do programa inquisitivo na execução penal. O programa inquisitivo se caracteriza pela negação aos princípios garantidores da imparcialidade judicial, quais sejam, da jurisdição, acusatório, presunção de inocência e contraditório. As Cortes superiores validam corriqueiramente a reprodução do programa inquisitivo na execução penal.

**Palavras-chave:** Sistemas processuais penais. Teoria dos sistemas sociais. Execução penal. Programa inquisitivo. Programa acusatório.

## **ABSTRACT**

Criminal execution is full of operations that refer to the characteristics of the inquisitorial program pointed out by criminal procedure scholars. On the other hand, it is established that the Federal Constitution adopted the accusatorial program, remaining in doubt how it is possible that, despite such a constitutional option, there is a reproduction of the inquisitorial program in criminal execution. As accusatory and inquisitorial are usually called procedural systems, the delimitation of the concept of system is crucial. According to Niklas Luhmann's Theory of social systems, systemic unity is obtained by constantly differentiating the system from the environment, through its own binary code and its validity programs. Thus, the procedural "systems" would not be properly systems, but decision programs of the procedural legal system. The objective is to analyze the criminal procedural "systems" from the perspective of Niklas Luhmann's Theory of social systems and its application to the Brazilian criminal execution procedure, exploring and demonstrating some of the communications that lead to the reproduction of the inquisitorial program. For the Luhmannian theory, the Courts assume a central position in the law system, because through the judicial decision the law system delimits its borders and reaffirms its code. Therefore, explanatory bibliographic research was carried out, analyzing the decisions of the Superior Courts that demonstrate the reproduction of the inquisitorial program in criminal execution procedure. The inquisitorial program is characterized by the denial of the principles that guarantee judicial impartiality, namely, jurisdiction, accusatory, presumption of innocence and adversarial. Superior Courts routinely validate the reproduction of the inquisitorial program in criminal execution procedure.

Keywords: Criminal procedural systems. Theory of social systems. Criminal execution procedure. Inquisitorial program. Accusatorial program.

## **LISTA DE ABREVIações**

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal ( Lei nº 7.210/1984)

PAD – Processo administrativo disciplinar

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 01 - OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS PENAIS COMO PROGRAMAS DO SISTEMA JURÍDICO AUTOPOIÉTICO</b> .....	<b>17</b>
1.1. A PREMISSE TEÓRICA .....	17
1.2. POR UM CONCEITO DISTINTO DE SISTEMA.....	20
1.3. DA COMPLEXIDADE E DA CONTINGÊNCIA À FORMAÇÃO DE ESTRUTURAS DE UM SISTEMA.....	24
1.4. O FECHAMENTO OPERATIVO E ABERTURA COGNITIVA .....	29
1.5. A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO.....	37
1.6. DECISÃO, PROCESSO E JUSTIÇA: OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS COMO PROGRAMAS DE PROCEDIMENTO.....	43
1.7. OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS PENAIS E A EXECUÇÃO PENAL .....	48
<b>CAPÍTULO 02 - OS PROGRAMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>56</b>
2.1. NOTAS PREAMBULARES .....	56
2.2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DICOTOMIA INQUISITÓRIO-ACUSATÓRIO .....	59
2.3. A HETEROGENEIDADE CONCEITUAL: OS SEIS NÍVEIS OU SENTIDOS CONCEITUAIS DOS PROGRAMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	72
2.2.1. <b>A dualidade como categorias históricas e sociológicas</b> .....	<b>75</b>
2.2.2. <b>Acusatório e inquisitório enquanto tipos-ideais</b> .....	<b>82</b>
2.2.3. <b>A busca pela verdade e os programas processuais como mecanismos ou subsistemas que cumprem certa função no processo penal</b>	
89	
2.2.4. <b>Um jogo de interesses ou finalidades contrapostas</b> .....	<b>93</b>
2.2.5. <b>A dicotomia no plano do dever ser: a normatividade dos sistemas processuais</b> .....	<b>98</b>
2.4. A EXECUÇÃO PENAL E OS PROGRAMAS PROCESSUAIS .....	104
<b>CAPÍTULO 03 – A REPRODUÇÃO DO PROGRAMA INQUISITIVO NA EXECUÇÃO PENAL</b> .....	<b>108</b>
3.1. O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA REPRODUÇÃO INQUISITIVA .....	108
3.2. O JUIZ EXECUTOR E A OFICIOSIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL .....	112

3.3. O SISTEMA DE PUNIÇÕES E RECOMPENSAS E O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL DE APURAÇÃO DE FALTAS GRAVES.....	124
3.4. A PRIMAZIA DA ORDEM E A INQUISITORIEDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	140
3.5. A REGRESSÃO DE REGIME FRENTE A SITUAÇÃO JURÍDICA DE INOCÊNCIA .....	147
3.6. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM EXECUÇÃO PENAL .....	157
<b>CAPÍTULO 4 - O HORIZONTE ACUSATÓRIO E A EXECUÇÃO PENAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>165</b>
4.1. A EVOLUÇÃO SISTÊMICA E A ADOÇÃO DO PROCESSO ACUSATÓRIO 165	
4.2. A IRRITAÇÃO POLÍTICA, O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO E O PROGRAMA ACUSATÓRIO .....	175
4.3. POR UMA EXECUÇÃO PENAL ACUSATÓRIA .....	186
<b>4.3.1. A delimitação dos papéis na execução penal e atuação imparcial do juiz</b>	<b>188</b>
<b>4.3.2. A adoção do processo judicial de julgamento da falta grave.....</b>	<b>190</b>
<b>4.3.3. A inconstitucionalidade evidente do RDD.....</b>	<b>193</b>
<b>4.3.4. O respeito ao estado de inocência e a regressão cautelar como medida excepcional .....</b>	<b>195</b>
<b>4.3.5. O dever de motivação das decisões em execução penal .....</b>	<b>197</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>202</b>

## INTRODUÇÃO

Rotineiramente replicam-se notícias e elementos que demonstram o total desrespeito aos direitos e garantias constitucionais na Execução Penal. Amplos poderes de atuação oficiosa do magistrado; procedimentos de apuração de faltas sem observância da ampla defesa e do contraditório; previsão legal de encarceramento diferenciado com a supressão de direitos por suspeita/imputação de indisciplina/desordem; aplicação de punições sem a devida decisão judicial ou de forma cautelar, sem a oitiva dos envolvidos, ao arpejo do princípio da presunção de inocência e do contraditório; decisões judiciais não fundamentadas e com a inobservância de um contraditório substancial, revestidas unicamente de caráter homologatório de práticas e decisões administrativas; entre outras violações.

Tais características remetem à análise e defesa das garantias processuais que de alguma forma resguardam a limitação do poder estatal e legitimam as decisões judiciais dentro do sistema jurídico. Essas servem para afiançar o poder legítimo estatal de punir, ao qual somente pode ser exercido por intermédio de um processo penal democrático. A execução penal, em sua vertente processual, também servirá para a efetivação dessas funções, demandando a análise dessas estruturas também no processo executivo.

Ao analisar as estruturas processuais, a doutrina aponta para a existência de uma dicotomia acusatório/inquisitório das estruturas processuais históricas e atuais. Entretanto tal discussão não dota de um consenso doutrinário acerca das características e elementos que compõem tais estruturas, muito em virtude de sua evolução histórica complexa. Apesar da controvérsia ao redor dos atributos de um ou outro sistema, há uma certa concordância sobre a centralidade do papel do juiz na opção por um dos sistemas, atribuindo-se à sua imparcialidade e a efetiva separação das funções de julgar, acusar e defender um certo consenso quanto à característica nuclear dos ditos sistemas.<sup>1</sup>

Para Coutinho e Lopes Jr, por exemplo, adotando uma visão kantiana de unidade sistêmica a partir de um princípio unificador, a gestão probatória nas mãos

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

do magistrado se revelaria o núcleo fundante dos sistemas acusatório/inquisitório. Os sistemas processuais, enquanto sistemas, constituem um conjunto de elementos que se organizam a partir de um princípio unificador.<sup>2</sup>

Acrescenta-se, ainda, o entendimento de que a Constituição Federal brasileira adotou o “sistema” processual acusatório, apesar de existirem diversos dispositivos infraconstitucionais (presentes no CPP e na LEP) que denotem a aplicação prática do “sistema” inquisitório. Se observa que a execução penal é dotada de uma série de elementos (como a instauração de processo de execução de ofício, a aplicação de inquéritos administrativos visando a apuração de faltas graves, entre outros) que indicam a adoção de um sistema inquisitório, cujo juiz não exerce um papel imparcial e distante, mas que possui um papel ativo que avança sobre as demais funções processuais.

Se a Constituição Federal, enquanto Carta Magna, preceitua a adoção de um sistema acusatório, como é possível que a prática inquisitiva perdure no processo penal e na execução penal brasileira? Mas será que podemos propriamente falar de sistemas? Será que nessa sociedade hipercomplexa da atualidade, pode-se pautar todo o processo penal em um único princípio?

A palavra sistema dota de uma amplitude conceitual significativa que exige uma delimitação para fins de adequado tratamento do tema dos sistemas processuais penais. Os sistemas podem ser vistos desde um conceito amplo e genérico de conglomerado de elementos com características comuns até um significado mais moderno como o da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que se adotará no presente trabalho, que atribuem aos sistemas sociais, incluído aqui o direito, um caráter autopoietico, possibilitando que o sistema adquira uma organização interna suficiente que lhe permita se autorreproduzir, por meio de uma estruturação limitante.<sup>3</sup>

Por meio dessa teoria, os “sistemas processuais penais” não seriam propriamente sistemas, mas, sim, estruturas ou, na linguagem Luhmanniana,

---

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica (Livro digital). 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-168, 1998; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 113.

programas do sistema processual. Enquanto programas ou conjunto de programas, acusatório e inquisitório seriam critérios para a correta aplicação do código do sistema jurídico (lícito/ilícito) pelos Tribunais ao proferirem a sua decisão.<sup>4</sup> A seleção e aplicação desses programas depende da atuação dos Tribunais e da construção de conceitos jurídicos pela dogmática jurídica.

O presente trabalho tem por escopo analisar os “sistemas” processuais penais sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e sua aplicação no processo de execução penal brasileiro, explorando e demonstrando algumas das comunicações que conduzem à reprodução do programa inquisitivo, em detrimento da aplicação de um programa acusatório, referendado como garantista e democrático.

Para isso, é imperioso: analisar o conceito de sistema e do sistema jurídico à luz da teoria Luhmanniana, bem como determinar os ditos sistemas processuais como programas; estabelecer as características ou princípios que constituem os programas inquisitivo e acusatório; identificar quais comunicações e expectativas corroboram a reprodução do programa processual inquisitivo na execução penal brasileira; traçar um horizonte evolutivo com fim de alcançar uma execução penal acusatória.

Não obstante algumas teorias em contrário, é cediço que a execução penal se reveste de caráter jurisdicional, devendo estar sob o manto das garantias constitucionais relacionadas a um processo acusatório. Não obstante, verifica-se que a visão política punitivista que aflora no Poder Judiciário Brasileiro faz com que o programa inquisitivo do modelo normativo da LEP se reproduza, evitando o alcance a garantias constitucionais.

O estudo se mostra relevante pois é a partir das estruturas do processo executivo que se fará a leitura das demais normas processuais. Como aponta Lopes Jr, “a discussão acerca dos sistemas processuais está viva, na medida em que segue ardendo a fogueira da inquisição e a matéria não está superada.”<sup>5</sup> A compreensão de como funciona a Execução Penal permite que se tracem estratégias para a adoção de novas práticas e diretrizes que respeitem efetivamente as garantias processuais

---

<sup>4</sup> BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Unlocking Luhmann: a keyword introduction to systems theory.** Tradução de Katherine Walker. Bielefeld: Bielefeld University Press, 2021, p.181-183.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 31-56, 2018, p.56.



constitucionais, de forma a modificar a sua perspectiva social, que deve ser voltada para um processo democrático e justo.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica explicativa, na qual serão levantados referenciais bibliográficos e jurisprudenciais visando atingir os objetivos traçados. Primeiramente, será elaborada uma análise teórica-conceitual quanto à teoria dos sistemas e do direito como sistema autopoietico, definindo-se o conceito de sistema e a dicotomia acusatório/inquisitivo não como sistemas, mas como programas do sistema processual. Após, será realizada análise comparativa entre os programas processuais apontados pela doutrina, em especial a separação em acusatório e inquisitivo, buscando-se definir qual o programa adotado pela execução penal brasileira.

Dada a centralidade das decisões judiciais na teoria sistêmica Luhmanniana, no transcorrer, pretende-se demonstrar como as decisões dos Tribunais Superiores brasileiros, ou criam ou validam normas inquisitivas que atestam uma reprodução do programa inquisitivo na execução penal brasileira, residindo aí o recorte metodológico do presente trabalho ante a impossibilidade de se analisar todas as decisões proferidas em sede de juízo de execução penal.<sup>6</sup> Ao final, tenciona-se, por intermédio da teoria evolutiva e da posição da Constituição Federal na teoria dos sistemas, traçar um horizonte para a adoção de uma execução penal acusatória.

---

<sup>6</sup> Utilizando-se o conceito de precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes e formalmente vinculantes fortes (ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 325-326), nos termos dos art. 315, §2º do CPP e dos art. 489, §1º e 927 do CPC, limitou-se a pesquisa às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e à orientação do plenário ou do órgão especial dos aludidos tribunais superiores proferidas nos últimos anos (publicadas a contar de 01/01/2016), que de alguma forma orientam, em sua função, a aplicação do direito. No caso do STJ, também serão utilizadas teses que sejam aplicadas de forma uniforme nas duas turmas responsáveis pela matéria penal e processual penal (quinta e sexta turmas).

## CAPÍTULO 01 - OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS PENAIS COMO PROGRAMAS DO SISTEMA JURÍDICO AUTOPOIÉTICO

*[...] toda investigação científica deve começar com o esclarecimento de seus conceitos se quiser tornar claro o seu objeto. Qualquer obscuridade – mas também qualquer abandono não intencional da linguagem corrente – leva rapidamente a não perceber que se está discutindo a respeito de diferentes objetos.*

*(Niklas Luhmann, *Gesellschaftstheorie und Normentheorie*)<sup>7</sup>*

### 1.1. A PREMISSA TEÓRICA

O foco do presente estudo reside na análise dos ditos sistemas processuais, que fazem parte de um sistema macro, o jurídico e sua correlação com a execução penal. Assim, antes de se adentrar no cerne do presente estudo, alguns limites conceituais devem ser estabelecidos para melhor compreensão do que aqui se discorrerá. Uma vez que a palavra “sistema” dota de diversos significados e utilizações, delimitar a sua utilização no presente trabalho e estabelecer o que pode ser considerado um sistema jurídico constituem as metas primárias desta dissertação, para então adentrar-se à análise dos sistemas processuais penais.

Dentre as diversas teorias que buscam definir o que se constitui um sistema, a presente dissertação optou pela utilização de premissas da teoria dos sistemas sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998) que buscou explicar toda a sociedade como um amplo sistema. Para ele, visando reduzir a complexidade do

---

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas (1993) *apud* LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito**: do século XX à pós-modernidade. V. 3. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 295.

mundo moderno, a sociedade se diferencia do seu entorno/ambiente (tudo que não pertença ao sistema) em virtude de um sentido ou função.

Dentro desse amplo sistema social, formado por comunicações (fatos convertidos em linguagem), ainda persiste a complexidade, que exige que se diferencie, em razão da sua função, outros subsistemas autônomos, como o direito. Apesar da vasta bibliografia do autor, este trabalho utilizará como base central a obra *O direito da sociedade*, dada a sua recenticidade<sup>8</sup> e especificidade<sup>9</sup> com o sistema jurídico, não se furtando a consultar outras obras, principalmente para buscar conceitos basilares da teoria dos sistemas.

Cumprе salientar ainda que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é extensa e deveras complexa, não sendo o escopo do presente detalhar e esmiuçar todos os detalhes da aludida teoria, que por si só, constituiriam um trabalho profuso. Buscar-se-á, desta forma, a utilização de recortes da aludida teoria que visam demonstrar como os sistemas processuais penais e o processo atuam na autorreprodução do direito, destacando-se a função legitimadora do procedimento jurídico e da decisão jurídica.

De igual forma, cabe frisar que, assim como qualquer teoria, ela é criticada por alguns autores, destacando-se a oposição de Habermas ao objetivismo que Luhmann confere ao sistema jurídico enquanto subsistema social autopoietico funcionalmente diferenciado. O direito, na teoria dos sistemas, não teria uma função regulatória da sociedade, pois fechado em si. Entretanto, tal crítica não leva em consideração os conceitos da teoria Luhmanniana de irritação e de acoplamento estrutural, em especial o papel da constituição como acoplamento entre política e direito.<sup>10</sup> Como se buscará

---

<sup>8</sup> Refere-se à recenticidade da produção do texto, em uma busca de utilizar-se o período de maior maturidade da teoria Luhmanniana.

<sup>9</sup> Luhmann relata que a sociedade se divide em diversos subsistemas como a economia, a religião, a arte, a política etc. (LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade** [livro eletrônico]. Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. Edição Kindle. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016. 2,0 Mb; ePUB, l. 194). O sociólogo escreveu uma obra fazendo referência a cada um desses subsistemas, publicando assim a economia da sociedade, a ciência da sociedade, a política da sociedade, e o direito da sociedade, com foco na análise do subsistema jurídico.

<sup>10</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. O caráter normativo dos princípios jurídicos. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 231-254, jul./set. 2005; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GARCIA, Marcos Leite. Direito e política: polêmica entre Habermas e Luhmann na defesa das correntes procedimentalista e sistêmica. In: **Conpedi Law Review**, Oñati, Espanha, v. 2, n. 3, p. 457-474, jan/jun. 2016.

demonstrar, o encerramento operativo da teoria dos sistemas não representa o isolamento do direito.

A escolha pela análise da teoria Luhmanniana, que, como se verá adiante, estabelece a legislação, uma expectativa social institucionalizada, como elemento periférico do sistema jurídico e desloca ao centro do sistema jurídico os Tribunais, representa uma investida em uma explicação alternativa aos sistemas processuais penais que se observam na prática da Execução Penal. Em um arcabouço legislativo cada vez mais vago, impreciso e contraditório, os tribunais assumem um papel construtivista do direito, convalidando e integrando o sistema jurídico. Como o próprio Luhmann esclarece, o objetivo dessa teoria não é estabelecer como deveria ser o direito, mas descrevê-lo como ele opera e como o sistema jurídico se auto-observa e descreve, e se constrói pelos seus próprios elementos<sup>11</sup>, em torno da sua função e sentido.

Diversamente de teorias puramente analíticas do direito no qual os limites do direito são postos pelo observador, a teoria dos sistemas visa descrever como o próprio objeto produz os seus limites com o entorno, sendo esse o ponto crucial de discussão atual.<sup>12</sup> “Esse programa teórico implica que o próprio direito produza todas as distinções e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da autoprodução, a ‘autopoiese’”<sup>13</sup>.

A posição central da decisão, deixando à legislação a função principal seletiva das irritações de outros sistemas, esclarece muitos dos questionamentos da dogmática jurídica acerca da forma como o direito hodierno se comporta, delineado pela influência das interpretações dadas pelos Tribunais e imerso em uma miscelânea legislativa altamente complexa de posturas políticas de tratamento ao direito penal e processual penal. E estando a decisão judicial no cerne do sistema jurídico, o instrumento institucionalizado para alcançar-se a pretendida decisão, qual seja, o processo judicial, se revela a coluna de sustentação para a legitimação da decisão.

Por este motivo, após a abordagem do direito enquanto sistema autopoietico pela Teoria Luhmanniana, refletir-se-á como o processo penal, em especial a

---

<sup>11</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 325.

<sup>12</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 172.

<sup>13</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 431-432.

execução penal e os sistemas processuais penais se inserem na teoria sistêmica, e como eles influenciam na autoapoiese do sistema jurídico. Deve-se frisar que não se busca, neste trabalho, criticar ou se debruçar sobre todas as nuances da teoria de Niklas Luhmann, mas, sim, compreender como os sistemas processuais penais se comportam dentro do sistema jurídico.

## 1.2. POR UM CONCEITO DISTINTO DE SISTEMA

O estudo dos sistemas processuais penais tem sido a pedra de toque do processo penal sendo utilizada mormente a nomenclatura de sistema. Será, contudo, que estamos mesmo diante de um sistema? Segundo o dicionário Michaelis, a palavra sistema possui 24 verbetes com significações diversas<sup>14</sup>, razão pela qual se faz necessária uma delimitação do referido signo.

Essa multiplicidade conceitual conduz a uma diversidade de teorias que visam explicar o que consistiria em um sistema, não se alcançando, apesar dos esforços, por exemplo, de Bertalanffy<sup>15</sup>, uma teoria geral dos sistemas. Desta forma, qualquer opção por um dos conceitos de sistema será necessariamente uma escolha arbitrária, fundada nas razões que justificam a sua aplicação.

Parte da doutrina, com destaque aos ensinamentos de Lopes Jr.<sup>16</sup> e Jacinto Coutinho<sup>17</sup>, adotando uma visão kantiana de sistema<sup>18</sup>, se debruçam pela busca de um denominado princípio unificador, mas sem alcançar o devido consenso. Afinal, será que poderíamos, em uma sociedade altamente complexa, reduzir toda a aplicação do processo penal a um único princípio?

Um conceito amplo de sistema se aproxima em muito da ideia de união de vários elementos, formando um conglomerado de partes com escopo de ordenar,

---

<sup>14</sup> SISTEMA. In: **MICHAELIS**, Dicionário Online de Português. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>15</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 5. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

<sup>16</sup> LOPES JR, **Fundamentos do processo penal**, 2017, I. 182;

<sup>17</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009; COUTINHO, Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro, 1998, p. 165

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

organizar internamente, de pôr em classes, classificar. Nele todo e quaisquer elementos que possuam características comuns podem ser agrupados, alocados sob um mesmo sistema. Enquanto classificação, percebe-se que o sistema não é algo inato, natural, mas sim proveniente, como toda classificação, de uma construção humana.<sup>19</sup> Nesse sentido, Moussallem explica que:

o ato de classificar é uma operação lógica de subsunção que o homem realiza da seguinte forma: uma palavra “x” pertence a uma determinada palavra de classe “y” se aquela satisfizer os critérios de uso desta. Assim o que faz um elemento pertencer a um conjunto é a relação de pertinência, ou seja, enquadrar-se ao critério de uso da palavra de classe<sup>20</sup>.

É a partir da observação que se estabelece qual característica comum, referente, será utilizada (escolhida) para aglutinar tal conjunto de elementos. Christian Wolff insere na análise sistêmica o conceito de ordem, que surge quando, dentro da multiplicidade de elementos de um conjunto, se encontra nela uma unidade, semelhança, que se sucede simultânea e sucessivamente. Para se observar a ordem de determinado conjunto primeiro deve-se distinguir todos os objetos do conjunto, para após compará-los na busca da identidade.<sup>21</sup>

Desta feita, somente se alcança a unidade pela diferença. Partindo da proposição de que somente se pode balizar algo por uma distinção, e que ao se distinguir algo se descrevem objetos, o ponto chave para a formação de um sistema reside na sua distinção/separação dos demais elementos, erguendo as fronteiras que assentam os limites do que pertence ou não ao sistema, lhe confirmam certa coerência interna e demonstrem sua unidade.

A construção da teoria dos sistemas por Luhmann parte justamente da separação entre sistema e ambiente/entorno, sendo esse considerado tudo o que não pertença ao sistema. Como aponta Luhmann, com fundamento na tese de Spencer-Brown<sup>22</sup>, “[...] indicar é, simultaneamente, distinguir; assim como distinguir é, ao

---

<sup>19</sup> Apesar de originar-se etimologicamente da grego *systema*, (*syn-istemi*), o que quer dizer o composto, o construído, os gregos atribuíam quatro significados distintos à palavra sistema, sendo dois de natureza técnica aplicados à música e à métrica e duas acepções atécnicas ligadas a qualquer forma de organização (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. 771 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2015)

<sup>20</sup> MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 65.

<sup>21</sup> *Apud* GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 213.

<sup>22</sup> BROWN, Georges Spencer. **Laws of Form**. reimpr., Nova York, 1979.

mesmo tempo, indicar [...].”<sup>23</sup> Estabelecer um sistema significa, assim, distingui-lo do que está do outro lado, o ambiente.<sup>24</sup> Como descrever algo implica em distingui-lo dos demais elementos, descrição e distinção se complementam em uma atividade simultânea, com uma ligeira prioridade à distinção.

Por exemplo, analisando-se um sistema hipotético de círculos azuis, poder-se-ia dizer que o sua unidade reside no fato de serem círculos de coloração azul, que definirá o seu pertencimento. Compreender que os sistemas partem da diferença é a de que somente há um sistema de círculos, porque existem formas geométricas diferentes, e de círculos azuis, porque existem círculos de pelo menos outra cor além do azul. Do contrário, bastaria ter um sistema de formas geométricas ou um sistema de círculos. Ademais, antes de se definir que se tratam de círculos ou que possuem a coloração azul, opera-se a distinção das demais formas e cores.

Quando uma operação distinta se relaciona com outras operações do mesmo tipo por um lapso temporal (para não ser reduzida a um mero acontecimento) há uma seletividade destas operações, distinguindo-se o sistema do meio, formando-se um novo sistema.<sup>25</sup> “A diferenciação do sistema não é outra coisa que a repetição da diferença entre sistema e entorno dentro do sistema.”<sup>26 27</sup>

Partindo de limitação de mundo como *unmarked space*<sup>28</sup>, Luhmann procede a divisão em quatro grandes sistemas (máquinas, organismos, sistemas psíquicos e sistemas sociais)<sup>29</sup>. Esse último diferencia-se em outros subsistemas, onde se

<sup>23</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 86.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite; BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann (livro digital). São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181427/>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 45.

<sup>25</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 89.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Coordenação de Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 31, tradução nossa.

<sup>27</sup> Citação original: “La diferenciación del sistema no es otra cosa que la repetición de la diferencia entre sistema y entorno dentro de los sistemas.”

<sup>28</sup> Luhmann se refere novamente à teoria de Spencer-Brown de que a distinção deve partir de um espaço que não foi marcado (*unmarked space*), e que a partir do momento em que se traça uma marca na folha que separe os dois lados, já se pode falar em distinção (LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 86).

<sup>29</sup> LUHMANN, **Sistemas sociales**, 1998, p. 27-28. Há que se destacar que apesar da divisão em quatro sistemas, apenas três (vivos, psíquicos e sociais) seriam autopoieticos, acoplados, mas não sobrepostos (CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução de Caroline Graeff e revisão de Germano

encontra o direito. Destarte, o direito enquanto subsistema social utiliza o mesmo tipo de operação que os sistemas sociais para se diferenciar do seu ambiente. E a única operação social possível é a comunicação, pois, ao mesmo tempo em que constitui um conjunto de sistemas psíquicos, não pode ser atribuída a uma única consciência isolada.<sup>30</sup>

A comunicação, na teoria Luhmanniana, difere-se do conceito tradicional de transmissão de uma informação estruturando-se em três elementos: informação, vista como uma escolha, decisão do que será comunicado; comportamento comunicativo, ligado a escolha de atitude do como comunicar; compreensão, vista como a capacidade do receptor de assimilar a mensagem comunicada.<sup>31</sup> A comunicação revela-se assim uma síntese de uma tripla seleção.<sup>32</sup>

Em síntese, o conceito de sistema revela-se alocado na distinção entre sistema e ambiente, ocasionada pela realização de uma operação (no caso da sociedade da comunicação) que se diferencia e se conecta a demais operações do mesmo tipo, produzindo a unidade de um sistema (o que inclui estruturas e limites do sistema).<sup>33</sup> Enquanto sistema-parte do sistema social, o direito somente operará mediante comunicação dentro dos limites que a sociedade criou ao se diferenciar dos demais sistemas.<sup>34</sup> Nos de dizeres de Leonel Severo Rocha, “é importante compreender-se o Direito dentro da sociedade, bem como compreender que a norma jurídica é um dever-ser formal.”<sup>35</sup>

Assim, uma vez que o direito se distingue no interior do sistema social, suas operações são também operações que ocorrem na sociedade, ao mesmo tempo em que essa representa o seu ambiente.<sup>36</sup> “O sistema jurídico compreende a sociedade,

---

Schwartz. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 94-160, 2013).

<sup>30</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 293.

<sup>31</sup> LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012, p.39-40.

<sup>32</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 299.

<sup>33</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011; LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 505-506.

<sup>34</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 509-510.

<sup>35</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 10-53, 2013, p. 21.

<sup>36</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 499.



uma vez que ele se diferencia nela.”<sup>37</sup> Essa afirmação impossibilita que se analise o sistema jurídico avesso à sociedade. O sistema opera de forma fechada dentro da sua distinção, mas permanece aberto ao ambiente. O próprio direito produz suas distinções, sendo a sua unidade resultante da sua autoprodução. Daí a necessidade de descrever o direito como sistema autopoietico.<sup>38</sup>

Por isso, Luhmann afirma que:

não vale a pena discutir acerca da “natureza” ou da “essência” do direito se a questão interessante é a que versa sobre os limites do direito. E [...] o próprio direito determina onde se encontram seus limites; determina também o que pertence ao direito e o que não lhe pertence. [...] A teoria que descreve como algo produz seus próprios limites em relação a seu ambiente é, atualmente, a teoria dos sistemas.<sup>39</sup>

Resta então o questionamento de como o direito se autorreproduz. A diferenciação funcional da sociedade em subsistemas, como o direito, a política, a arte, a religião e a economia, dentre outros, se dá em virtude da alta complexidade da sociedade moderna, que no afã de reduzir essa complexidade, produz comunicações diferenciadas que se reproduzem em uma comunicação própria, produzindo sentido e semânticas específicas. Como ensina Lima, “[...] cada sistema social especializa-se mediante seleções comunicativas, contribui à solução de problemas específicos da sociedade [...]”.<sup>40</sup> O clareamento a tal obscuridade parte da complexidade social e da função do direito.

### 1.3. DA COMPLEXIDADE E DA CONTINGÊNCIA À FORMAÇÃO DE ESTRUTURAS DE UM SISTEMA

Luhmann conceitua complexidade “[...] como a totalidade das possibilidades de experiência e ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.”<sup>41</sup> A complexidade está atrelada à uma ulterior distinção entre elementos e relações, onde o acréscimo no número de elementos implica na elevação do número

---

<sup>37</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 500-501.

<sup>38</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 431-432.

<sup>39</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 168-180.

<sup>40</sup> LIMA, **Sociologia do direito**, 2012, p.38.

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 12.

de possíveis relações. Com o aumento do número de possibilidades o sistema deve selecionar.<sup>42</sup>

Essa complexidade pode ser analisada tanto de forma quantitativa, onde conhecido o número de elementos calcula-se matematicamente as possibilidades de relações, como qualitativa, com o objetivo de coordenar e ordenar os elementos, estabelecendo critérios para a seleção das relações, reduzindo a complexidade. Reduzir a complexidade significa dizer que as intangíveis viabilidades de relações entre os elementos no ambiente são estruturadas dentro do sistema especializado a um limitado número de relações possíveis.<sup>43</sup> “A redução da complexidade significa manter seletivamente um domínio de possibilidades baseado em estruturas.”<sup>44 45</sup>

Como referem Gonçalves e Bôas Filho:

Ao se afirmar sistema como instrumento de substituição da quantidade pela qualidade, é possível estabelecer dois postulados fundamentais para a teoria Luhmanniana: (1°) a complexidade do ambiente (quantitativa) é maior que a do sistema (qualitativa); (2°) por viabilizar escolhas, o sistema mantém um leque de relações possíveis que poderiam ter sido adotadas e que permanecem disponíveis para futuras seleções.<sup>46</sup>

Em sendo o sistema uma diferenciação do ambiente, no qual demarca seus limites, infere-se que o ambiente apresentará uma gama de possibilidades maior do que o sistema e, portanto, será mais complexo. E uma vez que o meio dota de mais elementos que o sistema pode processar, esse deve operar de maneira seletiva. O direito, diante da complexidade social, observa a complexidade do meio e procede escolhas mediante a constituição de sentido.<sup>47</sup> “O sentido é, em verdade, o meio pelo qual o sistema traz para si a complexidade do seu entorno.”<sup>48</sup>

Tomando um exemplo que se relaciona com a execução penal, pode se ter a própria punição por crimes cometidos: em não havendo diretrizes a se observar, em caso de cometer-se um crime poderiam ser aplicadas quaisquer punições (prisão, morte, esvartejamento, desterro, mutilações, banimento, escravidão etc.) possíveis,

---

<sup>42</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 184 e 187.

<sup>43</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 51.

<sup>44</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 51, tradução nossa.

<sup>45</sup> Citação original: “Complexity reduction means selectively maintaining a domain of possibilities based on structures.”

<sup>46</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO. **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 52.

<sup>47</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 50.

<sup>48</sup> SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 54-93, 2013, p. 73.

como já se fizeram ao largo da história. Quando se opta por uma pena de prisão, de multa ou restritiva de direitos, se dá ao ordenamento um sentido comunicacional de não se aplicar as penas de morte e cruéis, por questões de humanidade, ou que se deseja, com isso, o isolamento social do punido.

Desta forma, a complexidade se alinha com a ideia de seleção, de escolha, dentre várias relações possíveis. E diante de qualquer escolha, há sempre o risco de desapontamento para com a escolha realizada: a contingência.

Por contingência, entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta [...] não mais está lá.<sup>49</sup>

Em suma, a complexidade força a uma escolha e/ou decisão, dentro das inúmeras possibilidades, e essa escolha implicará, também, na não seleção de todas as demais opções, confluindo na possibilidade de decepção, de risco na escolha feita. Seguindo o nosso exemplo acima, dentro da infinidade de tipos de punições que podem ser aplicadas a um criminoso, optou o sistema social pela pena de prisão, e assumiu-se o risco de que a experiência e ou resultado seja diverso do esperado. Ou em termos mais gerais, em um sistema social onde quaisquer fatos ou atos são possíveis, ao direito cabe escolher quais situações deseja regular, e, por conseguinte, quais não se enquadrarão no sentido estabelecido. Com isso, há sempre o risco na escolha/decisão.

Atrela-se à contingência simples, a ideia de que cada indivíduo, enquanto sistema psíquico único, tem suas experiências cerradas em sua própria psique, e constrói observações e seleções próprias ao sistema,<sup>50</sup> desdobra na impossibilidade de tomar o comportamento alheio como um fato determinado, criando mais riscos e mais complexidade, no âmbito das expectativas. Geram-se assim expectativas quanto à seletividade das possibilidades do outro indivíduo, comandada por expectativas do outro.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 45-46.

<sup>50</sup> ARNAUD, Andre-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Traduções de Dalmir Lopes Jr, Daniele Andréa da Silva Manão e Flavio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 09.

<sup>51</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 47.

Uma dupla seletividade que gera uma dupla contingência, onde haverá uma contingência em um nível externo, para com o outro, ou seja, na satisfação/frustração da expectativa comportamental alheia; e uma em nível interno, pessoal, focado na avaliação do próprio comportamento com relação à expectativa do outro. “[...] Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo — e assim também do direito.”<sup>52</sup>

Surgem, assim, estruturas estabilizadas de expectativas, que funcionam, como diz Luhmann, como “[...] fortalecimento da seletividade, na medida em que ela possibilita uma *dupla seletividade*.”<sup>53</sup> Elas servem para reduzir a complexidade na medida em que “[...] estabelecem as referências de uma seleção a outra”<sup>54</sup>, reduzindo o leque de opções existentes. O estabelecimento do que pode ou não ser esperado somente se torna possível por meio dessas referências no curso da comunicação.<sup>55</sup> É importante ressaltar que o que se estabilizam são as expectativas, ou seja, comunicações, e não o comportamento, uma vez que esse não pode ser previsto, mas, em sua interação, cria uma expectativa sobre expectativas.<sup>56</sup>

Contudo, tais estruturas não têm como escapar à contingência da escolha, sendo inevitável o risco de desapontamento. Portanto, Luhmann ensina que as expectativas devem ser normativas, ou seja, devem ser contrafáticas, não se adaptarem à realidade pelo simples desapontamento, diferenciando-se das expectativas ditas cognitivas<sup>57</sup>. Se é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que os outros podem agir em desacordo com a expectativa, não se pode deixar que o desapontamento influa na expectativa criada. “A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao autor.”<sup>58</sup> Até porque a expectativa aqui não é do indivíduo, mas da sociedade em que se insere o sistema.

Luhmann, então, define o direito como uma “[...] estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”<sup>59</sup>. Ou seja, o direito sedimenta um conjunto coletivo, não individual,

---

<sup>52</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 48.

<sup>53</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 54.

<sup>54</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 54.

<sup>55</sup> ARNAUD; LOPES JR, D., **Niklas Luhmann**, 2004, p. 16.

<sup>56</sup> ARNAUD; LOPES JR, D., **Niklas Luhmann**, 2004, p. 16.

<sup>57</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 56.

<sup>58</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 56.

<sup>59</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 121.

generalizado, de comportamentos esperados congruentes, isto é, assentados em uma segurança sistêmica nos planos temporal, social e material, que sejam contrafáticas, não se adaptando a eventuais descumprimentos.

Assim, ao dizer-se que constitui crime subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel (furto), estabelece-se um comportamento esperado de que não se subtraia as coisas alheias, generalizado e congruente, ou seja, firmado por uma garantia contra as decepções estampada na positivação da norma (plano temporal) de que o descumprimento acarretará uma sanção (se A, então deve ser B), por uma segurança social de um consenso pressuposto (dimensão social) eis que aprovada/construída por um procedimento institucionalizado (processo legislativo/processo judicial) com fulcro em uma coerência material sistêmica (aspecto material) no valor de proteção da propriedade. E essa expectativa é normativa, pois, mesmo que o comportamento esperado (não furtar) não seja observado, a expectativa perdura e não se adapta.

Cria-se uma expectativa social de cumprimento da norma. O direito surge como um subsistema do sistema comunicativo social com o intuito de reduzir a complexidade social diferenciando-se do ambiente social na medida em que estabelece uma comunicação própria em razão da sua função. Como sedimenta Rocha:

O Sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não Direito) através da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica).<sup>60</sup>

Para reduzir essa complexidade são necessárias a construção de estruturas que permitam essa generalização congruente de expectativas. “O direito, desse prisma, é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas<sup>61</sup>. Revela aqui tamanha importância o conceito de norma jurídica.

Nos dizeres de Schwartz:

O direito torna-se um mecanismo redutor de complexidade, em que a norma serve para orientar indivíduo, trazendo consigo mesma a possibilidade de risco, dispensando a orientação a partir de expectativas, e, por isso, reduzindo a probabilidade de dano futuro (risco).<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> ROCHA, Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II, 2013, p. 42-43.

<sup>61</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

<sup>62</sup> SCHWARTZ, A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano, 2013, p. 76.

Como afirma Luhmann, “as normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas”<sup>63</sup>. Com isso, “a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência.”<sup>64</sup> Na medida em que a norma serve como guia comportamental dos indivíduos ao mesmo tempo em que traz consigo o risco de descumprimento, converte-se a orientação de conduta pelo conceito de expectativa, abreviando a probabilidade e reduzindo a complexidade.

Ao se definir em que se constituem as normas, por conseguinte, as distingue dos fatos sociais. E nessa distinção o direito constrói a sua unidade, como produto de sua autoprodução, autopoiese. A construção do sistema parte da diferenciação; da diferenciação que torna peculiar a comunicação jurídica. Entender como o sistema jurídico se diferencia do amplo sistema social, reduzindo a complexidade, permeia por conceitos trazidos pela Teoria Sistêmica, como os conceitos de função, código e programas, que procederão o fechamento operativo e a abertura cognitiva do sistema.

#### 1.4. O FECHAMENTO OPERATIVO E ABERTURA COGNITIVA

Para se diferenciar do ambiente social, as operações jurídicas devem produzir uma diferença tal para que atuem recursivamente, estabelecendo os limites de pertencimento ou não ao sistema. Como então estabelecer que uma operação se diferencie e se reproduza? Como explica Luhmann “[...] o próprio direito produz essas distinções, para, com seu auxílio, orientar-se em suas próprias operações, provendo-se de capacidade de observação [...]”<sup>65</sup>

Esse autorreprodução é explicada pela teoria dos sistemas operativamente fechados. Uma vez que a ideia de sistemas abertos permite um intercâmbio amplo entre ambiente-sistema<sup>66</sup>, a ponto de se desfigurar o que realmente seria sistema ou ambiente, o sistema precisa se fechar para poder se auto-observar e se auto-organizar. Ressalta Luhmann, contudo, que “[...] ‘fechado’ não deve ser entendido

---

<sup>63</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 2013.

<sup>64</sup> LUHMANN, **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 52.

<sup>65</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 427-429.

<sup>66</sup> Cumpre esclarecer que o próprio Luhmann explica que não há contradição entre a teoria dos sistemas abertos e a teoria do encerramento operativo, devendo a abertura ser entendida sobre outro enfoque. (LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 62)

como ‘isolado’. [...]”.<sup>67</sup> O fechamento operativo não bloqueia o sistema do relacionamento com o meio. Aquele continua a sofrer irritações do entorno, mas as “filtra” e atribui lhes a forma sistêmica.<sup>68</sup>

Como ensina Schwartz:

O Direito como subsistema autônomo se dá pelo fato de que tal subsistema criou uma rede recursiva interna e universal que o diferencia do entorno, de tal forma que se enclausurou operativamente e vai ser o único subsistema responsável por problemas relativos à sua unidade, conseguindo dessa forma, uma diferenciação funcional.<sup>69</sup>

Ao criar sua própria unidade, o sistema diferencia-se do seu ambiente. E tal unidade é criada a partir da repetição de operações<sup>70</sup> que se distinguem do ambiente e se reproduzem no interior do sistema, firmando estruturas e limites que constituirão a unidade sistêmica, e que darão sentido às operações futuras. “Em outras palavras, com suas próprias operações (que ao mesmo tempo são operações da sociedade), ele dispõe um corte na própria sociedade, e só por meio desse corte surge nessa sociedade um ambiente de direito interno a ela [...]”<sup>71</sup>. Dizer que há um fechamento operacional significa afirmar que nenhum sistema pode operar para além desses limites.<sup>72</sup>

Há, destarte, uma relação circular, autorreferencial, entre estrutura e operação, eis que as estruturas só podem ser construídas e variadas por operações, que, por sua vez, são circunstanciadas pelas estruturas. Com isso ocorre um fechamento operacional do sistema. Portanto, a validade do direito somente pode ser obtida no interior do sistema, em uma autorreferência pura (operação jurídica para operação jurídica) não se permitindo que operações de outros subsistemas influenciem na validade do direito.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 635.

<sup>68</sup> MARCHESI, Makena. **A jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sob o prisma da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vitória, 155p., 2015, p. 41-42.

<sup>69</sup> SCHWARTZ, A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano, 2013, p. 67-68.

<sup>70</sup> Enquanto sistema social, as operações do sistema jurídico também se darão por intermédio de comunicações.

<sup>71</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 501-503.

<sup>72</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 38.

<sup>73</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 02.

Assim, por exemplo, quando relacionado às ciências criminais, por mais que a religião (que também tem por sentido regulamentar comportamentos) pregue que comportamentos como a pederastia sejam vistos como contrários ao sentido do sistema, esse comportamento não terá efeitos jurídicos punitivos. Somente poder-se-á estabelecer que tal comportamento como contrário ao direito se houver uma comunicação formada sob as estruturas e operações jurídicas que estabeleça tal expectativa generalizada (art. 235 do Código Penal Militar). Mesmo assim, essa estrutura será alvo de outras operações jurídicas que validam ou não a estrutura em consonância com o próprio sistema jurídico.<sup>74</sup>

De igual forma, mesmo que haja uma política criminal de desencarceramento, esta política, enquanto não modificada a expectativa normativa de uma sanção de prisão, perdurará a reprodução do sistema jurídico. E somente o sistema jurídico trará os meios para imersão desta comunicação política no sistema do direito, com a alteração/criação da norma jurídica, em sentido abstrato ou concreto, por lei ou por uma decisão judicial.

Em verdade, nos dizeres de Rocha:

São as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito, e este determina a si próprio por sua autorreferência, baseando-se em sua própria positividade. O Direito retira a sua validade desta autorreferência pura, segundo a qual o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores.<sup>75</sup>

Se o direito se diferencia funcionalmente do seu ambiente, qual seria, então, a função do direito? O ponto de partida para a estipulação da função do direito se encontra no conceito de expectativas.<sup>76</sup> Na medida em que a norma jurídica representa uma estrutura de expectativas generalizadas, uma vez que as expectativas são frustradas, o sistema deve buscar meios de recuperação da confiança quebrada

---

<sup>74</sup> O STF na ADPF 291 estabeleceu que a Constituição Federal não recepcionou as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, presentes no art. 235 do Código Penal Militar, devendo tais expressões serem suprimidas, permanecendo os demais componentes da norma. O argumento do STF residiu no próprio sistema jurídico ao estabelecer a afronta ao direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291**. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28 out. 2015, Processo Eletrônico DJe-094, Divulgado em: 10 mai. 2016. Publicado em: 11 mai. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>75</sup> ROCHA, Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II, 2013, p. 40-42.

<sup>76</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 1945.



pelo comportamento desviante.<sup>77</sup> “A norma não prescreve uma conduta conforme a norma; não obstante, protege quem tem essa expectativa”.<sup>78</sup>

Estabelecer a função de um sistema social significa afirmar algo que somente aquele sistema pode realizar no ambiente da sociedade. Isso não reflete na impossibilidade de o sistema atuar na sociedade com outros fins.<sup>79</sup> Deve-se, portanto, distinguir a função de um sistema, das atuações do mesmo. Luhmann, então manifesta que:

Para uma função determinada, o sistema jurídico é diferenciado, e aqui se trata, como já se referiu, de poder confiar em determinadas expectativas como expectativas (e não como prognósticos de comportamento). Não obstante, a essa função atrelam-se expectativas de atuação de outro tipo, resultantes das atuações mais ou menos importantes e mais ou menos difíceis de serem substituídas no ambiente intrassocial do sistema do direito. Só mesmo sob o regime da diferenciação funcional esses dois aspectos, função e atuação, podem ser distinguidos, e isso à revelia do fato de, também aqui, se esperar atuações do sistema que tenha como base a função e não o estatuto ou um éthos de um funcionário do sistema, tampouco uma moral social geral.<sup>80</sup>

A função do direito reside, portanto, na estabilização das expectativas normativas. Deve-se contudo ressaltar que tal função não se confunde com a limitação das possibilidades de conduta, pois o direito pode também habilitar condutas que outrora, sem o direito, não seriam possíveis.<sup>81</sup> Entretanto, não há como negar uma predominância na pretensão de limitar possíveis comportamentos futuros, uma vez que, apesar de a lei não realizar tal controle social de comportamentos, as normas, em sua dimensão temporal, limitam o que se pode esperar ao longo do tempo, acabando por cingir a liberdade e discriminar o que deve ou não ser esperado, no desejo de garantir um futuro inerentemente incerto.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2055-2057

<sup>78</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2095-2096

<sup>79</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Função e prestações do direito em Niklas Luhmann. **Youtube**. 30 abr. 2020. Disponível em: <https://youtu.be/30D2i5sOSKA>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>80</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2448-2453.

<sup>81</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2106-2109.

<sup>82</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 125.

De igual forma, o direito não tem como função resolver conflitos, com exceção daqueles que ele mesmo construir.<sup>83</sup> Quando atua como limitador comportamental e decide sobre as expectativas das expectativas normativas apresentadas, acaba em verdade criando novos conflitos<sup>84</sup>, pois, ao decidir, o direito discrimina ao escolher um lado vencedor e um perdedor.<sup>85</sup> Ademais, os conflitos podem ser resolvidos por outras maneiras que não demandem o sistema jurídico. É por isso que a função do direito, enquanto aquilo que somente o direito pode cumprir para a sociedade, repousa na generalização simbólica de expectativas sociais normativas.<sup>86</sup>

Como aponta Lima, garantir as expectativas normativas implica em dizer que “[...] os valores descritos nas normas devem ser cumpridos e quem deve garantir isso é o direito, até mesmo utilizando-se das sanções.”<sup>87</sup> A sanção é o mecanismo temporal utilizado pelo direito positivo, enquanto direito posto, validado e alterado por decisões, para suportar os descontentamentos ante às frustrações de expectativas. Isso não significa, todavia, que o direito tenha que efetivar a conduta; o que se protege são as expectativas. Luhmann afirma que:

Se a função do direito consistisse em assegurar a execução ou omissão da ação prescrita, a instituição jurídica factual seria continuamente responsável, mas sê-lo-ia preponderantemente por sua ineficiência. O direito resultaria em uma gestão de seus próprios defeitos, ou talvez melhor: estaria relacionado à insuficiência da realização de planos políticos.<sup>88</sup>

O escopo do direito é garantir a segurança da expectativa, e não propriamente a execução do comportamento previsto.<sup>89</sup> Por exemplo, a condenação de um indivíduo por crime de furto não necessariamente restituirá a vítima com seus bens subtraídos, nem implicará infalivelmente no cumprimento da pena, pois o condenado poderá permanecer foragido até a prescrição da pena e a declaração da extinção da punibilidade. Mas mantém ávida a segurança da expectativa de que o direito aplicará uma pena a tal comportamento, que será cumprida assim que o apenado for localizado. Entretanto o fechamento operacional do Direito e a sua autorreprodução

---

<sup>83</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2483-2484.

<sup>84</sup> LIMA, **Sociologia do direito**, 2012, p. 77.

<sup>85</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2006.

<sup>86</sup> SIMIONI, **Função e prestações do direito em Niklas Luhmann**, 2020.

<sup>87</sup> LIMA, **Sociologia do direito**, 2012, p. 77.

<sup>88</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2384-2387.

<sup>89</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2392-2395).

não podem ser explicados tão somente por sua função, cabendo a distinção entre códigos e programas.

O Direito opera sua distinção quando estabelece um código binário de pertencimento ao sistema, o código lícito/ilícito. Ao estabelecer um código, o sistema separa o que é interno ao sistema do ambiente, aqui tido como tudo que não estiver contido no sistema sob o código estabelecido. Há a divisão entre os elementos que pertencem ao sistema e os que não pertencem.

Cumpra esclarecer que há algumas imprecisões de tradução do código estabelecido por Luhmann (*Recht/Unrecht*), onde algumas obras trazem a distinção direito/não direito<sup>90</sup>, outras utilizam os termos legal e ilegal<sup>91</sup>, e outras lícito/ilícito<sup>92</sup>. Nesse estudo, inobstante o desconhecimento do autor da língua alemã, utilizar-se-á, o código lícito e ilícito, com exceção de citações diretas, por entender-se que se adequa melhor enquanto distinção, na medida em que a ideia de licitude transmite também uma adequação aos princípios e decisões normativas que fluem pelo sistema jurídico, não se restringindo o conceito normativo apenas ao texto legal, como se depreende do uso do termo legal/ilegal, e que não cria uma tautologia ou confusão, pela utilização do termo direito/não direito.

Luhmann conceitua, então, os códigos como:

[...] estruturas pródigas em precondições, que, em sua máxima simplificação, podem ser reduzidas à aquisição de biestabilidade. Desse modo, são pensados sistemas capazes de tomar dois estados (positivo/ negativo, 1/ 0, ligado/ desligado) a partir dos quais suas demais operações se realizam. São sistemas que têm integradas a si uma distinção e também uma forma, e que incluem a possibilidade de que suas operações se conectem indistintamente com um ou outro lado da distinção.<sup>93</sup>

Essa biestabilidade permite que o sistema possa interagir com um ambiente complexo, sem se adaptar a ele, mantendo-se a higidez do sistema. Como afirma Carvalho “o código atua sobre as mensagens vindas do ambiente, reproduzindo-as

---

<sup>90</sup> CLAM, A autopoiese no direito, p. 94-160, 2013; ARNAUD; LOPES JR, D. **Niklas Luhmann**, 2004;

<sup>91</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>92</sup> LIMA, **Sociologia do direito**, 2012; CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, 2011; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Tradução do autor. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

<sup>93</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2762-2766.

de forma lícita ou ilícita para dentro do sistema, o que lhe atribui identidade”<sup>94</sup>. Contudo, como alerta Teubner:

Sempre que a distinção é aplicada, não apenas casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um universo de situações, então, mais tarde ou mais cedo, essa mesma pretensão de validade universal acabará por conduzir a própria distinção à tentação de valer igualmente para si mesma. É precisamente neste ponto que surgem os “paradoxos da auto-referência”<sup>95</sup>.

Luhmann informa que “um paradoxo se apresenta quando o código se aplica a si mesmo, portanto, ao se perguntar sobre sua legalidade ou ilegalidade, ao distinguir entre legalidade e ilegalidade”<sup>96</sup>. Assim, pode-se chegar a estabelecer que é lícito aplicar a distinção entre lícito e ilícito, o que seria uma tautologia, ou pior, dizer que é ilícito aplicar tal distinção, o que ocasionaria “[...] um bloqueio no processo de tomada de decisões”<sup>97</sup>. Mas como o Direito lida com esses paradoxos, se eles são inerentes a um sistema autorreferencial?

Luhmann responde a tal questão afirmando que:

A própria codificação pode ser vista como forma de desdobramento da tautologia (ou paradoxo) do direito e também como forma que só faz rearticular o problema. [...] Uma vez que os valores legal e ilegal não são propriamente critérios para a determinação do legal (e do ilegal), deve haver outros pontos de vista que indiquem como os valores do código legal/ ilegal se assinalam ou correta, ou equivocadamente. A essa semântica adicional chamaremos (tanto no direito como no caso de outros sistemas codificados) programas.<sup>98</sup>

Desta forma, a existência de programas é essencial para a desparadoxização do sistema, possibilitando o julgamento dos critérios codificados mediante outros critérios. Os programas, assim, são gerados pelos códigos e os complementam. Carvalho leciona que “a programação de um sistema determina em que circunstâncias os elementos externos são qualificados pelo seu código e passam a existir internamente”<sup>99</sup>. E, conforme ensina Luhmann, “os códigos são distinções que, no nível autopoietico, só podem se fazer produtivas por meio de outra distinção codificação/programação. Os códigos são um lado da forma, cujo outro lado são os programas do sistema”<sup>100</sup>.

---

<sup>94</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Noeses, 2019, p. 160.

<sup>95</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 06.

<sup>96</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2957-2958.

<sup>97</sup> ROCHA, Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II, 2013, p. 42-44.

<sup>98</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2976-2986.

<sup>99</sup> CARVALHO, A.T. **Curso de teoria geral do direito**, 2019, p. 160.

<sup>100</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2996-2998.

Diferenciam-se os programas dos códigos na medida em que esses tem por valor o julgamento de pertencimento ou não ao sistema; já aqueles revelam uma característica de apropriação, atribuindo valor de validade/invalidade. O código revela-se assim imutável invariante, eis que necessário à contenção do sistema, mas porém, pode ser adaptado, apropriado, de acordo com seus programas.

Desta feita, segundo Luhmann:

No nível de seus programas, no entanto, ele pode admitir a possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade. Isso inclui a decisão de inalterabilidade (por exemplo, das normas constitucionais). Assim como a dimensão verdadeiro/ falso, também a dimensão alterável/não alterável é levada em conta unicamente para os programas do sistema. No nível da codificação, essas distinções perdem seu sentido, pois aí se trata tão somente de pertencimento ou não pertencimento ao sistema.<sup>101</sup>

A programação sistêmica, em sua forma condicional aproxima-se, destarte, da conceituação de norma jurídica<sup>102</sup> em seu sentido amplo, qual seja, não só a lei e regulamentos em si, mas todos os elementos compostos pela estrutura normativa, como as decisões, os contratos, os atos administrativos etc., na medida em que por intermédio da equação se/então, determina o conteúdo codificado (lícito/ilícito), carregando a característica da mutabilidade acompanhando a evolução social, sem descaracterizar o sistema e seu código de pertencimento. Desta forma, nos dizeres de Schwartz, “se uma ação coincide com o programa, ela é correta; em caso contrário, incorreta. Juridicamente, nesse caso, ocorrerá sanção”<sup>103</sup>.

O sistema jurídico deve operar de forma fechada se balizando em seus códigos e programas, se mantendo aberto cognitivamente ao ambiente que apenas atua no sistema por intermédio dos acoplamentos estruturais específicos, em razão da característica mutável da norma, que permite uma abertura cognitiva para com o ambiente.

Destarte, “a linguagem social só passa a ser linguagem jurídica quando o próprio sistema a seleciona e lhe confere tratamento jurídico, por meio de suas

---

<sup>101</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3036-3040.

<sup>102</sup> Adota-se o conceito completo de norma jurídica, no qual se subdivide em norma primária e norma secundária, sendo aquela estruturada pela existência de uma hipótese/fato jurídico que se relaciona por um functor deontico modalizado – obrigação, proibição ou permissão – a uma expectativa formando uma relação jurídica, e essa a existência de uma sanção, consistente na possibilidade de coerção estatal pelo não cumprimento da norma primária.

<sup>103</sup> SCHWARTZ, A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano, 2013, p. 80-82.

estruturas (código e programa)”<sup>104</sup>. O direito é que diz o que é direito, realizando o seu fechamento operacional, auto-organizando-se por intermédio de seu código binário e programação, mas mantendo-se cognitivamente aberto, indo ao ambiente buscar as comunicações não-jurídicas, convertendo-as na comunicação do sistema jurídico, permitindo a sua evolução, por intermédio de seus programas. “O sistema é fechado com, não para o ambiente”<sup>105</sup>. Desta feita, “[...] a qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua auto continuação diferenciada do ambiente”<sup>106</sup>. Destarte, o fechamento operacional e a abertura cognitiva do sistema jurídico, por intermédio da sua codificação/programação, permitem a sua autopoiese.

### 1.5. A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

O conceito de autopoiese (do grego *auto*, próprio e *poiesis*, criação) teve sua utilização primordialmente referenciada ao ramo da biologia, pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, no qual, em síntese, se estabeleceu que os seres vivos, enquanto sistemas, tem a capacidade de autorregular-se e autoestabilizarem-se, produzindo a própria matéria que os constrói.

Niklas Luhmann, utilizando-se ainda de conceitos das Teorias Lógicas de G. Gunther<sup>107</sup> e Spencer Brown<sup>108</sup> e das Teorias Cibernéticas de Heinz Von Foerster<sup>109</sup> (em especial da teoria de observação em segundo grau<sup>110</sup>), se aproveita da teoria biológica da autopoiese, para construir, dentro de sua teoria sistêmica, a ideia de que qualquer sistema, enquanto totalidade organizada, tem a capacidade de se

---

<sup>104</sup> CARVALHO, A.T., **Curso de teoria geral do direito**, 2019, p. 161.

<sup>105</sup> GUERRA FILHO, Willis. Reapreciação da autopoiese do direito na pós-modernidade. in: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza/CE, v. 7, n. 11, p. 279-295, 2009, p. 283.

<sup>106</sup> LUHMANN, Niklas (1983) *apud*, NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 81.

<sup>107</sup> GÜNTHER, Gotthard. Cybernetic Ontology and Transjunctural Operations. in id., **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, vol. 1, Hamburgo, p. 249-328, 1976.

<sup>108</sup> BROWN, **Laws of Form**, 1979.

<sup>109</sup> VON FOERSTER, Heinz. Principles of Self-Organization: In a Socio-Managerial Context, in ULRICH, Hans; PROBST, Gilbert J. B. (org.). **Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts and Questions**, Berlim, p. 2-24, 1984.

<sup>110</sup> A realidade não existe por si só, mas somente pode ser construída através da análise de um observador. A observação de segunda ordem impõe uma observação da observação, na qual o observador faz parte do sistema.

autorreproduzir através de seus próprios elementos, operações, ações e estruturas, formando assim sua teoria construtivista radical da autopoiese sistêmica.

É claro que a aplicação por Luhmann do conceito biológico da autopoiese aos sistemas sociais foi duramente criticado, em especial pela seara do nascimento da teoria autopoietica, no qual negava-se a possibilidade de sistemas sociais, avessos aos domínios científico-naturais, se autocriarem (nos moldes da teoria autopoietica de Maturana e Varela enquanto produção da vida orgânica. Para Teubner tal crítica é construída sob uma conceituação restritiva de um sistema autopoietico dada pelos “pais” da teoria biológica, no qual o sentido de autopoiese é limitado apenas à reprodução dos elementos internos, sem correlação com o ambiente.<sup>111</sup>

O próprio Teubner rebate as críticas à aplicação da autopoiese aos sistemas sociais ao afirmar que:

[...] a autopoiesis social e jurídica contradistingue-se da autopoiesis biológica pelas suas propriedades emergentes; sistemas autopoieticos de grau mais elevado exigem sempre como base a formação de círculos auto-referenciais novos e de diferente tipo.<sup>112</sup>

Essas críticas sem fundamento se desvelam de uma certa indefinição ou um duplo equívoco do conceito de autopoiese. O primeiro consiste em afirmar que um sistema autopoietico é um sistema que cria a si próprio do nada, e que se mantém em si mesmo. O outro em sugerir que o fechamento do sistema autopoietico impede qualquer influência do ambiente no sistema, em que há uma independência total daquele sobre esse.<sup>113</sup>

Quanto ao primeiro equívoco, como já se asseverou, a autorreferencialidade do sistema, entre estrutura e operação (as estruturas são construídas e variadas por operações, que, por sua vez, são circunstanciadas pelas estruturas), conduz ao seu fechamento operacional. É a circularidade sistêmica operacional que encadeia as operações na construção do sistema.

Destarte, como afirma Clam, “os sistemas autopoieticos são conjuntos processuais que vivem numa *continuidade de confirmações generalizantes*” (destaque do autor)<sup>114</sup>. A unidade sistêmica é construída através da repetição

---

<sup>111</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 36 e 54.

<sup>112</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 54-55.

<sup>113</sup> CLAM, *A autopoiese no direito*, 2013, p. 105-108.

<sup>114</sup> CLAM, *A autopoiese no direito*, 2013, p. 110-113.

temporal contínua de suas operações em torno de seus programas e códigos pré-estabelecidos. Não se busca descobrir a essência ou o surgimento do sistema; o momento zero em que se estabeleceu um código visando reduzir uma hipercomplexidade alcançada, mas apenas entender como ele se reproduz no tempo. Os sistemas autopoieticos “[...] não dispõem de *um início absoluto*, onde teriam ‘escolhido’ as distinções fundamentais e decidido desenvolvê-las por elas mesmos”<sup>115</sup>. Não há como precisar a epistemologia do Direito, nem qual teria sido o momento exato em que a complexidade social se tornou tão ampla<sup>116</sup>, que se fez necessária a seleção e redução da mesma pelo estabelecimento do código lícito/ilícito.

Vistos os sistemas como uma emergência de uma infraestrutura material<sup>117</sup>, deve-se apenas tomar como referência, por ora, o presente, ou seja, a existência de um sistema diferenciado, ao invés de buscar a sua origem, pois se produz suas operações reportando-se a outras operações do sistema, diferenciando-se do ambiente e determinando o que pertence ou não ao sistema.<sup>118</sup> Assim, o sistema se autorreproduz “[...] extraído do fluxo ou sequência de eventos (que constitui assim a sua infraestrutura material, energética e informacional) novas unidades que são depois articuladas selectivamente com os elementos da sua própria estrutura”.<sup>119</sup>

Quanto ao segundo engano conceitual da autopoiese, já se firmou que esse fechamento operacional é acompanhado de uma abertura cognitiva, de forma que o sistema interaja com seu ambiente. Segundo Clam, “o sistema autopoietico não pode se *realizar sem a abertura sobre o mundo por seu próprio fechamento*”<sup>120</sup>. Desta feita, os sistemas autopoieticos buscam filtrar as comunicações do ambiente por intermédio de seu fechamento operativo, eis que a abertura sem o crivo do sistema permitiria que os estímulos do ambiente minassem as próprias estruturas e a unidade sistêmica. Por isso que toda comunicação externa, somente adentra ao sistema se traduzida pelo seu código, no caso do Direito, o código lícito/ilícito.

Todavia, como ressalta Luhmann:

---

<sup>115</sup> CLAM, A autopoiese no direito, 2013, p. 110-113.

<sup>116</sup> Apesar de haver diversos estudos no sentido justamente estabelecer a origem desse sistema jurídico.

<sup>117</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 47.

<sup>118</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 646-648.

<sup>119</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 46.

<sup>120</sup> CLAM, A autopoiese no direito, 2013, p. 115-118.



É importante notar que o conceito de produção jamais requer que haja controle sobre todas as causas do produto. [...]. O conceito de produção designa apenas o que é necessário para o estabelecimento e a manutenção de uma divergência — necessária para cada caso de que venha a se tratar. Outro critério característico é o da disponibilidade no sistema. Só mesmo se houver uma provisão adicional para produzir a disposição no sistema pelo próprio sistema é que se poderá falar de um sistema autopoietico em sentido estrito. Porém, essas são exigências adicionais, portanto limitadoras, que de modo algum mudam o fato de que nenhum sistema é capaz de controlar todas as causas, mas somente as que a própria autopoiese sugere. Por isso, a reprodução autopoietica é sempre a reprodução dos limites do sistema, os quais separam as causas internas das externas.<sup>121</sup>

E corrobora Teubner que:

[...] a ideia de auto-produção de modo algum implica que todas as causas [...] estejam localizadas dentro do sistema. [...] a teoria autopoietica considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas e políticas do direito não está excluída, mas é mesmo pressuposta, por um sistema jurídico auto-produtivo. Não é a inexistência desta influência proveniente do meio envolvente o que a teoria autopoietica veio inovadoramente sublinhar, mas apenas a forma particular como aquela se repercute no sistema.<sup>122</sup>

Destarte, dizer que um sistema é autopoietico, não significa afirmar que ele está totalmente avulso ao seu ambiente. A sua interação com o seu ambiente é inevitável e de certa forma essencial para a sua evolução. O Direito enquanto sistema cuja função seja estabelecer e atender às expectativas normativas, não pode restar engessado pela clausura sistêmica, mas a própria interação com o ambiente fará com que se perceba as mudanças em tais expectativas. Assim, enquanto as expectativas normativas são generalizadas, ou seja, coletivas, deve-se permitir a mudança das normas quando certas consequências jurídicas não são mais aceitáveis ou tiveram seu sentido social modificado, restando o fechamento normativo circunscrito à auto-observação do sistema segundo o código binário.<sup>123</sup>

É através dos programas condicionais que o fechamento normativo operacional e a abertura cognitiva são combinados. Ao aplicar-se a estrutura condicional (Fato→Decisão), se estabelece uma regra de decisão normativa (já que na teoria Luhmanniana não tem o direito a função de regular condutas como tratado acima) possível ante a ocorrência de determinado fato. A decisão normativa deve estar fundamentada apenas nas estruturas e operações internas do sistema (fechamento normativo); os fatos, por sua vez, tem de ser determinados

---

<sup>121</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 11340-11349.

<sup>122</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 45.

<sup>123</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 1236-1239.

cognitivamente.<sup>124</sup> Portanto, autopoietico será o sistema capaz de autoproduzir-se por intermédio de sua cadeia de operações que funcionam sob um programa condicional, decorrentes do processo de fechamento operacional-abertura cognitiva, e condensam as estruturas do sistema que lhe dão unidade.

Nesse sentido, o Direito revela-se como um sistema autopoietico, na medida em que as comunicações jurídicas, por intermédio de seu código binário lícito/ilícito, diferenciam-se das comunicações sociais gerais, estabelecendo o que é direito, se autoproduzindo, dentro da sua programação condicional, por intermédio de suas operações (comunicações jurídicas), que se encadeiam em novas operações, produzindo suas estruturas (normas jurídicas).

Por exemplo, quando alguém, por sua vontade, decide roubar um carro, essa comunicação fática diferencia-se pelo código binário jurídico lícito/ilícito, e pelos programas jurídicos (Código Penal) transformando-se em comunicação jurídica (alguém cometeu crime de roubo) quando praticado um ato jurídico de autoridade que determina investigar tal fato (Portaria do Delegado de Polícia ou auto de prisão em flagrante), que aplicado à estrutura normativa se/então do programa condicional, implicará em operações jurídicas (atos jurídicos, como denúncia/arquivamento do processo) encadeadas para o processamento, produzindo a norma jurídica concreta (sentença condenatória ou absolutória), que implicará em novas operações jurídicas decorrentes do código e programas, como a prisão em caso de condenação transitada em julgado, e a expedição de guia de execução da pena, que implicará em novas operações e estruturas jurídicas.

Todas as operações se autoproduzem dentro do fechamento operativo do sistema jurídico, mas abertos ao ambiente (o fato de subtrair o veículo com emprego de violência só é jurídico, porque assim escolheu o sistema), passíveis de mudança (aqui também devem ser trabalhadas questões de interpretação normativa que se utilizam se outras operações e estruturas jurídicas para a construção de uma decisão). Autoprodução aqui não significa autoproduzir-se apenas por intermédio de seus elementos, mas também se valer do ambiente para a produção deles.

Luhmann argumenta que:

---

<sup>124</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 1285-1290.

Todos os componentes, toda mutabilidade e toda estrutura têm de ser produzidos no sistema, por meio de operações providas pelo próprio sistema. Em outras palavras, não existe nenhuma determinação de estrutura externa. Somente o próprio direito pode dizer o que o direito é. Assim, a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações. Não apenas a produção de operação por operação, mas também, a fortiori, a condensação e confirmação de estruturas por operações que orientam tais estruturas são realizações da autopoiese. É desse ponto de vista que passaremos a delinear o sistema do direito também como sistema dotado de estrutura autodeterminada.<sup>125</sup>

E a “autodeterminidade” do sistema perpassa pelo conceito de positividade, vista sob o enfoque da decidibilidade e da alterabilidade do sistema do direito.<sup>126</sup> O direito positivo, na medida em que não é natural, revela-se como uma decisão; essas decisões, quando postas, permitem a sua observação e recordação, propiciando a sua reprodução.<sup>127</sup> “A positividade se torna a fórmula pela qual os observadores dos observadores podem se pôr de acordo quanto a observar a mesma coisa, que é o direito vigente.”<sup>128</sup> O direito vigente (aqui não se deve restringir o conceito ao termo legal, e sim ampliar-se do ponto de vista normativo) se estabelece um objeto a se observar; dessa observação pode-se obter uma conclusão pela vinculação ou alteração do direito, o que conduz a afirmação de que a positividade também implica na aceitação de variações do direito.

Enquanto o código binário do direito determina que as circunstâncias têm de ser processadas no interior do sistema jurídico (fechamento operacional), os programas garantem a sua mutabilidade e adequação ao ambiente (abertura cognitiva). O controle do código lícito/ilícito é feito pelo sistema jurídico, mas a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente.<sup>129</sup> Neves assim afirma que “a positividade significa que a decisão, mesmo que vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico.”<sup>130</sup>

Revela-se assim a face do Sistema Autopoiético enquanto Direito Positivo, na medida em que as normas jurídicas, enquanto programas do código binário lícito/ilícito, recebem as comunicações sociais (fatos) que se juridicizam e ingressam no sistema jurídico, iniciando um encadeamento de operações que ao final validarão

---

<sup>125</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 727-732.

<sup>126</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 79.

<sup>127</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 561.

<sup>128</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 8573-8574

<sup>129</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 80-81.

<sup>130</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 80.

(manutenção) ou alterarão as estruturas jurídicas por intermédio das decisões judiciais. Esse papel de manutenção/alteração, Luhmann confere à validade jurídica.

Como o sistema autopoietico se baliza sempre no arcabouço legislativo existente, a cada validação (manutenção/alteração), ou seja, a cada decisão, estamos diante de um novo sistema jurídico. “O direito é uma máquina histórica que, com cada operação, transforma-se em outra máquina”.<sup>131</sup> Portanto, a mesma decisão que valida todo o sistema jurídico anterior, também é ponto de partida para novas operações jurídicas do sistema.<sup>132</sup>

A decisão jurídica se apresenta, então, como uma operação central do sistema jurídico uma vez que confirma ou modifica o próprio direito na sociedade. A positividade assim se encontra identificada na relação paradoxal em que a decisão jurídica, ao mesmo tempo que valida as normas que invoca para a sua constituição, retira delas o seu fundamento de validade.<sup>133</sup> Aqui, Luhmann aponta que somente o direito detém uma reflexividade dessa natureza, e que se desenvolve no curso dos processos, permitindo a sua autopoiese.<sup>134</sup> Decisão e processo jurídicos se configuram essenciais a autopoiese do sistema jurídico.

## 1.6. DECISÃO, PROCESSO E JUSTIÇA: OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS COMO PROGRAMAS DE PROCEDIMENTO

Tomada a decisão como a operação comunicativa que confirma ou modifica o direito pela aplicação do código binário, o ponto de partida se aloca em um estado de incerteza inicial, que se prolonga, na certeza de que haverá uma decisão. A decisão jurídica tem por função absorver e reduzir as inseguranças existentes na complexidade do ambiente. A legitimação da decisão parte da tergiversação da incerteza do conteúdo da decisão, por uma certeza de que haverá uma decisão.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 1672-1674.

<sup>132</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 122.

<sup>133</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. In: **Nomos - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**. Fortaleza/CE. V. 37.1, p. 259-279, Jan-Jul/2017, p. 265.

<sup>134</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3326-3329.

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980, p. 05;

Diante da possibilidade de interpretações e dos argumentos trazidos pelas partes, a construção da decisão carece de tempo.<sup>136</sup> “Para ganhar tempo (e com o tempo, futuro; e com o futuro, incerteza), o sistema jurídico institui processos.”<sup>137</sup>

A aceitação inicial de uma incerteza conduz os participantes a colaborarem com a construção da certeza, especificam os papéis, delimitam os pontos conflituosos, até que a decisão apareça como resultado do procedimento jurídico.<sup>138</sup> A legitimidade do direito define-se então como “[...] uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.”<sup>139</sup> Aceitação (ou aprovação) aqui, não representa o reconhecimento voluntário por uma decisão pessoal, mas sim de uma institucionalização social da obrigatoriedade de reconhecimento e de cumprimento, como um processo institucionalizado de aprendizado.<sup>140</sup>

Forma-se um sistema parcial<sup>141</sup> organizado, diferenciado pelo binômio membros (aqueles que devem produzir decisões em conformidade com os programas) e não membros do sistema. Aqueles, subdivididos pela divisão dos poderes, entre tribunais, parlamentos e administração pública.<sup>142</sup> Portanto, há que se diferenciar a decisão e o processo jurídicos, da decisão e do processo judiciais, sendo estes a decisão e o processo jurídicos realizados no âmbito da jurisdição. Nesse trabalho, dado a temática trazida, tratar-se-á, assim, das decisões e do processo judicial. Cumpre esclarecer ainda que procedimento não significa, por si só, direito processual, visto como um arcabouço normativo que regulamenta os processos judiciais.<sup>143</sup> Não obstante, como aponta Lima, o procedimento judiciário tem por objeto a justificação dos institutos de direito processual.<sup>144</sup>

O processo judicial revela-se um elemento essencial à autopoiese do Direito, em especial, no tocante a sua derradeira decisão, que dentro do ciclo autorreprodutivo

---

<sup>136</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica em Niklas Luhmann. Vídeo 03. **Youtube**. 01 nov. 2018. Disponível em: <https://youtu.be/OOWR22yh0ks>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>137</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3347-3349.

<sup>138</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5285-5287.

<sup>139</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p.30;

<sup>140</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p.34-35.

<sup>141</sup> A ideia de um sistema parcial reflete na necessidade de os procedimentos estarem atrelados a um sistema maior, que lhes justifiquem, representem e mantenham determinadas regras de comportamento (LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p.41).

<sup>142</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2255-2263.

<sup>143</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 35.

<sup>144</sup> Lima, **Sociologia do direito**, 2012, p. 81.

tem a capacidade de manter ou alterar o direito posto. Como a norma jurídica representa uma expectativa estabilizada, a decisão se revela uma “[...] técnica de neutralizar as decepções [...]”.<sup>145</sup> Enquanto positividade do sistema jurídico, a decisão judicial chancela a validade/invalidade da norma, reafirmando-a enquanto programa condicional, e, aplica o código binário do sistema jurídico. Nos dizeres de Luhmann, “[...] só é válido como direito o que os tribunais consideram como tal”.<sup>146</sup>

O processo judicial é, assim, o caminho percorrido para revalidar o próprio sistema jurídico, atinente à sua função, qual seja, criar uma segurança em termos de expectativas normativas.<sup>147</sup> Uma vez que apenas o código pode produzir legalidade ou ilegalidade, o processo vive da incerteza produzida pela aplicação do código lícito/ilícito, fazendo uso dela como meio da sua autopoiese.<sup>148</sup> É a absorção dessa incerteza, de forma seletiva, que dá sentido ao processo jurídico, e exige uma restrição quanto ao ambiente não processual, e possibilita um certo grau de autonomia no processo de tomada de decisão.<sup>149</sup>

Cumprido esclarecer que para Luhmann, o fato de entender-se o procedimento enquanto caminho<sup>150</sup>, não significa que este percurso se encontra pré-determinado, como uma cadeia fixa de atos sequenciais determinados<sup>151</sup>. Procedimento não é um rito, apesar de existir uma estrutura estabelecida e programas que encadeiam os atos para uma decisão final. “Os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração.”<sup>152</sup>.

Como, em geral, todos desejam uma decisão (do contrário permanecerá o estado de incerteza), o processo utiliza essa busca por uma decisão obrigatória para, segundo Luhmann:

---

<sup>145</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 04

<sup>146</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 4837.

<sup>147</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>148</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3283-3286.

<sup>149</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 43.

<sup>150</sup> A ideia de caminho deve ser reduzida a ideia de organização na “[...] forma de um episódio temporalmente limitado, que se inicia com uma demanda e termina com uma decisão.” (LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, 3270-3271).

<sup>151</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 37.

<sup>152</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 39.

[...] motivar contribuições, para incentivar participações, para oferecer oportunidades (mas não resultados) e assim chamar os participantes à colaboração, isto é, convocá-los para o reconhecimento, até que por fim se convertam em prisioneiros de sua própria participação, tendo poucas perspectivas de posteriormente vir a negar a legitimidade do processo.<sup>153</sup>

Constituindo um subsistema comunicacional, o processo judicial também operará de forma circular por intermédio de suas estruturas que operam a seleção sistêmica e orientam as operações consequentes, construindo-se a história do processo em prol da sua função, e autorreproduzindo o próprio sistema em um movimento autopoietico.

Essas estruturas constituem-se, inicialmente, normas gerais, expectativas generalizadas, aplicáveis a qualquer procedimento. Constituem a organização básica sobre a qual o processo irá se desenvolver em razão da sua função. À medida em que o processo comunicativo se opera são abertas, multiplicadas ou eliminadas as possibilidades, reduzindo-se a complexidade e construindo a história processual até obter-se a decisão<sup>154</sup>. Conclui Luhmann que “[...] o processo jurídico individual se torna uma matriz de acontecimentos possíveis que só se podem realizar dentro deste processo, por causa dos seus teores significativos específicos.”<sup>155</sup>

Isso não implica em afirmar que o processo não possui regras. É justamente no sentido de criar expectativas comportamentais quanto a essa construção do processo, regulamentando a sua realização, e criando um direito processual específico.<sup>156</sup> “[...] Esse direito utiliza suas normas em sentido positivo para incentivar a evolução do processo tendo como objetivo uma sentença objetiva e justa; [...]”<sup>157</sup> Justiça que, para Luhmann, “requer uma qualidade normativa”<sup>158</sup>. Explica o autor que:

Enquanto no caso da “validade” ela é entendida como símbolo que circula no sistema e que enlaça operações, na lembrança dos resultados de operações para uma reutilização recorrente, no caso da justiça trata-se de uma auto-observação e de uma autodescrição do sistema. [...], delimitamos o problema da justiça mediante distinções: trata-se de autorreferência não como operação, mas como observação; não no nível do código, mas no nível de programas; e não na forma de uma teoria, mas na forma de uma norma (com propensão à frustração).<sup>159</sup>

---

<sup>153</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3286-3289.

<sup>154</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 40-41.

<sup>155</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 41.

<sup>156</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 42-43; LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3302-3303.

<sup>157</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3303-3304.

<sup>158</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3435.

<sup>159</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3428-3447.

Na teoria dos sistemas a justiça não é tida como um valor metajurídico ou ético, mas como “consistência adequada do processo decisório”<sup>160</sup>. Como o sistema apenas refere-se aos seus elementos internos (código, programas e funções)<sup>161</sup>, uma decisão somente será justa ou injusta mediante a auto-observação sistêmica que verificará se a decisão se traduziu nos códigos e programas do sistema jurídico. E mais, o que legitimará o procedimento para uma decisão que ainda não se manifestou, é justamente um aceitação generalizada que tais decisões de conteúdo ainda não delimitados entejam dentro de limites previamente estabelecidos pelo próprio sistema.<sup>162</sup> Tendo o processo judicial como finalidade a prolação de uma decisão obrigatória que valide/invalida o sistema jurídico, porém totalmente incerta em relação ao seu conteúdo, é nesta disposição social que reside a legitimidade do procedimento.

Por exemplo, somente poder-se-á afirmar que uma condenação de um indivíduo por tráfico de drogas por somente possuir, para consumo próprio, pequena quantidade de maconha, é injusta, ao se observar a decisão, e confrontá-la com o código binário de pertencimento do sistema e aos programas (normas primárias). No caso em tela, observada a situação verifica-se que o sistema jurídico legaliza tal fato social (possuir droga para consumo próprio), ou seja, pertence ao sistema do direito, no qual se aplica o programa contido na Lei nº 11343/2006 que comunica que tal conduta não é prevista como tráfico de drogas, e sim como crime de porte/posse de drogas para consumo próprio. Somente se poderá determinar que essa decisão foi justa ou injusta através de uma observação/descrição. De igual forma, somente será legítima a norma que seguiu o procedimento adequado. Destarte, o valor justiça não está atrelado ao sistema jurídico. Como a autopoiese do sistema e o código podem ser injustos, é possível existir sistemas jurídicos injustos<sup>163</sup>.

E como atender à função processual citada acima de persecução da justiça, se a mesma não pode ser garantida? Para Luhmann, “O próprio sistema tem de definir a justiça de maneira que deixe claro que a justiça tem de prevalecer e que o sistema identifica a ela uma ideia, princípio ou valor”<sup>164</sup>. Na medida em que os sistemas autopoieticos são operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, o termo

---

<sup>160</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, 2011, p. 21-22.

<sup>161</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, 2011, p. 21-22.

<sup>162</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 30.

<sup>163</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3447-3448.

<sup>164</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3465-3466.



justiça, quando visto a partir do interior do sistema, se desdobrará em uma justiça externa, enquanto uma adequada complexidade (abertura cognitiva adequada), e um justiça interna, como consistência das decisões (conexão da reprodução normativa autopoiética).<sup>165</sup> Nesse sentido é que se destacam os “sistemas” processuais penais.

### 1.7. OS “SISTEMAS” PROCESSUAIS PENAIS E A EXECUÇÃO PENAL

Dentro do subsistema do processo judicial, as normas processuais se revelam como limitadoras da complexidade atinente ao ato de decidir, e indicam os meios para se alcançar a justiça, delimitam os papéis desempenhados, e direcionam a autorreprodução sistêmica, conferindo autonomia ao sistema, com o propósito máximo de pacificação do conflito enquanto aceitação da decisão pelas partes.

Por esse motivo, cumpre esclarecer que os ditos “sistemas” processuais penais, como trazidos pela doutrina<sup>166</sup> que costuma dividi-los entre acusatório, inquisitório e, para alguns, misto, não são propriamente sistemas processuais de acordo com a teoria Luhmanniana. Não há como precisar que ocorra uma diferenciação funcional na qual se identifiquem operações específicas que se autorreproduzam a partir destas operações díspares, quebrando o conceito de sistema.<sup>167</sup>

Enquanto normas que regulamentam o processamento na busca de uma decisão, eles funcionam como “programa de programas” (modelos pré-constituídos que visam “instruir” o processo<sup>168</sup>) que limitam e direcionam o sistema processual a se obter uma decisão justa. Por esse motivo, com exceção para as citações diretas, utilizar-se-á a nomenclatura programas ou modelos (e seus sinônimos), evitando-se a utilização da palavra sistema.

---

<sup>165</sup> NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, 2016, p. 84.

<sup>166</sup> Por exemplo: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal (livro eletrônico)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2013; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018; COUTINHO, **Sistema acusatório**, 2009.

<sup>167</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, p. 221.

<sup>168</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 53.

Cumpra salientar ainda que, para este trabalho, não foi possível identificar com inteligibilidade, na obra de Luhmann às quais se teve acesso, que o direito se subdivide em outros subsistemas sociais autopoieticos, com função, sentido e código diferenciados (diferenciação interna), a ponto de identificar o direito penal ou processo penal ou a execução penal como sistemas ou subsistemas.

Em sentido diverso, Amaral afirma que a execução penal se diferencia do sistema de justiça penal enquanto subsistema do direito tendo por função propiciar a integração harmoniosa do apenado sob o código binário ressocialização/dessocialização.<sup>169</sup> Data vênua o posicionamento, para que haja uma diferenciação funcional, além da autorreprodução operativa apontada acima, a função do sistema deve ser caracterizada por algo que somente o sistema possa realizar. Ademais, o código proposto não revela propriamente um caráter de pertencimento ou não ao sistema, já que podem exigir uma interpretação desses valores<sup>170</sup> (ressocialização não é um conceito absoluto), mas sim, mais um critério de validade/invalidade aplicada pelo programa (princípio) contido no art. 1º da LEP.

Ademais, Luhmann cita a hipótese de que a diferenciação do sistema demandaria uma diferenciação interna, o que se levanta uma suspeita de que o sistema jurídico dote de uma diferenciação interna, apesar de não restar definida uma forma de como chegar a tal diferenciação, caracterizada pela forma à qual as relações entre os sistemas parciais (subsistemas) expressam o ordenamento do sistema total.<sup>171</sup>

Luhmann afirma, entretanto, que não há como responder sobre a forma da diferenciação interna

fazendo-se uma alusão aos distintos campos jurídicos e à transformação histórica das distinções correspondentes; tampouco se trata de distinções como entre direito público e direito privado, direito administrativo e direito constitucional, direito de propriedade e direito das obrigações, e muito menos de princípios de divisão na matéria jurídica, como o esquema do direito romano *persona/res/actio*. Ainda que divisões semânticas desse tipo não se desenvolvam independentemente do nível de complexidade do sistema, elas não chegam a explicar as formações operativas do sistema no sistema do direito.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> AMARAL, Cláudio Prado do. Em busca do devido processo na execução penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. vol. 81/2009, p. 161 – 194, Nov.-Dez/2009.

<sup>170</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 2774-2775.

<sup>171</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4705-4734.

<sup>172</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4729-4734.

Assim, entende-se que tanto o direito penal, quanto a execução penal, não se constituem propriamente subsistemas do direito. De igual forma, os seus procedimentos (processo penal – conhecimento e execução penal) não se diferenciam do sistema parcial do processo judicial. As normas processuais penais e de execução penal, para o autor deste trabalho, se dirigem a um tipo específico de programas normativos vistos e classificados por meio de um observador que os enxerga sob o comando de aplicação de uma pena ante a violação de uma expectativa.

Jakobs, no intuito de estabelecer qual o sentido da pena dentro de uma teoria sistêmica e o papel do processo penal, partindo da premissa Luhmanniana de que as normas são expectativas normativas simbólicas generalizadas de um comportamento, aponta que o delito configura uma contradição do programa (norma jurídica) e a pena é posta como uma resposta que confirma a norma, cabendo ao direito penal o restabelecimento da perturbação à norma jurídica posta, sendo o processo penal uma consequência da negação à norma jurídica.<sup>173</sup> Se há uma expectativa social, a desilusão não conflui ao abandono da norma, eis que dotada de caráter normativo, contrafático, em sim ao um procedimento com escopo de validação da mesma. O que leva Jakobs a afirmar que a “a pena não repara bens jurídicos, senão confirma a identidade normativa da sociedade.”<sup>174 175</sup>

Para o penalista alemão, o bem jurídico só se torna jurídico quando positivamente valorado, quando estabelecido que deve o sistema jurídico dedicar-se a ele, dentro dos seus limites. Assim, a proteção desses bens jurídicos não está restrita ao direito penal, mas a todo o sistema jurídico, que a fará por meio de deveres positivos ou negativos, esses últimos por uma expectativa de dever geral de não violação. E em caso de comportamento culpável que frustrar a expectativa normativa, o direito coercitivamente age sobre o agente com a imposição de uma pena ou multa.<sup>176</sup> O que autorizaria a imposição da medida, não é a violação do bem, mas sim a violação da norma/expectativa. Como pontua Jakobs, o bem jurídico, enquanto valor a ser protegido, como vida, liberdade e propriedade, não representa um fim, mas um

---

<sup>173</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996, p. 18.

<sup>174</sup> JAKOBS, **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um derecho penal funcional**, 1996, p. 11, tradução nossa.

<sup>175</sup> Citação original: “La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad”.

<sup>176</sup> JAKOBS, **Proteção de bens jurídicos?**, 2018, p. 41-48.

motivo para a norma, configurando-se o verdadeiro bem jurídico penal a vigência da norma<sup>177</sup>.

*Data vênia* tal entendimento, há que se tecer alguns contrapontos até para se evitar críticas como a de que a teoria sistêmica se coaduna com sistemas autoritários<sup>178</sup> e totalitários.<sup>179</sup> Primeiramente, a ideia de autoritarismo ou totalitarismo não advém do direito, mas das irritações ambientais sofridas pelo sistema jurídico. Jakobs, estabelece que as questões penais atuais não são decorrentes de um plano interno do direito penal ou de uma idealização de uma sociedade desejável feita pelos observadores, mas sim de um direito penal construído no ordenamento jurídico.<sup>180</sup> Os programas vigentes que se autorreproduzem são decorrentes de culturas, políticas e outras irritações dos demais subsistemas da sociedade, construídos historicamente. Essas interferências, especialmente a da política, é que tem o condão de proteger os valores tidos como bens jurídicos. Ao sistema jurídico cabe operar dentro de seus programas, normas.

Segundo, dentro do conceito de norma jurídica há que se distinguir os tipos de sanção. A norma primária é a que estabelece a expectativa normativa congruente. Ocorrendo uma frustração à essa norma, deve existir uma sanção, consistente na possibilidade de o Estado coercitivamente agir com intuito de fazer valer a expectativa, validando a norma existente. Essa sanção ou norma jurídica secundária configura uma relação jurídica processual consistente no processamento do violador da expectativa normatizada. E aqui, entende-se que se deve reler o pensamento sistêmico do direito penal de Jakobs no sentido de diferenciar-se a pena da aplicação da pena.

Ao prever, por exemplo o art. 121 do Código Penal, que constitui crime de homicídio a ação de matar alguém, sob pena de reclusão de 06 a 20 anos, há uma expectativa comportamental negativa geral para que não se mate pessoas. Há uma outra expectativa de que as pessoas que pratiquem tal fato criminoso recebam uma

---

<sup>177</sup> JAKOBS, **Proteção de bens jurídicos?**, 2018, p. 47.

<sup>178</sup> Luhmann inclusive afirma que um autoritarismo político representaria uma ruptura com o direito (LUHMANN. **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 1242-1243).

<sup>179</sup> NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. In: **Direito em debate**. ano XIV, nº 25, p. 123-135, jan./jun. 2006, p. 130.

<sup>180</sup> JAKOBS, **Sociedad, norma y persona em uma teoría de um derecho penal funcional**, 1996, p. 40.

punição que não será inferior a seis, nem superior a vinte anos. Com a quebra da expectativa, surge um dever dirigido aos órgãos estatais de administração da justiça de validação da expectativa normativa, para que o comportamento contrário não seja capaz de modificar a expectativa existente.

Em havendo tal conduta contrária à expectativa, será aplicada a pena, revalidando a norma jurídica. As duas primeiras expectativas referem-se ao conceito de norma jurídica primária, formada pela descrição da hipótese fática e de uma sanção de nível pré-processual que, por si só, não goza de qualquer coercitividade. Como aponta Vilanova, não obstante a existência de sanções de natureza material, somente pela via processual é que é possível exigir coercitivamente a aplicação da norma primária, efetivada pelo processo de execução.<sup>181</sup>

Destarte, sendo a pena em abstrato mera expectativa sem eficácia coercitiva, o que valida a norma jurídica e restabelece a expectativa social é a aplicação da pena em concreto, após um devido processo, ou seja, a sanção enquanto procedimento visando uma decisão. Por esse motivo, discorda-se em parte da posição de Jakobs, pois o que valida (confirmando ou refutando) a norma jurídica (inclusive com relação à pena em abstrato) em consonância com os códigos e programas do sistema e restabelece a expectativa é decisão judicial legitimada pelo procedimento.

Terceiro, mesmo considerando que o direito penal tem por bem jurídico a vigência da norma jurídica, isso não significa que qualquer expectativa pode ser normatizada sem qualquer valoração. O direito, enquanto sistema jurídico autopoietico, deve operar de forma fechada em seus códigos e programas (apesar de a escolha entre o lícito e ilícito ser condicionada pelo ambiente – heterorreferência – em sua abertura cognitiva<sup>182</sup>).

Assim, a decisão sobre a criminalização de um fato social, ou seja, a normatização de um comportamento, é puramente política, inserindo-se no sistema jurídico de acordo com o próprio direito. Como aborda Luhmann ao tratar da interrelação entre política e direito, “Fazer política significa decidir politicamente qual direito deve ser direito vigente”<sup>183</sup>. Essa opção política adentra ao sistema jurídico

---

<sup>181</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 198.

<sup>182</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 81.

<sup>183</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6792.

pelos canais específicos, passando pelos filtros do sistema jurídico, denominados acoplamentos estruturais.

O acoplamento entre o sistema político e o jurídico é representado pela Constituição Federal, que “[...] permite ao direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como ao direito constitucional se tornar instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política”<sup>184</sup>. É a Constituição a detentora dos valores ou bens jurídicos que o sistema jurídico daquele Estado deseja proteger.

Uma Constituição autoritária permitirá que políticas autoritárias sejam absorvidas pelo sistema jurídico; uma constituição democrática permite que políticas democráticas sejam implementadas. Ela deve funcionar como uma “peneira” à irritação política criminal de forma a permitir que somente se normatize a proteção de bens jurídicos verdadeiramente essenciais. Ao direito, no caso o direito penal e processual penal, cabe atuar dentro dos seus programas e códigos de validação da norma jurídica posta, não podendo também intervir no sistema político.

Tomado o processo penal enquanto instrumento que visa absorver os desapontamentos às expectativas comportamentais da seara criminal, funciona ele como mecanismo para reconhecimento (ou modificação) da expectativa normativa comportamental e aplicação da pena estabelecida na norma primária, devendo ser respeitadas todas as regras e princípios procedimentais (que também são expectativas) para alcançar-se a decisão.

Como defende Lopes Jr., “somente se admite sua existência [processo penal] quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)”<sup>185</sup>. E conclui Luhmann que “de modo correspondente, o sentido último da garantia constitucional para o sistema do direito é encontrado na garantia procedimental, uma vez que, obviamente, não se pode garantir que todos venham a receber a justiça tal como esperam receber”<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> LUHMANN. **O direito da sociedade** [livro eletrônico]. 2016, l. 7534-7535.

<sup>185</sup> LOPES JR., **Fundamentos do processo penal**, 2017, l. 33.

<sup>186</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5052-5054.

Nesse sentido, os modelos processuais penais representam um conjunto de programas estruturados com a finalidade de regular as operações e estruturas dos demais programas como mecanismo de alcance da justiça. Essas estruturas giram em torno de um objetivo comum, dada opção política, para com a instrumentalização do Direito Penal. Essa interferência do sistema político ocorre por intermédio da legislação, cujo propósito é justamente filtrar as irritações de outros sistemas, mantendo cognitivamente aberto o sistema, permitindo a sua autopoiese.

O processo é alçado ao centro da teoria processual, se mostrando como garantia essencial protetiva dos jurisdicionados contra arbitrariedades dos julgadores, além de assumir um papel validador e reconstrutor do direito posto pelos papéis desenvolvidos pelos aplicadores e/ou intérpretes jurídicos, enquadrando-se na teoria processual do formalismo-valorativo, no qual o processo constitui um direito fundamental do cidadão, e se mostra um ambiente criativo do direito.<sup>187</sup> De um lado tem-se a forma, enquanto ferramenta de controle do arbítrio estatal, de outro, a valoração através de um trabalho interpretativo concretizador, legitimados por um procedimento galgado em programas destinados a estabelecer as regras do jogo.

Nos dizeres de Gloeckner, “os sistemas processuais penais constituem o que se poderia denominar como princípio modular, a espinha dorsal de qualquer teorização sobre o espaço de deslocamento de significantes que configura o processo penal contemporâneo”<sup>188</sup>. Os modelos ou programas processuais, representados por um plexo de princípios e regras processuais justapostos para alcançar-se um objetivo, servem como tábua de aplicação do direito processual e por conseguinte, do direito penal.

Quanto à aplicação dos ditos modelos à execução penal, algumas ponderações devem ser realizadas. Primeiramente, o tema execução penal engloba, ao menos, três tipos de normas distintas, atuantes em subsistemas diferenciados.

Por meio de uma leitura da Lei nº 7.210/1984, é possível destacar normas de direito material penal, ou seja, expectativas normativas congruentes comportamentais

---

<sup>187</sup> MADUREIRA, Cláudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**. Fórum: Belo Horizonte, 2017, p. 32.

<sup>188</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. In: **Revista da EMERJ** - Rio de Janeiro - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) p. 378-408 – LUHMANN, Legitimação pelo procedimento, 1980.neiro/Fevereiro, 2015, p. 380.

que fixam direitos que buscam delimitar a própria pena aplicada ou salvaguardar os direitos não atingidos pela pena aplicada. Aqui, o termo execução penal adota a visão funcional da pena e como a mesma deve ser cumprida em sua forma material, como por exemplo, nas regras do sistema progressivo ou nas regras que garantem a remição da pena.

Há ainda regras que estabelecem expectativas normativas de gestão carcerária, indicando como agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento da pena devem agir ou organizar-se, bem como procedimentos decisórios da administração.<sup>189</sup> São normas administrativas, onde a palavra execução da pena é adotada sob a qualidade de gestão e organização carcerária<sup>190</sup>, ou seja, como administração da pena, como por exemplo nas normas que estabelecem os tipos de estabelecimento penal, ou na composição de uma Comissão Técnica de Classificação.

Por fim, ainda se encontram presentes normas técnicas processuais que instrumentalizam os direitos estabelecidos na própria Lei, no Código Penal e na Constituição Federal. A Execução Penal é tida sob a ótica processual de cumprimento de uma sentença condenatória. A expectativa normativa de cariz penal será reestabelecida (em razão de o tipo criminal possuir dois preceitos primário (descrição da infração penal) e secundário (descrição da pena), com a decisão acerca do fato constituir-se ou não crime e, em caso de condenação, com a aplicação de uma pena dentro dos limites impostos pela norma penal. Com a sentença condenatória/absolutória do procedimento de conhecimento, em caso de condenação, modifica-se a expectativa inicial para uma aplicação agora da pena aplicada (salienta-se que a decisão também é norma) por intermédio da execução da pena.

Nessa última é que se localiza o papel jurisdicional da Execução Penal, como por exemplo, nos artigos que determinam como o processo de execução penal se inicia, ou qual o procedimento adotado para análise dos direitos previstos na legislação. Aqui reside o objeto do presente estudo.

---

<sup>189</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 164.

<sup>190</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 166.



## CAPÍTULO 02 - OS PROGRAMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

*Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser “instruídos” de forma a poupar tempo, por meio da escolha dum modelo pré-constituído. Este modelo já existe culturalmente como programa para o procedimento judicial relativamente diferenciado.*

*(Niklas Luhmann, Legitimação pelo procedimento)*

### 2.1. NOTAS PREAMBULARES

Estabelecido que os modelos processuais representam um conjunto de normas jurídicas que regulam o acesso às demais normas jurídicas do processo penal, tidos por “programas de programas” do sistema jurídico processual autopoietico, resta pontuar quais são tais modelos e como eles se caracterizam. A construção desses modelos não parte diretamente do sistema jurídico, mas sim da dogmática jurídica.

Desta forma, os arquétipos processuais representam a construção de uma dogmática processual penal em um conjunto de princípios que giram em torno de um objetivo comum<sup>191</sup>, dada a natureza jurídica e a opção política para com a instrumentalização do Direito Penal e da Execução Penal. Entretanto, como aponta Gloeckner, “[...] a matéria se encontra eclipsada em um limbo ao mesmo tempo acadêmico e jurisprudencial, jurídico e político [...]”<sup>192</sup>. Observa-se que talvez o único

---

<sup>191</sup> Observar-se-á no decorrer do capítulo que tal objetivo comum talvez não seja assim tão comum, dada a falta de consenso doutrinário acerca de qual seria o núcleo fundante (se é que existe um) ou distintivo dos programas processuais.

<sup>192</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 11-30, 2018, p. 11.

consenso quanto ao estudo dos tipos processuais penais é que não há um consenso acerca das características que delimitam a adoção de um modelo ou outro.

Não obstante, a doutrina fundou as categorias acusatório e inquisitório (com algumas construções acerca da possibilidade de um modelo misto) como centrais ao estudo, não só do direito processual penal brasileiro, mas do direito processual penal comparado.<sup>193</sup> Da mesma forma, a evolução jurídica e a perene tensão entre a conservação dos métodos praticados e os desejos de mudanças provocam certas zonas cinzentas quanto ao que caracteriza um modelo como inquisitivo ou acusatório. O que, enfim, caracteriza o tipo inquisitivo ou acusatório ou misto? Será que podemos falar apenas em modelos processuais acusatório e inquisitivo?

No capítulo anterior, destacou-se que o sistema jurídico, enquanto sistema de direito positivo, não se confundiria com o direito processual penal, enquanto dogmática jurídica. Então, porque analisar os conceitos de modelos processuais penais?

Mesmo que a Ciência do Direito não possa alterar diretamente o Direito Positivo, a mesma, ao tê-lo como objeto de estudo, descrevendo-o, insere componentes, princípios e conceitos que serão utilizados como método interpretativo do legado normativo nas decisões judiciais, que poderão alterar as estruturas sistêmicas. Luhmann ressalta que a dogmática, apesar de não constituir um sistema nem do ponto de vista sociológico, nem do jurídico, representa a expressão da necessidade argumentativa do direito, por meio de conceitos, ou na manutenção de conceitos ante as irritações ambientais, especialmente a política. A dogmática funciona como uma regra delimitante diante de uma reflexão por um fundamento.<sup>194</sup>

Uma vez que a decisão jurídica representa a unidade de três operações: interpretação, argumentação e decisão, configurando uma a projeção de possibilidades da outra (interpretar para argumentar, argumentar para decidir, decidir para interpretar), a decisão manifesta uma escolha dentre outras possibilidades de interpretação bem argumentadas.<sup>195</sup> As dogmáticas aparecerão sempre quando ao se

---

<sup>193</sup> LANGER, Maximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 307-332, 2018, p. 307.

<sup>194</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6168-6172.

<sup>195</sup> SIMIONI, **Decisão, organização e risco**, 2017, p. 265.

relacionarem os programas de decisão (normas jurídicas) e a decisão no caso concreto, ambos se revelem contingentes, surgindo a necessidade de se fixar critérios, pontos de vista, conceitos e princípios com o escopo de controlar um conjunto de decisões.<sup>196</sup>

A Ciência do Direito deve se ater à autodescrição sistêmica do Direito Positivo, quando o sistema ao se auto-observar, estrutura tais observações, firma-as temporalmente e utiliza-as para se autorreproduzir. Como a autodescrição é a chave do caminho para a *autopoiesis*, pois é ela que determina afinal as operações reais de reprodução<sup>197</sup>, somente haverá uma descrição científica adequada (teórica e empiricamente) se comprometida com a auto-observação e autodescrição do sistema.<sup>198</sup>

Desta feita, a dogmática jurídica deve, ao observar o Direito Positivo, olhá-lo sob um prisma jurídico, observadas as autodescrições formadas pelo próprio sistema jurídico. Não há uma imersão direta da Ciência Jurídica na autopoiese do Sistema Jurídico, mas há uma correlação imediata entre eles. Como assevera Luhmann:

os conceitos tomados em si não são instruções para a decisão; são elementos constitutivos para as construções do direito, que, por sua vez, estão inseridas em programas condicionais cuja relevância prática produz efeitos retroativos sobre os contornos dos conceitos.<sup>199</sup>

A dogmática é sustentada por um contexto de aplicação que seria difícil de manter se não se recorresse à modelagem de conceitos como uma fórmula reproduzível. A crítica dos conceitos nos força a retornar ao problema que queremos resolver, e isso nos leva diretamente à questão da construção de funções equivalentes.<sup>200</sup> Destarte, no presente capítulo objetiva-se apresentar a dicotomia das categorias processuais penais, problematizando a sua função, buscando sempre identificar os elementos caracterizadores de um ou outro modelo, com o fim de compará-las com as estruturas da execução penal brasileira.

---

<sup>196</sup> ATIENZA, Manuel. El futuro de la dogmática jurídica. In: **El Basilisco**, Madrid, número 10, p. 63-69, mai-out 1980, Disponível em: <https://philpapers.org/rec/ATIEFD>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>197</sup> LAUDEUR *apud* TEUBNER. **O direito como sistema autopoietico**. 1989, p. 86.

<sup>198</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 215-217.

<sup>199</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6176-6178.

<sup>200</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6181-6183.

Primeiramente apresentar-se-á como a dicotomia se formou dentro da doutrina de direito processual penal e de direito comparado<sup>201</sup>, buscando-se destacar o que caracterizaria um modelo ou outro, em especial, onde reside o seus núcleos distintivos. Após, diante do dissenso teórico acerca do conteúdo dos arquétipos processuais, bem como ao real significado das expressões “sistema inquisitivo” e “sistema acusatório”<sup>202</sup>, é mister debruçar-se sobre os possíveis sentidos conceituais para definir qual melhor se adequa ao presente estudo. Por fim, necessário demonstrar como a execução penal se relaciona com os modelos processuais.

## 2.2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DICOTOMIA INQUISITÓRIO-ACUSATÓRIO

A divisão entre um programa inquisitivo e acusatório revela-se uma classificação realizada pela dogmática jurídica a partir dos “modelos” processuais existentes ao longo da história dos métodos de resolução dos conflitos de natureza penal, em especial na Europa ocidental. Entretanto, como observa Guimarães, ao analisar a aplicação das categorias processuais por sociedades desde os primórdios da humanidade, em legislações mais primitivas, não há propriamente como identificar um tipo processual penal, mas sim características de um ou outro modelo.<sup>203</sup> Como os estudos apenas datam dos séculos XVIII e XIX, o que havia anteriormente eram apenas ensaios comparativos entre legislações de diferentes estados ou regiões, apontando semelhanças e dissonâncias, tencionando a classificar os diferentes modelos encontrados. A partir do conjunto dessas características montou-se arquétipos de uma estrutura do processo penal.

---

<sup>201</sup> Aqui, o estudo repousa na análise comparativa dos sistemas e sua aplicação por países que adotam um sistema jurídico da *common law*, encontrado principalmente nos países anglo-saxões, e da *civil law*, característicos da chamada Europa continental.

<sup>202</sup> Máximo Langer enumera seis sentidos ou níveis conceituais para a dicotomia inquisitivo-acusatório (LANGER, Máximo. La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona: Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.J; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado**. p. 97-133. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001).

<sup>203</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 270.

Não há como se estabelecer que classificações são verdadeiras ou falsas, pois constituem-se fato cultural, muitas vezes individual, existindo, sim, classificações que tenham determinado consenso na comunidade científica, ou que se destinem a algum propósito ou direção determinada.<sup>204</sup> Portanto, a partir das classificações dos modelos de processo e procedimento penal realizadas pela doutrina, em especial do século XIX<sup>205</sup>, extraem-se características que sinalizem a adoção por um ou outro modelo. A dicotomia, então, é construída principalmente pela doutrina do século XIX, atrelada a um pensamento cartesiano, que selecionou práticas pretéritas, adaptando-as à necessidade de uma construção sistêmica, ignorando certas práticas que fugiam às características centrais estabelecidas.<sup>206</sup>

Contudo, com a aceitação de determinada classificação, que se revela a um propósito determinado (atingir o fim do processo penal), direcionada a determinados objetivos, e principalmente, de sua adoção como princípio ou modelo normativo, ingressará no sistema jurídico por intermédio de comunicações que construirão o sistema, abandonando a mera análise histórica e ideológica, criando um verdadeiro modelo a ser seguido. A partir do momento em que legisladores, juízes, doutrinadores e operadores do direito são influenciados por esta dicotomia, eles a inserem dentro do sistema jurídico, por intermédio de normas jurídicas, e o estudo de tais modelos se mostram de suma importância para a compreensão dos próprios fundamentos do processo penal.

Entretanto, cabe frisar que não se tem conhecimento de qualquer sistema processual, que tenha adotado *in totum* os modelos ideais desenhados pela dogmática jurídica, mesmo quando analisadas as referências pretéritas no tratamento dado à apuração das infrações penais e no procedimento para aplicação da lei penal.

---

<sup>204</sup> GUIBOURG, Ricardo *et al.* **Introducción al Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 39-40.

<sup>205</sup> Langer afirma que a dualidade entre os sistemas acusatório e inquisitório tem sido o tema central (e a travanca) da doutrina do processo penal comparado desde a primeira metade do século XIX, sendo utilizado para diferenciar as jurisdições da common law e civil law, bem como utilizado por juízes e legisladores como instrumentos de reformas processuais e guias de decisão (LANGER, Máximo. In the beginning was Fortescue: on the intellectual origins of the adversarial and inquisitorial systems and common and civil law in comparative criminal procedure. In: **Visions of Justice: Liber Amicorum Mirjan Damaška** - Studies in International and European Criminal Law and Procedure. V. 26. p. 273-300. Berlim: Duncker & Humblot, 2016, p. 06).

<sup>206</sup> GUIMARÃES. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 243.

A dificuldade em se identificar a adoção pura de um dos modelos é que tais conceitos evoluíram ao longo dos séculos de existência, fruto da adoção de uma determinada cultura social e política criminal. Como relata Lopes Jr., “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.”<sup>207</sup>

Assim, embora não se reconheça todos os elementos apontados pela doutrina como característicos do modelo processual estudado, há a identificação de pontos centrais, ou, como aponta Aury Lopes Jr, núcleos fundantes<sup>208</sup>, ou ainda, na visão de Mauro Fonseca Andrade, de elementos fixos e variáveis<sup>209</sup>, que identificam a adoção de um ou outro programa. Como afirma Langer, “do mesmo modo que construções podem ser mais ou menos fiéis a estilos arquitetônicos, processos criminais podem ser mais ou menos similares aos modelos processuais”.<sup>210</sup>

Culturalmente, é comum relacionar o tipo processual inquisitivo à questão religiosa, em especial, aos tribunais da santa inquisição da igreja católica que vigoraram na baixa idade média, em especial nos séculos XII e XIII. Segundo Moreira e Camargo, “o Processo Penal Canônico marcou o mundo pelas práticas adotadas. [...] Os tribunais que só poderiam, inicialmente, julgar delitos eclesiásticos passaram a punir todos os que confrontassem a igreja, sendo temidos até por príncipes e reis.”<sup>211</sup>

Não obstante a relação entre o modelo processual inquisitivo e a inquisição católica, a doutrina<sup>212</sup> já aponta, em sociedades arcaicas, a existência de prenúncios que indicariam uma dualidade/alternância sistêmica. Cumpre salientar que em sociedades arcaicas, a baixa complexidade social não permitia que se estipulasse a existência clara de um sistema jurídico (não havia sido realizada a diferenciação entre os subsistemas político, religioso, moral, econômico) o que não significa dizer que os conflitos não existiam, e que não eram resolvidos socialmente. Entretanto, normalmente, se resolviam sob um arcabouço sistêmico da família ou religião.

---

<sup>207</sup> LOPES JR., **Fundamentos do processo penal** (Livro digital), 2017, I. 157.

<sup>208</sup> LOPES JR., **Fundamentos do processo penal** (Livro digital), 2017, I. 182.

<sup>209</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 41.

<sup>210</sup> LANGER, *A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório*, 2018, p. 312.

<sup>211</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. *Sistemas processuais penais à luz da Constituição*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 24, v. 97 p. 73-92, set-out. 2016, p. 03.

<sup>212</sup> Vide: PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 123-134; SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. *Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo*. In: **Revista dos Tribunais**, v.842/2005, p. 413-436, dez. 2005; LOPES JR, **Fundamentos do processo penal** (Livro digital), 2017.

Utilizando-se do conceito de sistema jurídico do capítulo anterior, sendo a função do direito estabilizar expectativas normativas generalizadas sob a tríade dimensão de segurança (temporal, social e material), somente se observará uma estrutura diferenciadora do direito com a positivação da norma por escrito<sup>213</sup> (uma comunicação firme da expectativa estabelecida no tempo carente de interpretações podendo-se aplicar o código lícito/ilícito), com a concretização do conteúdo jurídico com a diferenciação dos papéis sociais e com a institucionalização pelo procedimento formando um consenso fictício.

No tocante à dimensão temporal, Luhmann ao vincular o aparecimento do sistema jurídico com a escrita revela que, na cultura ocidental, pode-se observar o início da diferenciação do sistema jurídico com o Direito Civil Romano, e com a sistematização da Idade Média, mas sem atribuir-se a formação do sistema jurídico por completo já que apesar de existir o fechamento do direito e a sua diferenciação enquanto forma, os papéis ainda não se encontravam devidamente estruturados (só ocorrendo indiretamente a partir das estruturas clericais da Idade Média) bem como não restava institucionalizado o procedimento, que só ocorrerá com o aparecimento da sociedade moderna.<sup>214</sup>

Por esta razão, acerta Langer ao afirmar que a utilização dos termos “inquisitório” e “acusatório” datam da segunda metade do século XVIII e da primeira metade do século XIX, enquanto análise comparativa dos juristas e políticos do século XVIII do Direito Penal Inglês que surgia como possibilidade para substituir o sistema jurídico estabelecido pelas monarquias absolutistas, destituídas pelas revoluções burguesas.<sup>215</sup> A dicotomia ganha assim contornos para vincular o sistema acusatório ao sistema inglês, especialmente adotado a partir do século XVIII, e, por conseguinte, ao sistema da *common law*, e o sistema inquisitório, cuja origem remonta aos séculos XII e XIII com Santa Inquisição, ao sistema jurídico da Europa continental.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>214</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 3856-4051.

<sup>215</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 309-310.

<sup>216</sup> Há estudos que apontam uma construção dos modelos processuais desde a antiguidade, realizando um excelente esforço histórico acerca dos procedimentos jurídicos e dos modelos adotados. Entretanto não é o objetivo deste trabalho, apesar de aquiescer-se com Prado acerca da importância de olhar para a histórica, analisar historicamente os sistemas processuais do passado. Para tanto, recomenda-se a leitura de: MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Tomo I - Fundamentos. 2. Ed. Buenos Aires:

Aponta a doutrina<sup>217</sup> que o marco histórico do processo inquisitório é o IV Concílio de Latrão de 1215 durante o papado de Inocêncio III. Atente-se que, como apontado por Maier, a mudança de modelos processuais (partindo da premissa que vigorava até então o modelo acusatório) decorreu de um processo lento de transformação política que se acomodou perfeitamente na categoria inquisitiva, e que se desenvolveu por aproximadamente seis séculos (vigorando do século XIII até o século XVIII) da história da Europa continental.<sup>218</sup> Segundo Amaral, “de forma mais precisamente organizada, a revolução inquisitorial encontrou ambiente fértil desde três eixos: o mercado e vida urbana nascentes, combinados com a centralização monárquica.”<sup>219</sup>

Com o surgimento de pequenos vilarejos autônomos em relação aos reinos, os burgos, com ampla expansão e crescimento populacional, em especial de servos foragidos dos feudos, que sobreviviam essencialmente de práticas comerciais e mercantis, fez ressurgir o direito romano que estava há muito tempo adormecido nos antros da Igreja Católica e de suas *universitas*. Como aponta Martins, o direito comunitário e local não atendia aos interesses do capitalismo mercantil que surgia. Necessitava-se de um direito estável, universalmente válido e alheio a limitações comunitaristas e moralistas, características atendidas pelo direito romano-justinianeu.<sup>220</sup>

Em paralelo, enfraquecia-se a relação feudal entre senhores feudais e vassallos, fomentando uma maior interferência real, que buscava combater um certo poder eclesiástico, que além de dominar o sistema religioso, também transpunha os subsistemas: cultural, já que os “doutores da igreja” ocupavam as Universidades; econômico, pois a Igreja detinha muitas terras - derivadas do comércio das indulgências - e impunha seus próprios impostos; e jurídico, pois os cânones católicos

---

Editores del Puerto s.r.l.,1999; PRADO, **Sistema acusatório**, 2005; GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015; ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013.

<sup>217</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009.

<sup>218</sup> MAIER. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 1999, p. 288.

<sup>219</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo** (monografias) . Edições Almedina. Edição do Kindle, 2014, Local do Kindle 1153.

<sup>220</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 154.



(normas jurídico-sagradas de interpretação e resolução de conflitos, representando a sacralização do direito<sup>221</sup>) passaram a reger e resolver os conflitos sociais, em uma tentativa de equalizar o duelo desleal do Direito Germânico.

A busca por poder, atrelada à demanda dos burgueses por uma unidade comercial e legislativa, impulsionaram a formação de monarquias centralizadas, ressurgindo o direito romano imperial e os procedimentos da *cognitio extra ordinem* e *inquisitivo*, temperados pelos valores católicos, de busca de uma verdade absoluta divina e da visão do crime como pecado. Como evidencia Coutinho:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor (*sic*) da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou *regina probationum*.<sup>222</sup>

Nesse primeiro período, denominado inquisição medieval ou canônica<sup>223</sup>, a Igreja Católica com o objetivo de perseguição aos tidos como hereges, institui os Tribunais da Inquisição ou Tribunais dos Santos Ofícios, orientados pelo critério inquisitório com a reunião dos papéis processuais (acusar e julgar) e a delegação da gestão da prova ao juiz-inquisitor.<sup>224</sup> Observam-se como características de um procedimento inquisitório da Santa Inquisição espanhola, por exemplo: o início do processo por uma delação, a *notitia criminis*, ou por uma investigação de ofício; a existência de várias fases, com o interrogatório antecedendo à produção probatória, buscando-se uma confissão; a utilização da tortura; a existência de diversas audiências, além da impossibilidade de comunicação prévia com o defensor; audiências conduzidas pelos inquisidores, que realizavam uma série de perguntas buscando a verdade factual; e a prisão no decorrer do processo, que representava a regra da inquisição espanhola.<sup>225</sup>

Num período posterior, qualificado de inquisição moderna, a concentração do poder e as vertentes filosóficas cristãs provocaram um “sequestro do conflito pelo

<sup>221</sup> SANTOS, Rogério Dutra. Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 179.

<sup>222</sup> COUTINHO. **Sistema acusatório**, jul./set. 2009, p. 105.

<sup>223</sup> SAAD; MALAN, Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo, 2005, 418-419.

<sup>224</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 296.

<sup>225</sup> ICAS - Instituto de la Cultura y las Artes de Sevilla. **El Proceso** (Painel informativo do Centro Temático de la Tolerancia del Castillo de San Jorge), Sevilla (ES). Visita realizada em: 05 jul. 2016.

Estado”<sup>226</sup>. O dano toma a forma de infração, vista não mais como uma ofensa à vítima, mas como uma ofensa à lei, à ordem e ao Estado. Estado esse que passa a agir por intermédio de um representante, o procurador, que atua enquanto mandatário do rei ou soberano. A justiça deixa de ser um instrumento de resolução de contendas e passa a representar um instrumento político de poder, mudando de feição, onde “[...] o acusado perde a condição de verdadeiro sujeito processual e se converte em objeto da dura persecução.”<sup>227</sup>

Apoiado no procedimento adotado pela Igreja Católica de busca de verdade, utilizando-se de um “saber-poder”<sup>228</sup> do soberano, funcionários que estavam a serviço do rei ou do senhor feudal passaram a instaurar de ofício, baseado em rumores públicos, procedimentos para apurar a ocorrência de agora, não mais um dano, mais uma infração, uma ofensa ao Estado e à toda a sociedade.<sup>229</sup> Cumpre frisar que, por se tratar de um processo gradual de transformação e por representar uma disputa política entre os reis e os senhores feudais, não havia uma aplicação unânime do modelo inquisitório, tanto do ponto de vista temporal, quanto territorial, havendo documentos que demonstram uma convivência contemporânea de características de ambos os modelos.<sup>230</sup>

Ademais, “as ‘Inquisições’ não foram um modelo único, padronizado, com as características hoje pretendidas pela doutrina. As regras oscilaram, e muito, adaptando-se aos diversos momentos e lugares onde foi empregada pela Igreja Católica.”<sup>231</sup> Questões políticas, econômicas, religiosas e culturais de cada Estado/região, além do quesito tempo (o sistema de ontem não é o mesmo sistema

---

<sup>226</sup> CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. A criminologia da não-violência: fundamentos teóricos de filosofia restaurativa e o imaginário punitivo de um abril despedaçado. CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. ANGELO, Natieli Giorisatto de. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 27.

<sup>227</sup> AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014, Locais do Kindle 1191.

<sup>228</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

<sup>229</sup> ARMENTA-DEU, Teresa. Beyond accusatorial or inquisitorial systems: a matter of deliberation and balance. In: **Visions of Justice: Liber Amicorum Mirjan Damaška** - Studies in International and European Criminal Law and Procedure. V. 26. p. 57-76. Berlim: Duncker & Humblot, 2016. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/308405127\\_BEYOND\\_ACCUSATORIAL\\_OR\\_INQUISITORIAL\\_SYSTEMS\\_A\\_MATTER\\_OF\\_DELIBERATION\\_AND\\_BALANCE](https://www.researchgate.net/publication/308405127_BEYOND_ACCUSATORIAL_OR_INQUISITORIAL_SYSTEMS_A_MATTER_OF_DELIBERATION_AND_BALANCE). Acesso em: 06 mar. 2022, p. 03.

<sup>230</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 332.

<sup>231</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 337.

de hoje), influenciaram nas minúcias de cada conjunto de programas de procedimentos, sem que se possa afirmar que abandonaram totalmente o arquétipo inquisitivo.

Dentre as características inquisitivas que marcaram o período do absolutismo monárquico da Europa nos séculos XIII a XVIII, ganharam certo relevo, em especial pelas críticas tecidas pelos filósofos iluministas em meados do século XVIII<sup>232</sup>, a oficiosidade, o caráter escrito e sigiloso e a tortura, tanto para obtenção da confissão (*préparatoire*), quanto na execução da pena (*prealable*), pelos suplícios.<sup>233</sup> Essas três características revelam o ideário político-punitivo por detrás da adoção do sistema inquisitivo pelas monarquias centralizadas, qual seja, a demonstração do poder.

A oficiosidade revela que qualquer um seria subjugado ao Poder do Rei. A ofensa/dano à vítima é tida como sem importância. Como apontam Thiago Fabres de Carvalho e Rafael Boldt, “a punição não existe para perquirir a reconciliação entre o infrator e a vítima concreta, aquela agredida em sua honra, que, a partir do confisco do conflito pelo soberano, se vê doravante apagada, esquecida e anulada.”<sup>234</sup> Esse confisco inicia um procedimento que visa apenas demonstrar o poder do Estado soberano, que coisifica o acusado, e que transmite a mensagem de que violações às leis estabelecidas não serão toleradas, criando o receio na população; “[...] punir é recordar. Recordar e perpetuar a dominação política do soberano.”<sup>235</sup> Receio esse que nunca será rebatido, eis que a tão buscada verdade não é clara e pública, estabelecendo-se um verdade dirigida exclusivamente ao soberano<sup>236</sup>. Por fim, a inflição do sofrimento pela tortura e pelos suplícios escancarava as sequelas daqueles que desafiassem o poder real, dotando de “[...] efeito intimidatório para a coletividade, ou seja, a função simbólico-repressiva.”<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> Amaral relata que “os panfletos, como o de Voltaire, circulavam aos quatro ventos discutindo a justiça penal (de 1762 a 1777 o autor escreveu quatorze trabalhos sobre o assunto) e dão os sinais do abalo” (AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014, Locais do Kindle 1579-1583).

<sup>233</sup> AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014, Locais do Kindle 1432-1438.

<sup>234</sup> CARVALHO, T.F.; BOLDT, A. *criminologia da não-violência: fundamentos teóricos de filosofia restaurativa e o imaginário punitivo de um abril despedaçado*, 2019, p. 72.

<sup>235</sup> CARVALHO, T.F.; BOLDT, A. *criminologia da não-violência: fundamentos teóricos de filosofia restaurativa e o imaginário punitivo de um abril despedaçado*, 2019, p. 72.

<sup>236</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 36. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 37.

<sup>237</sup> AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014, Local do Kindle 1509.

Esse simbolismo repressivo de poder absoluto começa a ser questionado, primeiramente, por comparação a um sistema processual que vigorava em uma ilha não tão distante da Europa continental, e também pelos movimentos humanistas e racionalistas que propiciam uma renovação intelectual no direito europeu. Estudos comparativos entre o sistema inglês e o sistema da Europa continental começam a surgir, o que sedimenta a dicotomia acusatório-inquisitivo como um dos temas principais da Processo Penal comparado, em especial, vinculando o modelo acusatório ao, aqui sim, sistema jurídico da *common law*, e o modelo inquisitivo ao sistema jurídico da *civil law*.

Não é objetivo deste trabalho adentrar a fundo na historiografia do Direito Inglês<sup>238</sup>, até porque, a longínqua existência daquele povo, desde o século I, quando integrava o Império Romano, com diversas opções políticas e contextos sociais implicaram na adoção dos mais diversos programas jurídicos.<sup>239</sup> Pretende-se focar principalmente nas características do Direito Inglês que contribuíram para a formação da dicotomia, em especial, que serviram como contrabalanceamento à estrutura inquisitiva da Europa continental.

Destaque é dado ao modelo de júri criado na Inglaterra (estima-se que a criação decorreu da descentralização do Tribunal Real, em virtude da sobrecarga de julgamentos, resultado da centralização de poder realizada pelo Rei Henrique II<sup>240</sup>) refletindo um distanciamento do sistema inquisitivo do continente, e a demonstração da adoção de um sistema acusatório<sup>241</sup>, na medida em que qualquer habitante do reino podia oferecer acusação<sup>242</sup>, incumbindo ao *petty jury* dizer o direito material, convertendo-se o julgador em mero expectador e mantenedor da ordem dos debates travados entre acusação e defesa.<sup>243</sup>

Esse “duelo” de argumentos, combinado com uma padronização das regras processuais e com a não profissionalização do julgadores, que se atinham muito mais

---

<sup>238</sup> Para maiores informações vide LANGBEIN, John H. *et al.* **History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009.

<sup>239</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 355.

<sup>240</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009, p.106.

<sup>241</sup> Em sentido contrário, cf. GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 345-351.

<sup>242</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 152.

<sup>243</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009, p. 107.

aos costumes locais do que às leis, estruturavam um direito comum (*common law*), consuetudinário e estabelecido por uma justiça de tratar casos iguais de igual forma. Ademais, outro marco histórico do sistema jurídico inglês é a edição da Magna Carta de 1215, que trouxe, em seu artigo 39, o embrião do *due process of law*. A construção de um direito comum (o *common law*) e da aplicação de um modelo que posteriormente passou-se a convencionar de acusatório, instigaram estudiosos que passaram a estabelecer uma ligação e diferenciação, entre o modelo inquisitivo, aplicado na Europa continental, em países que adotam o sistema da *civil law*, e o modelo acusatório, aplicado na Inglaterra (e replicado em suas colônias, com vital importância o desenvolvimento nos EUA), e o sistema jurídico do *common law*.

Não obstante a instituição do júri como instituição julgadora nos séculos XV e XVI, como ressalta Langer, comparativistas e historiadores que analisam a história dos sistemas jurídicos inquisitivo e acusatório, estabelecem, em sua grande maioria, que o modelo acusatório ou adversarial originou-se no século XVIII quando advogados profissionais gradualmente passaram a atuar, autorizados pelos juízes e leis inglesas, nos processos criminais, em especial na inquirição das testemunhas, “[...] que gradualmente levou à adoção de regras de prova de direito consuetudinário e à redefinição do papel dos juízes como árbitros passivos, entre outras mudanças”.<sup>244 245</sup>

Não obstante, na linha de aplicação da dicotomia *civil law/common law*, estabeleceu-se, especialmente durante o século XIX, uma dualidade de modelos de processamento criminal, que perdura até os tempos hodiernos: o confronto entre o inquisitório e o acusatório, com uma certa preferência ao sistema acusatório na Europa Contemporânea que, imbuída das ideias iluministas do humanismo e do racionalismo<sup>246</sup> e de movimentos revolucionários que clamavam o fim do absolutismo, passou a refutar toda e qualquer característica que remetia ao *ancién regime*, inclusive o modelo inquisitivo, que passa a se desconstruir, ou não. É a transformação política, aliada a esses valores filosóficos, que resultará em transformações na seara do processo penal. Como aponta Luhmann:

---

<sup>244</sup> LANGER, In the beginning was Fortescue, 2016, p. 02-03, tradução nossa.

<sup>245</sup> Citação original: [...] which gradually led to the adoption of common law rules of evidence and to the redefinition of the role of judges as passive umpires, among other changes.

<sup>246</sup> CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 216.

a evolução do direito depende da evolução de um sistema político, que se dá em paralelo, já que com uma espécie de expropriação primária o sistema político subtrai à sociedade a disposição do poder de violência física e, sobre essa base, consolida seu próprio poder<sup>247</sup>.

A influência da independência norte-americana e da revolução gloriosa inglesa (ambos adotantes de um tipo acusatório) na Revolução Francesa, atrelada a ideais iluministas que fomentavam uma superioridade do modelo acusatório<sup>248</sup>, somada à aversão ao modelo do regime absolutista inquisitorial, impulsionaram na França republicana a adoção de elementos tidos como acusatórios, como a extinção do Ministério Público e o consequente poder de ação nas mãos do ofendido ou a qualquer denunciante, a oralidade e a publicidade dos atos, os debates em audiência, a presença do júri e da impossibilidade de utilização dos elementos pré-processuais como provas. Contudo, na instabilidade política francesa pós-revolução “[...] os novos impulsos que tentaram oxigenar as constantes inquisitoriais não chegaram a ter força de inspiração para além de meia dúzia de anos”.<sup>249</sup> Após algumas reformas pontuais, como o Código Brumário (*Code de Brumaire*) que dá amplos poderes ao magistrado de descobrir a verdade, foi instituído em 1808 o *Code d’instruction criminelle* (Código de Instrução Criminal ou Código Napoleônico), que instituiu a divisão do processo em duas etapas – instrução e juízo –, sendo aquela dotada de características inquisitoriais (procedimento escrito, secreto e de acusação pública, alheio à participação do acusado) e essa com atributos acusatórios (debates orais e existência do júri)<sup>250</sup>, instaurando o que a doutrina convencionou denominar modelo processual misto. O código napoleônico, que se espalhou como modelo normativo por toda Europa continental (muito pela política imperialista de Napoleão), fixou-se nos mais diversos instrumentos normativos de países como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, além da França, tendo forte influência nos modelos processuais penais do século XIX.

Em verdade, observa-se que o Código Napoleônico representa o período conflitivo, político e cultural, que vivia a França do início do século XIX. Constituindo a

---

<sup>247</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, Locais do Kindle 4445-4447.

<sup>248</sup> Beccaria, no § XII do seu *Dos delitos e das penas*, ao criticar a tortura aplicada nos modelos inquisitivos, escreveu que “tais princípios [princípios de humanismo que vedariam a prática da tortura] foram adotados na Inglaterra, nação que atesta a excelência de suas leis pelos progressos alcançados nas ciências, pela superioridade de seu comércio, pelo crescimento de suas riquezas, pelo seu poderio e renovados exemplos de coragem e de virtude política (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. Coleção Obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 42) .

<sup>249</sup> AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014, Locais do Kindle 1628.

<sup>250</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 154.

legislação o filtro de irritações dos outros sistemas, não causa estranheza a confusão da legislação francesa. De um lado, havia o desejo político e econômico de uma classe em assunção no modelo acusatório, justo, sem interferência estatal, humano; do outro lado, restava o forte aparelho estatal constituído ao longo de séculos que permanecia na cultura punitiva francesa. Foucault traça um paralelo entre as realidades políticas e jurídicas da Inglaterra e França que justificam a presença dos resquícios inquisitoriais. Na Inglaterra,

[...] desde a segunda metade do século XVIII se formaram, em níveis relativamente baixos da escala social, grupos espontâneos de pessoas que se atribuíam, sem nenhuma delegação de um poder superior, a tarefa de manter a ordem e criar, para eles próprios, novos instrumentos para assegurar a ordem. [...] Na França ocorreu um processo bastante diferente. Isto se explica pelo fato de que na França, país de monarquia absolutista, possuía um forte aparelho de Estado que a Inglaterra do Século XVIII já não possuía, na medida em que havia sido abalado, em parte pela revolução burguesa do século XVII. A Inglaterra havia se libertado dessa monarquia absoluta, saltando esta etapa em que a França permaneceu durante cento e cinquenta anos.<sup>251</sup>

Portanto, enquanto na Inglaterra já havia se estruturado um sistema de ampla participação popular<sup>252</sup> no processamento dos crimes, em virtude de uma estatização progressiva do direito penal, a França respirava uma centralização do controle penal nas mãos do Estado, fruto de um longo período de absolutismo monárquico que serviu de modelo histórico. Deve-se acrescentar o fato de que a burguesia que ascendia com a revolução francesa era uma classe tecnicista e burocrática, o que se amoldava perfeitamente ao modelo inquisitorial já praticado. E soma-se o “apego” iluminista às leis, no qual o Judiciário seria um mero aplicador da lei, não lhe cabendo interpretá-la, confrontá-la ou afastá-la.

Por coincidência, é também, nesse período, que, segundo os estudiosos, emerge a doutrina processual penal que constrói, sob um amparo filosófico do pensamento cartesiano (objeto e método) que atravessa a Europa dos oitocentos<sup>253</sup>, uma dicotomia, com base em elementos contextuais passados, que se aglutinam em torno de um princípio unificador de forma “arbitrária e anacrônica”<sup>254</sup>. A

---

<sup>251</sup> FOUCAULT, **A verdade e as formas jurídicas**, 2002, p. 89 e 95.

<sup>252</sup> FOUCAULT, **A verdade e as formas jurídicas**, 2002, p. 89-95.

<sup>253</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009, p. 107-108.

<sup>254</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 254.

idealização de modelos contrapostos serviu, e ainda continua servindo, para a divisão entre o bem e o mal, o certo e o errado, no processamento criminal.

Essa formação de tipos ideais em torno dos sistemas processuais pela doutrina do Século XIX criou uma discussão que se arrasta ao longo dos séculos, e que ainda aparenta não resolvida. A inexistência de pureza conceitual nos modelos processuais adotados ao longo da história, a limitação que a dicotomia traz à pesquisa e aplicação do processo penal (ou o sistema é acusatório ou inquisitivo) e a correlação criada entre as estruturas acusatória e inquisitória e os sistemas da *common law* e *civil law*, dentre outras contradições dogmático-fáticas, não permitem que se alcance um consenso doutrinário acerca das características de cada modelo, e a identificação dos programas contemporâneos como acusatórios, inquisitivos ou outra classificação que se venha a adotar.

O que parece ter se firmado é, de um lado, muito, como apontado por Langer<sup>255</sup>, por influência de juristas ingleses que interessados na criação de uma identidade nacional cultuaram o sistema inglês como superior ao continental, uma necessidade de aplicação de um programa acusatório, tido como mais justo, democrático e humano, e o distanciamento das práticas inquisitivas, tidas como autoritárias. Entretanto, o que se observa, na prática, apesar da aspiração dogmática, é uma difusão de um programa tido por inquisitivo, em especial, pela reprodução do Código Napoleônico pela Europa e, por conseguinte, na América Latina, cuja legislação se balizou.

A estruturação de uma dogmática em torno do estudo dos modelos processuais é primordial para a própria leitura e manutenção do sistema jurídico. Como assevera Luhmann “A dogmática garante que o sistema jurídico conserve a si mesmo como sistema em sua própria alteração.”<sup>256</sup> E alerta Coutinho que “se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático.”<sup>257</sup> Não obstante, o que se verifica é uma ampla heterogeneidade conceitual, como se discutirá adiante.

---

<sup>255</sup> LANGER. In the beginning was Fortescue, 2016, p. 10-11.

<sup>256</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4342-4344.

<sup>257</sup> COUTINHO, **Sistema acusatório**, 2009, p. 109.



### 2.3. A HETEROGENEIDADE CONCEITUAL: OS SEIS NÍVEIS OU SENTIDOS CONCEITUAIS DOS PROGRAMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como já tratado, a dicotomia programática processual penal foi construída pela doutrina do século XIX, através da análise dos modelos jurídicos adotados historicamente pelas civilizações, especificamente, da Europa ocidental, no afã de se estabelecer, através do cotejo de características semelhantes, um tipo ideal de sistema jurídico, principalmente, como método comparativo entre os países que perfilham a estrutura da *common law* e da *civil law*. Argumenta Guimarães, entretanto, que a utilização da dicotomia no direito atual se revela insustentável, pois não houve uma pesquisa adequada, sendo os critérios distintivos apontados pela doutrina atual uma construção arbitrária de um modelo puro ou ideal inexistente historicamente.<sup>258</sup> Cumpre apenas salientar que, como adverte Schütz e Silva Junior,

o conceito de tipo ideal presente na perspectiva epistemológica de Max Weber, refere-se a uma construção parcial da realidade, em que o pesquisador seleciona características, observa elementos e passa a construir um todo inteligível dentre outros vários possíveis. O tipo ideal é obtido mediante o conjunto de vários fenômenos analisados de forma macro, que, a fim de melhor compreensão do observador o reduz ao micro para poder extrair da sua observação o maior conjunto possível de verdades, tendo a clareza da sua instabilidade.<sup>259</sup>

Como afirma Weber, o tipo ideal “[...] trata-se de um quadro de pensamento, e não da realidade histórica, e muito menos da realidade ‘autêntica’, e não serve de esquema no qual se pudesse incluir a realidade à maneira de exemplar.”<sup>260</sup> O escopo do tipo ideal não é definitivo da realidade, mas comparativo à ela, medindo-a com o fim de esclarecer o conteúdo empírico de elementos de destaque.<sup>261</sup>

Desta forma, há uma certa incompreensão da doutrina jurídica do propósito em estabelecer conceitos de tipos ideais ou puros. Pureza, aqui, não significa algo não

---

<sup>258</sup> GUIMARÃES, **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**, 2015, p. 381.

<sup>259</sup> SCHÜTZ, Jenerton Arlan; SILVA JÚNIOR, Edinaldo Enoque da. O tipo ideal weberiano: presença e representação em obras de Zygmunt Bauman. In: **Revista Espaço Acadêmico**, 18 (210), 140-150. Maringá: Eduem, nov. 2018. Disponível em <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/43965>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>260</sup> WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel (org.). **Sociologia**. 7. Ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 109.

<sup>261</sup> WEBER, A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais, 2003, p. 109.

contaminado, no qual a realidade se adegue perfeitamente ao conceito; representa um reducionismo científico, ou um corte metodológico através de característica semelhantes que franqueiem uma melhor compreensão do fenômeno, justamente pelo subjetivismo intrincado na análise dos fenômenos sociais. O tipo ideal tem por escopo servir como métrica comparativa com a realidade estudada, sendo um meio de alcançar o conhecimento e não o conhecimento em si.<sup>262</sup>

Como já citado anteriormente, deve-se analisar os modelos inquisitório e acusatório assim como os modelos arquitetônicos, procurando características fundamentais que induzam à opção por um ou outro modelo, e as consequências de tal escolha. Dada as interferências de um programa no outro, a classificação de um tipo em inquisitivo ou acusatório revela-se um verdadeiro desafio, eis que na prática, “todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos”<sup>263</sup>.

Acrescenta-se à problemática a falta de consistência doutrinária acerca dos traços distintivos dos modelos processuais. Como Gloeckner alerta:

Um dos grandes problemas quando se trata de estabelecer contornos mínimos relativamente aos ditos sistemas processuais penais consiste na polifonia, ou, ainda, na capacidade polimórfica de seus elementos constituintes, a ponto de em alguns casos, acusatório e inquisitório remeterem a discussões profundamente diversas entre si. [...] Esta coexistência entre diversas acepções povoam o imaginário jurídico, que se vê esgotado na tentativa de identificar um sistema abstrato que pudesse absorver, de um lado, as características idealísticas comumente apontadas como elementos constitutivos; e, de outro, lutando para apagar os caracteres inversos ou, ainda, pertencentes à tipologia sistêmica adversa.<sup>264</sup>

Por exemplo, alguns doutrinadores tendem a afirmar que a distinção entre os programas processuais penais reside na divisão das funções de acusar e julgar, sendo inquisitivo o modelo que reúne tais funções na mesma pessoa e acusatório onde se vislumbra claramente tal divisão.<sup>265</sup> Já outros elencam como critério distintivo a gestão da prova processual.<sup>266</sup> Langer informa ainda que “alguns doutrinadores também incluíram características como procedimentos oralizados versus escritos, procedimentos concentrados versus sequenciais, julgadores leigos versus profissionais, entre outros, nos tipos acusatório ou inquisitorial.”<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 48-49.

<sup>263</sup> COUTINHO, **Sistema acusatório**, jul./set. 2009, p. 103.

<sup>264</sup> GLOECKNER, **Processo Penal Pós-acusatório?**, 2015, p. 378.

<sup>265</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** (livro digital). 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, I. 25;

<sup>266</sup> COUTINHO, **Sistema acusatório**, 2009; LOPES JR, **Fundamentos do processo penal**, 2017.

<sup>267</sup> LANGER, **A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório**, 2018, p. 312

Encontram-se igualmente teorias que relacionam a cultura punitiva e o modelo inquisitivo, bem como os que os diferem enquanto ambiente de disputa das partes e de investigação pública<sup>268</sup>. Há ainda os defensores da utilização do critério político, quanto à forma de governo: democrático-acusatório e autoritário-inquisitivo. Outros relacionam, como já demonstrado, as estruturas jurídicas da *common law* e da *civil law*, respectivamente, com a estrutura acusatória e inquisitiva. Deve-se acrescentar as correntes que se afastam da dicotomia, e tentam diferenciar os programas processuais penais por outros critérios, apesar de aquiescer-se com Langer que estabelece que tais correntes não se afastam muito da sombra da dualidade sistêmica.<sup>269</sup>

Como estabelece Andrade, a divergência doutrinária causa uma enorme confusão aos estudiosos do tema e aos operadores do direito na medida em que se apresentam características do inquisitório como sendo do acusatório e vice-versa.<sup>270</sup> Essa variância semântica do conceito dos programas, além de promover o desgaste da sua importância, impede que se identifiquem o sistema adotado por determinada legislação.

Nesse ínterim, Langer indica existirem seis níveis teóricos-conceituais para diferenciar-se os programas acusatório-inquisitivo, subdividindo-os em duas categorias: o descritivo, usado para descrever e analisar sobre o *plano do ser* dos modelos processuais, e o normativo, sob o ângulo do *dever ser*. Na categoria descritiva, o autor elenca como critérios a diferenciação dos programas como categorias históricas e/ou sociais, como tipos ideais, como mecanismos ou subsistemas funcionais do sistema processual e como interesses ou finalidades contrapostas. Sob o aspecto normativo, o autor indica a possibilidade de diferenciá-los como princípios normativos ou modelos normativos.<sup>271</sup>

Ressalta, porém, Langer que “[...] nem todos os sentidos ou níveis teórico-conceituais têm tido a mesma importância, nem todos têm sido utilizados na mesma

---

<sup>268</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 312

<sup>269</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p.321-328.

<sup>270</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 463.

<sup>271</sup> LANGER, La dicotomía acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 102-111.

medida por todos os autores, advogados e juízes.”<sup>272</sup> <sup>273</sup> Porém, como o escopo do presente estudo é apontar como os modelos processuais penais são conceituados, há que se proceder o estudo dessas nuances para detectar qual a estrutura em que as comunicações praticadas na seara executiva operarão.

### 2.2.1. A dualidade como categorias históricas e sociológicas

Enquanto categorias históricas, as categorias processuais penais seriam dois modelos (três se se aceitar a existência de um modelo misto) que efetivamente existiram nas sociedades pretéritas, ou mesmo presentes. Seriam modelos reais (por isso enquadrado como categorias descritivas), por muitos tidos como figuras do passado, históricas, que não mais remanescem em tempos presentes. Para essa dogmática, ambos os modelos da dicotomia, só podem ser identificados se analisados em termos históricos. Nesse sentido Lopes Jr. afirma que “[...] não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. [...] o sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico<sup>274</sup>”.

Langer complementa que “segundo essa aproximação teórica, o acusatório e inquisitivo são rótulos que servem para denominar um sistema processual concreto ou um conjunto de sistemas processuais concretos, passados ou presentes.”<sup>275</sup> <sup>276</sup> Explica o autor que, usualmente, o modelo acusatório é relacionado aos países de cultura anglo-saxã, enquanto o inquisitivo relaciona-se aos países de tradição europeia-continental, sem que haja consenso doutrinário acerca de quais sistemas

---

<sup>272</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 103, tradução nossa.

<sup>273</sup> Citação original: no todos los sentidos o niveles teórico-conceptuales han tenido la misma importancia, ni todos han sido utilizados en la misma medida por todos los autores, abogados y jueces.

<sup>274</sup> LOPES JR, **Direito processual penal** (livro eletrônico), 2019, I. 44.

<sup>275</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 104, tradução nossa.

<sup>276</sup> Citação original: Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitorio son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal penal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes.

processuais incluem-se nessa divisão<sup>277</sup>; mistos, seriam os que utilizam o Código de Instrução Criminal Francês de 1808 como modelo.<sup>278</sup>

Como tratado no subcapítulo anterior, observa-se que a razão da criação dessa vinculação se deu por uma arbitrariedade discursiva da pesquisa, pois observou-se que as características centrais de um ou outro programa conviveram harmoniosamente com os modelos processuais da *common law* e da *civil law*. Ademais, apontou-se que a própria evolução dos programas processuais ocorriam dentro da mesma região ou país, dentro da mesma sociedade, na medida em que esta evoluía culturalmente e politicamente.

Além disso, dada ao extensivo período histórico da evolução do processo penal, a análise dos modelos processuais enquanto categorias históricas também é realizada tomando por base um marco temporal e uma específica região, de acordo com o interesse do investigador.<sup>279</sup> Como já tratado, muito dessa segmentação entre acusatório-*common law* e inquisitivo-*civil law* decorreu-se da intenção de apresentar o sistema acusatório e por conseguinte da *common law* como superior, para fazer frente às investidas de aplicação do modelo rival.<sup>280</sup>

Sob o marco teórico proposto nesse trabalho a caracterização desses sistemas como meras categorias históricas não se revela adequada, eis que, uma vez estabelecido que a dicotomia é apenas um recorte histórico de modelos jurídicos adotados no passado, eles não se identificariam presentes na estrutura do sistema jurídico atual. Em verdade, em Luhmann, a visão dos acontecimentos e da continuidade histórica é sempre observada sob uma perspectiva do presente. “Para

---

<sup>277</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 104.

<sup>278</sup> Apesar do termo acusatório ser atribuído ao *Code d'Instruction Ciminelle* de 1808, o Código Processual Penal francês manteve a busca da verdade e a função de acusar como papel do Estado, não abandonando as principais características de um sistema inquisitivo, em especial a função de prevenção geral que o aludido sistema criou. Por tal motivo, alguns tendem a afirmar que tal sistema seria misto.

<sup>279</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 313-314.

<sup>280</sup> Por exemplo, na obra *De Laudibus Legum Angliae* (os elogios da lei inglesa) Sir John Fortescue comparou os processos criminais na França, de matriz da *civil law*, e na Inglaterra (*common law*), buscando afirmar a superioridade do sistema processual criminal inglês, cuja vertente acusatória era aplicada, em contraponto ao sistema inquisitório francês (*apud* LANGER, In the beginning was Fortescue, 2016).

Luhmann, o próprio sentido da história se constrói e se reconstrói no presente e no contexto sistêmico-comunicativo do observador.”<sup>281</sup>

O que se verifica é que, hodiernamente, os conceitos e características dos ditos modelos processuais tenham se amoldado à realidade presente, utilizando-se de elementos do passado. Com isso, os conceitos da dicotomia estão de alguma forma entranhados em nossa estrutura jurídica e na cultura social. Como reforça Gloeckner “[...] as definições, os limites e as margens de atuação do processo penal serão redefinidos através de suas práticas, de seus atores e do acervo institucional à disposição do sistema.”<sup>282</sup> Os modelos são vistos sob um enfoque sociológico, enquanto normas sociais e dinâmicas.<sup>283</sup>

Consoante o ensinamento de Langer, há uma correlação entre a adoção de determinado modelo e a adoção dos papéis processuais (distribuição de poderes e responsabilidades), tomando o modelo acusatório enquanto um *standard* de disputa entre as partes, e o inquisitivo, como investigação estatal unitária.<sup>284</sup> Como tais atores não atuam como meros expectadores, [...] “na medida em que os atores jurídicos usam o rótulo ‘adversarial’ ou ‘common law’ e o rótulo ‘inquisitorial’ ou ‘civil law’ para se definirem como juristas, essas categorias também podem ser entendidas como identidades jurídicas”.<sup>285</sup>

Este desempenho de papéis é essencial para estabelecer a legitimação do procedimento jurídico. Luhmann evidencia que a disposição para aceitar uma decisão se dá através da participação no processo decisório por intermédio do desempenho de papéis que influenciam, delimitam e confirmam os papéis dos outros atores, permitindo que cada um se mantenha no seu devido papel, constituindo a teoria secreta do processo jurídico.<sup>286</sup>

Tomando-se como núcleo a ideia de separação das funções de julgar, acusar e defender para caracterizar um modelo ou outro, o modelo inquisitório, cuja concentração dessas funções fica restrita a uma única pessoa ou órgão, é atrelado a

---

<sup>281</sup> LUHMANN (2007) *apud* SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Arquivo, história e memória: possibilidades de diálogo entre Luhmann e Foucault. In: **Lua Nova** nº.97 São Paulo, Jan-Abr 2016, p. 182.

<sup>282</sup> GLOECKNER, Metástases do sistema inquisitório, 2018, p. 11.

<sup>283</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 314.

<sup>284</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 315.

<sup>285</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 315.

<sup>286</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 74-77.

governos autoritários e não liberais, com alto grau de concentração de poder; enquanto o sistema acusatório, caracterizado pela total separação dessas funções, é característico de governos democráticos e liberais, com ampla participação popular. Nesse sentido, os programas acusatório e inquisitório são atrelados ao regime de governo de determinada nação, decorrentes da influência do sistema político por intermédio da Constituição.<sup>287</sup>

Ademais, os conceitos de Estado Democrático de Direito, enquanto zona de intersecção entre os sistemas político e jurídico, e devido processo legal, como legitimador de uma decisão válida, estariam diretamente atrelados. Para Langer, analisando a obra de Fortescue, “[...] embora a democracia majoritária e o devido processo sejam freqüentemente considerados em tensão um com o outro, Fortescue sugeriu que o governo por consentimento e devido processo se reforcem mutuamente.”<sup>288 289</sup>

Andrade conta que como a categoria inquisitiva foi adotada em momentos em que um poder central forte se fez necessário socialmente (regimes teocrático e absolutista), criou-se um pré-conceito ao tipo inquisitorial, vinculando-o a um regime de governo autoritário, não garantista, enquanto que a salvação para todos os males do processo penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, seria o paradigma acusatório, inobstante a existência do modelo inquisitivo na contemporaneidade em países tidos como democráticos.<sup>290</sup>

A historicidade das estruturas processuais demonstra que tanto a adoção do modelo inquisitivo principalmente em regimes tidos como autoritários, como os excessos praticados pelo dito regime, como a utilização da tortura e o próprio rigor da Santa Inquisição, criaram uma conceituação negativa do dito arquétipo, muito utilizada, como já mencionado, pelos doutrinadores do século XIX que buscavam enaltecer o modelo processual penal inglês de caráter acusatório.

Cientes da construção discursiva desfavorável ao modelo inquisitivo, mesmo diante de afirmações de que “[...] o processo inquisitivo pode perfeitamente se ajustar

---

<sup>287</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 465.

<sup>288</sup> LANGER, *In the beginning was Fortescue*, 2016, p. 33.

<sup>289</sup> Citação original: [...] while majoritarian democracy and due process are often thought to be in tension with each other, Fortescue suggested that government by consent and due process reinforce each other.

<sup>290</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 396-397.

a governos democráticos, e respeitar grande parte das garantias processuais do cidadão”<sup>291</sup>, deve-se estabelecer que, enquanto adoção de papéis processuais, as categorias processuais marcam uma disputa de poder pelos atores processuais envolvidos, na medida em que a dicotomia implica em uma assunção de poder e protagonismo das partes e na possibilidade de controle desse papel pelo Estado-juiz centralizador do poder. Assim, não há como negar que a visão política de um determinado Estado transpassará as barreiras do sistema jurídico interferindo no seu funcionamento.

O próprio conceito de positividade e de autopoiese do sistema jurídico estabelece que, inobstante o fechamento operacional que conduz ao controle exclusivo do código lícito/ilícito pelo sistema jurídico por intermédio da sua autorreferência conceitual, a seleção do que será lícito ou ilícito é condicionada pelos interesses do ambiente, mantendo-se o sistema cognitivamente aberto. Entretanto, como observar Marcelo Neves, o sistema assimila os fatores do ambiente sem se deixar influenciar<sup>292</sup>, alterando-se conforme critérios internos estabelecidos por procedimentos seletivos de filtragem. Desta forma, o sistema político, diferenciado pelo código poder/não poder, enquanto ambiente do sistema jurídico, influenciará na construção do mesmo, por exemplo, com a edição de leis, desde que realizada conforme filtros internos do próprio sistema jurídico.

Isso porque não há como desvencilhar, em um conceito de Estado Democrático de Direito, a interrelação entre o sistema jurídico e político, atinentes à própria ideia de Estado de Direito, devendo ocorrer, entretanto, a adequada diferenciação funcional entre os sistemas, cabendo àquele estabilizar expectativas normativas e a esse, produzir decisões coletivas vinculantes. Luhmann estabelece que:

Como Estado de direito, o Estado era a um só tempo uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que olhava pelo direito: pela imposição e pelo subsequente desenvolvimento jurídico mediante adaptação às mutáveis circunstâncias sociais e aos fins políticos realizáveis.<sup>293</sup>

Há uma relação sinalagmática entre ambos os sistemas, onde o direito se coloca como um segundo código do poder, de modo a estabelecer um poder lícito e ilícito, funcionando como instrumento de delimitação do poder, subordinando todas as

---

<sup>291</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 397.

<sup>292</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 81.

<sup>293</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6622-6624.



decisões políticas ao seu código e programas. Por outro lado, por intermédio da atividade legislativa, a política estabelece o direito posto por decisões políticas. Neves ensina que se, por um lado, o sistema jurídico constitucional outorga prerrogativas e direitos ao Estado político, por outro lado fixam deveres e responsabilidades perante os cidadãos; se estabelecem aos governados deveres de observância e conduta, também lhes confere direitos e garantias fundamentais que devem ser observados pelo Estado.<sup>294</sup> E completa o autor que “[...] a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político [...]”.<sup>295</sup>

Destarte, data vênua a posição de Andrade de que o que culminou na ascensão do inquisitorialismo foi a decadência do molde acusatório, o que desvincularia o modelo inquisitivo dos governos autoritários<sup>296</sup>, entende-se que, o que efetivamente desestruturou o sistema anterior a ponto de ocasionar a evolução sistêmica<sup>297</sup> foi o câmbio político de interesses, que se adequou melhor ao tipo inquisitivo, especialmente quanto a elementos cruciais para a sua caracterização.

Nesse sentido, Langer comenta que a concepção teórica dos sistemas sob o ponto de vista sociológico, enquanto exercício e disputa de poder, contribui para a compreensão de como esses sistemas processuais se autorreproduzem e evoluíram historicamente.<sup>298</sup> Não se pode relegar que o sistema político influencia sim o sistema jurídico de uma nação, sendo essencial, inclusive para a autopeise jurídica.

Como assevera Luhmann:

A positivação do direito e a democratização da política apoiam-se reciprocamente e, com tal força, têm impregnado o que hoje se apresenta como sistema político e como sistema do direito, tornando-se difícil perceber aí dois sistemas diferentes e, mais ainda, dois sistemas livres de coincidências e fechados em sua operação. Mas é precisamente a democratização da política que exige, finalmente, mais proteção jurídica individual do particular, sobretudo quanto a seus direitos constitucionais.<sup>299</sup>

Entretanto, deve-se fazer dois apontamentos com relação à assertiva de que o inquisitivo serve a governos autoritários e o acusatório à democracia. O primeiro é

---

<sup>294</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 91.

<sup>295</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 92.

<sup>296</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 401.

<sup>297</sup> Evolução sistêmica aqui deve ser entendida sob a visão Luhmanniana como tratado no capítulo 4, ao qual fazemos referência.

<sup>298</sup> LANGER, **A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório**, 2018, p. 315.

<sup>299</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6645-6649.

que, conforme aponta Marcelo Neves, “o Estado de Direito não comporta a noção de poder autoritário e, por isso mesmo, está sempre a enfrentar o problema do poder *ilícito*.”<sup>300</sup> Ora, se o sistema jurídico tem, dentro do conceito de Estado de Direito, o papel de delimitar o poder, o poder absoluto não está inserido no código binário do sistema jurídico, estando acima de qualquer análise de licitude. Trata-se de um direito somente aplicado aos súditos, prescritivo apenas de deveres e obrigações aos governados. “O código de preferência ‘lícito/ilícito’ só é vinculante para os que estão no pólo [sic] inferior da relação de poder.”<sup>301</sup> De igual forma, Luhmann exclui da unidade jurídico-política a teocracia medieval.<sup>302</sup>

O segundo é que a “ponte” existente entre o político e o jurídico que permite a interferência recíproca dos sistemas e promove a sua diferenciação é a Constituição Federal, que Luhmann denominou acoplamento estrutural.<sup>303</sup> A Constituição se revela “[...] como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito.”<sup>304</sup>

Entretanto, assume um sentido distinto para cada sistema. No sistema jurídico assume o papel de fronteira valorativa do ambiente, e ingressa no sistema como uma lei suprema, fundamental, construindo uma hierarquização interna. Politicamente, atua como instrumento que permite a modificação de decisões (política instrumental) e não modificadora de situações (política simbólica).<sup>305</sup>

Desta feita, em Estados de Direito autopoieticos, o enunciado deve ser lido sob a ótica não de governos autoritários e democráticos, mas sim da vinculação de constituições autoritárias ao modelo inquisitivo, e de cartas magnas democráticas ao tipo acusatório, eis que elas permitirão que decisões políticas autoritárias ou democráticas ingressem no sistema jurídico de forma lícita, e se institucionalizem. Como aponta Goldschmidt, “A estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição.”<sup>306307</sup>

---

<sup>300</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 95.

<sup>301</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 90.

<sup>302</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6511-6512.

<sup>303</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7539-7540.

<sup>304</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 97.

<sup>305</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7663-7666.

<sup>306</sup> GOLDSCHMIDT, James *apud* ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 401, tradução nossa.

<sup>307</sup> Citação original: La estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitución.

Entretanto, há que se estabelecer que a Constituição, no caso a brasileira, é representada enquanto texto escrito passível de interpretação, que será reestruturada à medida em que é validada por decisões judiciais consistentes, variando, como aponta Campilongo, a depender da história, do ambiente e da perspectiva do observador.<sup>308</sup> Ademais, a Constituição, apesar de norte, não impede que decisões políticas de um determinado governo autoritário e punitivo ingressem de forma lícita no ordenamento jurídico e se autorreproduzam no sistema jurídico.

Desta forma, a existência de uma Constituição democrática não blinda o sistema jurídico de uma reprodução de programas de um modelo inquisitivo ou de uma cultura punitivista, como se observa, por exemplo, no direito brasileiro, em que, não obstante vivermos sob a égide de uma constituição democrática, ainda vigora um Código de Processo Penal elaborado sob uma visão fascista, que se autorreproduz.

### **2.2.2. Acusatório e inquisitório enquanto tipos-ideais**

O segundo nível ou sentido teórico da dicotomia acusatório-inquisitivo reside na construção desses programas como arquétipos ideais, com características bem definidas. Contudo, conforme já relatado, para definir-se um processo como acusatório ou inquisitório há de se analisar de qual tipo-ideal o modelo analisado mais se aproxima, elegendo-se algumas características como nucleares ou essenciais.

Essa incerteza do núcleo fundante do tipo ideal é a principal crítica que se tece acerca desse nível teórico. Primeiramente, deve-se ressaltar que as características apontadas no plano histórico, nem sempre coincidem com o plano teórico,<sup>309</sup> o que acarreta um dissenso de quais são as características fundantes de determinado tipo, resta-se aberto o conceito às opiniões e argumentos da doutrina processualista.

Em segundo lugar, como os modelos processuais acusatório e inquisitório não coincidem com os sistemas processuais existentes, acabam representando meras caricaturas dos processos da vida real. Na prática a interrelação entre os modelos faz

---

<sup>308</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, 2011, p. 94.

<sup>309</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.451.

parecer que todos os modelos sejam mistos.<sup>310</sup> Mas alerta Damaska que tal visão crítica demonstra uma censura a adoção de modelos de forma geral, pois “[...] todos os modelos são, por definição, caricaturas sugestivas e simplificações da realidade”.<sup>311</sup> Os tipos ideias, como tratado acima, não tem por escopo traçar uma realidade, mas sim construir um modelo que permita compará-la. Trata-se do paradoxo Weberiano de construção do irreal para compreensão da realidade.<sup>312</sup>

Não obstante, observa-se que as teorias defendidas orbitam em torno de dois pontos cruciais: a adoção dos papéis dos atores processuais e a relação com a verdade. Isso conduz alguns autores a reduzirem o marco distintivo dos modelos processuais à gestão probatória. Apoiado na lição de Coutinho de que “a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado”<sup>313</sup>, defende Lopes Jr. que:

[...] o processo tem por finalidade [...] buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores [...]: princípio dispositivo: funda o sistema acusatório; a gestão da prova nas mãos das partes (juiz-espectador); princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator[inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório.<sup>314</sup>

Cumprido esclarecer que tal posicionamento, apesar de balizar-se na doutrina do garantismo de Ferrajoli<sup>315</sup>, reduz demasiadamente o seu posicionamento quanto aos elementos que dariam uma estética inquisitiva ou acusatória. O mestre italiano parte da substancial divisão dos papéis e das funções processuais (acusação, defesa e juízo), a qual julga ser a mais importante<sup>316</sup>, que deve ser assegurada normativamente por três garantias processuais primárias (contestação da acusação; ônus da prova e direito de defesa), de onde se derivam mais quatro garantias processuais secundárias (publicidade, oralidade, legalidade dos procedimentos e motivação das decisões).<sup>317</sup>

---

<sup>310</sup> DAMASKA, Mirjan R., Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 231-306, 2018, p. 296.

<sup>311</sup> DAMASKA, Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal, 2018, p. 296.

<sup>312</sup> WEBER, A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais, 2003.

<sup>313</sup> COUTINHO, Sistema acusatório, 2009, p. 109.

<sup>314</sup> LOPES JR, **Direito Processual Penal** (Livro Digital), 2019, p. 50-51.

<sup>315</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002.

<sup>316</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 454.

<sup>317</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 484.

Já que a construção dos tipo-ideais provém da construção conceitual subjetiva, é de bom alvitre trazer à baila alguns dos conceitos encontrados na doutrina, bem como os tribunais superiores tratam tais conceitos, para que se possa entender melhor quais elementos são comumente utilizados para caracterizar os modelos processuais acusatório e inquisitório, de forma a permitir que se compare à prática de execução penal atual.

Andrade, em sua ampla pesquisa, aponta que a doutrina apresenta como elementos do tipo acusatório:

a) inércia ou inatividade do órgão encarregado de julgar, seja para iniciar *ex officio* o processo, seja para buscar provas depois de sua instauração; b) existência de tribunais populares; c) necessidade de um acusador popular ou particular que não se confunda com o julgador, para que apresente e sustente a acusação até que se chegue à sentença; d) o processo começa com a acusação formulada por um acusador popular ou particular que deve ser distinto do juiz; e) presença dos princípios *quem acusa investiga*, da igualdade, do contraditório, da publicidade e da oralidade; f) sentenças dos tribunais populares são inapeláveis; g) liberdade do acusado, como regra; h) não interferência do poder central ou do soberano na execução da sentença.<sup>318</sup>

Já o tipo inquisitório teria por características:

a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio da oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recursos contra a decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.<sup>319</sup>

A despeito do extenso rol de características apontadas, Andrade aponta que somente a obrigatoriedade de um acusador distinto do juiz e a acusação como único meio de iniciar o processo são elementos fixos do modelo acusatório, sendo os demais considerados elementos variáveis podendo ou não estar presentes nos tipos históricos assim classificados;<sup>320</sup> Em contraponto, os elementos fixos do arquétipo inquisitivo seriam: a dispensabilidade de um acusador distinto do juiz e o fato de o

<sup>318</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 126.

<sup>319</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 359.

<sup>320</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 269.

processo instaurar-se por uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz, como também por uma acusação.<sup>321</sup>

Nesse sentido, Pacelli apresenta que as principais características do modelo acusatório seriam a atribuição a órgãos diferentes das funções de acusação, bem como da investigação, e de julgamento e da forma processual de início do processo pela acusação, enquanto no tipo inquisitório o juiz atuaria na fase investigativa e o processo pode iniciar-se com a *notitia criminis*.<sup>322</sup>

Ferrajoli explica que, no plano teórico, a dicotomia é diferenciada por dois critérios: enquanto dois modelos de organização judiciária (dois modelos de juiz) e como dois métodos de investigação processual (dois tipos de juízo), se aproximando dos dois pontos cruciais mencionados, quais sejam, a divisão dos papéis e a relação com a verdade. O acusatório seria caracterizado pela existência de um juiz passivo rigidamente separado das partes, cujo julgamento ocorresse após um debate paritário, iniciado por uma acusação, que tem o ônus de provar, com a participação da defesa por meio do contraditório, de forma pública e oral, cuja decisão seja tomada com base na livre convicção judicial. Já no inquisitório o juiz procede de ofício onde investiga, colhe e avalia as provas, e emite um julgamento após instrução secreta e escrita, excluindo ou limitando o contraditório e a ampla defesa.<sup>323</sup>

Badaró, além de firmar como principal característica do modelo acusatório, em contraponto ao tipo inquisitório, a [...] nítida separação de funções, que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório”<sup>324</sup>, explica que a característica de regra de manutenção da liberdade, se deve à observância do princípio da presunção da inocência. O autor ainda reforça a questão histórica da passividade judicial na colheita probatória.<sup>325</sup>

Salo de Carvalho reforça a passividade judicial na atuação do processo, mantendo-se o princípio do juiz expectador como forma de assegurar a sua imparcialidade, sendo impossível, atuação de ofício, seja para instaurar o processo,

---

<sup>321</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 395.

<sup>322</sup> PACHELLI, **Curso de processo penal** (livro digital), 2018, l. 25.

<sup>323</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 452.

<sup>324</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 102-103.

<sup>325</sup> BADARÓ, **Ônus da prova no processo penal**, 2003, p. 103-106.

seja para investigar quaisquer fatos, alçando a radical separação entre juiz e acusação como o elemento mais importante de todos.<sup>326</sup>

Nucci destaca ainda que, no tipo inquisitivo, a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos e que há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa, enquanto no tipo acusatório, há livre produção de provas, predominando o direito de defesa e igualdade entre as partes no processo, com a presença do contraditório.<sup>327</sup> Nessa perspectiva da função do contraditório, Távora e Alencar também relacionam o princípio inquisitivo à inexistência de contraditório e de ampla defesa, e afirmam que, no modelo acusatório tais princípios regem todo o processo.<sup>328</sup>

Essa visão da essencialidade do contraditório reforça, como aponta Prado, a diferenciação dos modelos quanto à divisão das funções tanto de um ponto de vista estático (análise das funções designadas aos sujeitos processuais), quanto de um ponto de vista dinâmico (observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções).<sup>329</sup> Continua o autor, citando Conso, que “a idéia de acusação só tem sentido, como elemento essencial de um princípio dentro do processo, contraposta à idéia de defesa, ainda que, sobre esta última possa haver alguma imprecisão quanto aos seus contornos.”<sup>330</sup> Como arremata Maier:

a característica fundamental do processo acusatório reside na divisão dos poderes exercidos no processo, por um lado o acusador, quem persegue penalmente e exerce o poder requerente, por outro, o imputado, quem pode resistir à imputação, exercendo o direito de defender-se, e finalmente o tribunal, que tem suas mãos o poder de decidir. Todos esses poderes se vinculam e condicionam uns aos outros: [...].<sup>331 332</sup>

O STF chancela o conceito doutrinário de divisão das funções, atrelando-o a uma inércia do julgador, que deve zelar pela paridade de armas das partes,

<sup>326</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

<sup>327</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 111.

<sup>328</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 54-55.

<sup>329</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 175.

<sup>330</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 176.

<sup>331</sup> MAIER, **Derecho procesal penal**, 1999, p. 444, tradução nossa.

<sup>332</sup> Citação original: La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el outro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: [...].

responsáveis pela produção probatória e pela presunção de inocência e o respeito ao devido processo legal.

No julgamento paradigma de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104 do Distrito Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu que a Constituição Federal de 1988, inequivocamente optou pelo modelo acusatório ao revés do modelo inquisitivo, uma vez que o aspecto crucial do tipo acusatório é a separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento, em oposição ao tipo inquisitivo, não devendo o juiz exercer qualquer atividade nas fases investigativa e de acusação, mantendo-se imparcial para eventual julgamento, de forma a evitar (ou ao menos reduzir) o risco de que se formem pré-compreensões, como corolário do princípio da inércia jurisdicional, que condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo legitimado, além de buscar a promoção da paridade de armas entre as partes, se mantendo o Estado-juiz equidistante, cabendo às partes convencer o julgador da consistência de suas alegações.<sup>333</sup>

Em outro julgamento, a Ministra Rosa Weber estabelece que “é da essência do sistema acusatório uma nítida separação das funções de acusar e julgar, voltada precipuamente à preservação da imparcialidade e do distanciamento do juiz em relação a atos pretéritos ao processo judicial contraditório.”<sup>334</sup>

O Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADI 5508/DF, associa o sistema acusatório à paridade das armas e à presunção de inocência, ao afirmar que a rigorosa observação do sistema acusatório “[...] repele a tentação autoritária de

---

<sup>333</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5104 MC Distrito Federal**. Relator(a): Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21 mai. 2014, Processo Eletrônico DJe-213. Divulgado em: 29 out. 2014. Publicado em: 30 out. 2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00304. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 16-17.

<sup>334</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Quarto agravo regimental no inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14 mar. 2019, Acórdão Eletrônico DJe-182. Divulgado em: 20 ago. 2019. Publicado em: 21 ago. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 80.



presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.”<sup>335</sup>

Por fim, o Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 4414/AL, vinculou o princípio acusatório como consecutivo do devido processo legal, com fundamento no art. 5º, LIV da Constituição, não só marcado pela divisão dos papéis dos atores processuais, como também pelo reconhecimento de que o réu é sujeito de direitos e não mero objeto do processo penal.<sup>336</sup>

Atentando-se para as principais características aventadas (separação das funções de acusar e julgar, presunção de inocência e efetivo exercício do contraditório e ampla defesa) é possível traçar uma conexão entre os aludidos princípios aos axiomas apontados por Ferrajoli na definição das ditas garantias processuais essenciais ao sistema garantista.<sup>337</sup> A união dos princípios da jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicio*), do princípio acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), do princípio do ônus da prova ou da presunção de inocência (*nulla accusatio sine probatione*), e do princípio do contraditório e ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*), bem como das garantias secundárias derivadas desses axiomas, totalmente interligados e dependentes, forma um sistema jurídico garantista ou, como denomina Ferrajoli, o “quando e como julgar.”<sup>338</sup>

Afinal, como falar de um processo acusatório, se não for jurisdicional (aqui inclui-se a necessidade de juízo imparcial), ou de um julgamento perante um juízo que não permita a defesa, ou ainda de uma acusação sem carga probatória. A ausência das garantias do juízo e da acusação obstaculiza todas as demais<sup>339</sup>, em especial, as

---

<sup>335</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 jun. 2018, Processo Eletrônico DJe-241 Divulgado em: 04 nov. 2019. Publicado em: 05 nov. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 237-238.

<sup>336</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.414 Alagoas**. Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 31 mai. 2012, Processo Eletrônico DJe-114 Divulgado em: 14 jun. 2013. Publicado em: 17 jun. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 66.

<sup>337</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 74-76.

<sup>338</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 431.

<sup>339</sup> Ferrajoli elenca dez axiomas necessários à responsabilização penal, sendo seis garantias penais e quatro processuais, estando todas elas conectadas. Por essa razão, entende o autor que a violação ou ausência de quaisquer garantias desdobra na ineficiência das demais (processuais ou penais) pois obsta a aplicação da pena.

garantias processuais.<sup>340</sup> Por tal motivo, apesar de acatar-se a centralidade do conceito do programa acusatório ao princípio acusatório, enquanto separação das funções e exclusividade da acusação como único instrumento capaz de encetar o processo, resta impraticável a construção de um modelo ideal acusatório avesso aos demais princípios trazidos.

Destarte, no presente trabalho, adotar-se-á as características que a maioria da doutrina, convalidada pelo STF, estabelece como pertencentes ao sistema inquisitivo para fins de demonstração de que como tais atributos se revelam na execução penal brasileira. A atuação oficiosa do juiz substituindo a figura do acusador, que denota a inexistência da efetiva separação das funções, a existência da parcialidade judicial no desempenho do papel jurisdicional, o avesso ao contraditório, a deficiência quanto à paridade de armas, a não aplicação da presunção da culpabilidade, culminam na visão do apenado como objeto processual, e são atributos que nos permitem comparar a prática executiva processual com o tipo-ideal inquisitivo. Mesmo que não se consiga confirmar a existência de um modelo normativo inquisitivo, ao menos atingir-se-á o objetivo de demonstrar, como assenta Gloeckner, um funcionamento anormal da justiça criminal.<sup>341</sup>

### **2.2.3. A busca pela verdade e os programas processuais como mecanismos ou subsistemas que cumprem certa função no processo penal**

Há ainda uma concepção teórica dos programas processuais como mecanismos ou subsistemas que cumprirão alguma função específica no processo penal, em especial, na busca da verdade.<sup>342</sup> O valor da verdade tem sido considerado como núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento, no qual a função do procedimento seria atingir uma decisão certa, orientada para valores de verdade, legitimação e justiça. Mas será que podemos garantir que sempre que se alcançar a

---

<sup>340</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 79.

<sup>341</sup> GLOECKNER, *Processo Penal Pós-acusatório?*, 2015, p. 381.

<sup>342</sup> LANGER, *A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório*, 2018; LANGER, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona*, 2001.

verdade, se encontrarão decisões certas? Atingir a verdade seria propriamente a função principal do procedimento judicial organizado?<sup>343</sup>

Primeiramente, como argumenta Taruffo, “seria [...] um tanto paradoxal imaginar um sistema democrático, inspirado no valor da verdade, no qual, entretanto, a administração da justiça não se inspirasse em tal valor, ou mesmo que se fundasse sistematicamente no erro, na mentira e na distorção da verdade.”<sup>344</sup> Entretanto, há que se diferenciar o valor da verdade, que é incontestável, com a aceitação de que o procedimento sirva a ela.<sup>345</sup>

Apesar da discussão histórico-filosófica acerca do conceito de verdade (se a verdade se encontra nas coisas ou na linguagem), desde o denominado “giro linguístico”, o conceito do verdadeiro afasta-se da correspondência com o mundo das coisas e aloca-se na identificação do discurso coerente, construído pelo homem a partir de proposições pré-instituídas e pré-compreendidas.<sup>346</sup> A construção de “verdades” cria mais complexidade na sociedade, onde cada indivíduo necessita de uma orientação significativa para a adesão da escolha dos outros. A verdade funciona, na sociedade, como uma transmissão de reduzida complexidade. É uma transmissão de ideias, aceitas com fundamento na certeza obrigatoriamente intersubjetiva.<sup>347</sup> “O que determina assim um juízo verdadeiro ou falso é a certeza ou critério de verdade dele<sup>348</sup> [...]”<sup>349</sup>

Aplicado ao processo penal, buscar a verdade representa estabelecer uma certeza irrefutável de que aquele indivíduo praticou o fato sancionável.<sup>350</sup> E essa

---

<sup>343</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 21-24

<sup>344</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 120-121.

<sup>345</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 25.

<sup>346</sup> ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. Em busca da verdade: uma análise das concepções de verdade nas comissões de verdade e no processo penal brasileiro. In: **Redes**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 3, p. 17-47, dez. 2020, p. 21.

<sup>347</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 25.

<sup>348</sup> Bazarian enumera cinco critérios de verdade: de autoridade, no qual o critério supremo da verdade é estabelecido pela opinião daqueles que detém o poder/autoridade; da evidência, no qual a única medida da verdade é o visto diretamente e demonstrado de fato no mundo; da ausência de contradição, sendo verdade o internamente coerente sob a lógica do pensamento e da comunicação; da utilidade, na qual a verdade está na utilidade para a nossa vida em se acreditar nela; e da prova, onde o fato provado, fundamentado, demonstrado e explicado considera-se verdadeiro (BAZARIAN, Jacob (1994) *apud* GARCIA, Francisco Antônio. Filosofia e verdade. In: **Acta Scientiarum**, Maringá, v. 23, n. 1, p. 251-255, 2001. p. 253).

<sup>349</sup> ALMEIDA; BONFIGLI, Em busca da verdade, 2020, p. 24.

<sup>350</sup> ALMEIDA; BONFIGLI, Em busca da verdade, 2020, p. 24.

certeza, diante dos programas jurídicos de ônus da prova, é alcançada pelo critério da prova, que será graduada pela norma jurídica de cada tipo processual, em razão da sua função específica.<sup>351</sup>

Damaska reflexiona que:

Imagine que em um sistema processual, considerações acerca da busca pela verdade são mais importantes do que em outro. Quais são as prováveis consequências? Como os dois sistemas resolverão o conflito entre a busca eficiente da verdade e a proteção de valores como a dignidade e a privacidade humanas e a preservação de uma atmosfera geral de liberdade? Aquele que colocar um valor muito alto nesses outros valores frequentemente irá permanecer comprometido com eles, mesmo à custa da descoberta da verdade; nesse sentido, será menos "voltado para a verdade" do que o sistema para o qual os valores não relacionados à descoberta da verdade tiverem menos peso. O sistema mais "voltado para a verdade" estará menos disposto a levantar essas barreiras que independem da preocupação com a segurança da investigação. Porém, mesmo entre os limites relacionados à precisão investigativa, haverá provavelmente uma importante diferença. Aumentar o número de vereditos corretos pode contrariar o desejo de minimizar o número de condenações falsas. Quanto mais forte for o comprometimento de um sistema com a descoberta da verdade, menos réus culpados ele estará preparado para ver absolvidos em favor de prevenir a condenação de uma pessoa inocente<sup>352</sup>.

Desta forma, tomada a verdade como valor que legitima a jurisdição penal no Estado de Direito, a forma e os meios de obtenção da dita verdade caracterizam um ou outro modelo da dicotomia, sendo o modelo acusatório aquele que aceita uma verdade relativizada obtida através do contraditório em processo, e o inquisitivo que, na busca de uma verdade absoluta, confere poderes instrutórios ao magistrado privilegiando estruturas burocráticas de obtenção da prova, normalmente vinculando-se a um sistema de provas legais.<sup>353</sup>

Como resume Ferrajoli, ao comparar as estruturas decisionista (tipicamente inquisitivo) e cognitivista (tipicamente acusatório), enquanto naquele o fim (atingir a verdade) justifica os meios, nesse o fim é justificado pelos meios.<sup>354</sup> No modelo inquisitório dos séc. XII e XIII, a busca de uma verdade era tão importante que constantemente se utilizava da prática de tortura para fins de obtenção da confissão. A confissão, além de dispensar novas provas, representava, religiosamente, o pedido de perdão por parte do cristão pecador, e lhe absolvía dos pecados. Daí se extrai a importância de tal ato para o procedimento inquisitivo.

---

<sup>351</sup> ALMEIDA; BONFIGLI, Em busca da verdade, 2020, p. 25.

<sup>352</sup> DAMASKA, Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal, 2018, p. 298.

<sup>353</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 453.

<sup>354</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 435.

Portanto, para Langer, “[...] é inquisitivo todo subsistema ou mecanismo processual cuja função seja a obtenção coercitiva de reconhecimentos de culpabilidade por parte dos imputados.”<sup>355</sup> <sup>356</sup> Ressalte-se que o autor utiliza a expressão “reconhecimentos de culpabilidade”, ampliando o conceito utilizado, englobando tanto a confissão, quanto a delação premiada e o *plea bargain* do direito estado-unidense, não importando se o método de obtenção é praticado por um juiz inquisidor com a tortura, ou por um promotor de justiça que detém a disponibilidade da ação. Se o mecanismo é utilizado com o fim de obter o reconhecimento de culpa, será inquisitorial.<sup>357</sup>

Percebe-se que sob esse viés conceitual, inquisitivo não será todo modelo, mais qualquer mecanismo voltado à obtenção de um reconhecimento de culpa. Esse nível conceitual é bastante utilizado por doutrinadores que não veem mais a dicotomia acusatório-inquisitivo como um modelo único, possível de se identificar. Com isso, passam a identificar específicos mecanismos ou programas que cumprem determinada função dentro do processo penal, podendo procedimentos tidos como acusatórios, possuírem mecanismos inquisitivos e vice-versa.

No *plea bargaining* norte americano, por exemplo, Langbein relata que há uma verdadeira indução por parte do promotor de justiça à admissão de culpa em troca de uma pena mais branda para o acusado, eliminando a função decisória, onde o acusado abre mão de suas garantias, repetindo-se algumas das regras da tortura inquisitorial, nas quais o poder de acusar e decidir se concentram na mão de um único agente público, agora representado na figura do promotor ao invés do juiz inquisitor.<sup>358</sup>

O objetivo de tais mecanismos de obtenção da confissão, representam uma busca por eficiência processual no sentido de minimizar o tempo processual necessário à formação da certeza. Como, em tese, o modelo processual representa não um mecanismo, mas um conjunto de princípios, a adoção de tais mecanismos inquisitórios no seio do método acusatório representa uma passagem de um

---

<sup>355</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 106, tradução nossa.

<sup>356</sup> Citação original: es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimientos de culpabilidad por parte de los imputados.

<sup>357</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 106-107.

<sup>358</sup> LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 133-150, 2018, p. 137-145.

inquisitório declarado para um inquisitório “oculto”.<sup>359</sup> A confissão quando extraída a qualquer custo, se mostra contrária ao outro valor, de justiça. “O justo processo exige que a disciplina das provas seja endereçada não apenas para assegurar a certeza de uma exata reconstrução do fato – coisa impossível – quanto à eliminação das fontes de incerteza relativas àquela reconstrução [...]”.<sup>360</sup>

Essa característica particular de um procedimento configura apenas um programa/operação outro para obtenção da validade da expectativa normativa, quebrando a lógica de fechamento operacional da teoria Luhmanniana enquanto adoção das regras necessárias para obtenção de uma decisão, portanto, não adequada ao presente estudo, apesar do seu valor dogmático e científico.

#### 2.2.4. Um jogo de interesses ou finalidades contrapostas

Ainda sob a lógica da busca da verdade, deriva-se outro sentido conceitual da dicotomia acusatório-inquisitivo tratado pela doutrina, representada pela dualidade funcional do processo penal. Em uma visão estrutural-funcionalista do processo penal, observa-se que o processo penal (e a execução penal enquanto etapa do processo penal), tem por escopo reconciliar a decepção social em razão da frustração da expectativa normativa, validando a norma penal que estabelece a aplicação de uma sanção em caso de comportamento desviado; mas também serve como instrumento garantista que freia o ímpeto estatal punitivo.

O processo penal ao mesmo tempo visa punir os culpados e proteger os inocentes. Nos dizeres de Damaska, “a busca da verdade no processo criminal não é um exercício cognitivo desenfreado. Procedimentos modernos particularmente abominam muito mais a chance de condenar um inocente do que a de absolver um culpado.”<sup>361</sup> Entender qual desses valores, em ocorrendo o conflito, é primordial à sociedade divide os modelos em inquisitório e acusatório.

---

<sup>359</sup> MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 151-186, 2018, p. 154.

<sup>360</sup> MOCCIA; IASEVOLI, Verdade substancial e verdade processual, 2018, p. 163.

<sup>361</sup> DAMASKA, Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal, 2018, p. 297.

Apesar de não haver uma unanimidade na doutrina, o procedimento inquisitivo, até por sua origem histórica, tem por escopo reprimir o delito, mesmo que ocorra uma violação dos direitos individuais para tanto. Sob esse nível conceitual, alça-se o dito interesse social sobre o interesse individual. Mittermaier reforça que “[...] os dois princípios fundamentais do processo penal são: 1) o interesse da sociedade e a necessidade de que nenhuma pessoa culpada fique impune e, 2) a proteção das liberdades individuais e públicas.”<sup>362</sup>

Ocorre que na prática tais finalidades se contrapõem e a priorização por uma delas implicará no preterimento da outra. Isso gerará, como tratado por Ferrajoli, cifras decorrentes do custo ou da justificação da justiça penal. A cifra da ineficiência refere-se à quantidade de culpados que permanecerão impunes ou não conhecidos, e a cifra da injustiça, relacionada aos inocentes que tenham de, alguma forma, suportado os ônus de um processo criminal, ou tenham sido condenados, absolvidos posteriormente ou não.<sup>363</sup>

Binder atribui essa oposição de interesses a quatro tradições da justiça penal, consistentes na visão do delito como infração à uma vontade superior coletiva ou divina, e, portanto, deve-se repreender a desobediência, em oposição ao aspecto conflitivo do delito, devendo ser dirimida a lide entre as partes por um terceiro imparcial para evitar-se a violência ou abuso; e na perspectiva do juiz como integrante de um aparato estatal hierarquizado cujo poder descende em contraste com a figura do juiz independente, sem vínculos hierárquicos com a função de frear arbítrios.<sup>364</sup>

Esse conflito perdura nos ordenamentos modernos, pois a opção por uma das finalidades permeia questões de natureza social e política ainda não resolvidas e altamente voláteis. O que é mais importante: resguardar os direitos fundamentais do indivíduo ou não permitir a impunidade? O interesse coletivo de uma sociedade que teve seus bens jurídicos violados ou a reafirmação de direitos fundamentais conquistados historicamente com ardor? Condenar um inocente ou absolver um culpado?

---

<sup>362</sup> *apud* LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 317.

<sup>363</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 168.

<sup>364</sup> BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 95-118, 2018, p. 97.

Ademais, essas questões devem ser respondidas e analisadas em um determinado recorte temporal, pois a evolução social acarreta a modificação desses conceitos políticos. Como estabelece Andrade, a imposição de um modelo inquisitivo nasce da necessidade apontada pelo legislador de se evita a impunidade, ampliando-se o rol de sujeitos legitimados para dar início ao processo, enquanto a opção pelo programa acusatório ocorre quando o legislador dá maior importância à imparcialidade judicial, mesmo que isso represente o risco de alguns delitos seguirem impunes.<sup>365</sup>

Revela-se um aspecto de política criminal aplicada ao processo penal na determinação de sua função preponderante através da seleção de expectativas cuja segurança material se fundam em valores ou interesses opostos, centrando-se a imparcialidade judicial como elemento estrutural do processo democrático.<sup>366</sup> Como assevera Langer, “nesta visão, ‘acusatório’ se refere ao valor devido processo legal ou direitos do acusado e o ‘inquisitório’ se refere ao valor persecução penal ou eficiência.”<sup>367</sup>

Há, assim, uma correlação direta entre a existência de um processo dito acusatório e a previsão e aplicação de garantias individuais processuais de um devido processo legal. Uma vez que os princípios tidos como garantias processuais basilares da estrutura garantista (Princípio da jurisdição, princípio acusatório, princípio da presunção de inocência e princípio da ampla defesa)<sup>368</sup> integram o conceito de devido processo penal, ao qual a Constituição federal Brasileira alçou à condição de direitos fundamentais, observa-se uma opção normativa pelo programa acusatório. Como conclui Khaled Jr. “nesse sentido que vem sendo travada luta doutrinária incessante nos últimos anos em busca da afirmação de um direito processual penal pautado pela conformidade constitucional e pela exigência de concretização do sistema acusatório que essa conformidade exige.”<sup>369</sup>

Assim, defende-se que a dualidade sistêmica deva também ser lida sob a ótica do devido processo legal, sob a concepção atual, sendo o modelo acusatório próprio

---

<sup>365</sup> ANDRADE, **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2013, p. 450.

<sup>366</sup> RICCIO, Giuseppe. Imparcialidade: entre situação subjetiva e paradigma de sistema. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 187-230, 2018, p. 188.

<sup>367</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 317.

<sup>368</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 431.

<sup>369</sup> KHALED JR., Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. In. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010, p. 307.



do devido processo legal, e inquisitivo inerente ao indevido processo legal. Nesse sentido, Aroca indica que “não existem dois sistemas pelos que se podem configurar o processo, um inquisitivo e outro acusatório, senão dois sistemas de atuação do Direito Penal pelos Tribunais. [...] O denominado processo inquisitivo nunca foi e, obviamente, não é um verdadeiro processo.”<sup>370 371</sup> Um processo que não é devido, justo, nem legal, não é sequer processo.

Entretanto, cumpre mencionar que a vinculação do programa acusatório ao devido processo legal apenas transfere o problema conceitual. Pois, afinal, o que seria devido ou justo? O conceito de devido processo legal é um conceito que se constrói ao longo da história, sempre vinculado à função máxima de limitar o abuso do poder. “O conteúdo do devido processo não é fixo e apreensível por uma fórmula, mas representa uma atitude de justiça entre os homens e entre eles e o governo”<sup>372</sup>.

Aponta, assim, Edilson Vitorelli Diniz Lima que:

A partir de *Wolff v. McDonnell*, Henry Friendly tenta estabelecer os elementos essenciais a um *fair hearing*<sup>373</sup>. Embora o autor enfoque a atuação administrativa do Estado, os elementos propostos são perfeitamente aplicáveis ao contexto judicial, de modo que permitem a definição de um núcleo de elementos do devido processo legal: 1) um julgador imparcial, 2) ciência da ação proposta e de seus fundamentos, 3) oportunidade de apresentar argumentos de defesa, 4) oportunidade de produzir provas, inclusive de apresentar testemunhas, 5) direito de conhecer as provas da parte contrária, 6) direito de inquirir as testemunhas da parte contrária, 7) direito a uma decisão fundada exclusivamente nas provas dos autos, 8) oportunidade de ser representado por advogado, 9) necessidade de registro das provas apresentadas e 10) fundamentação da decisão.<sup>374</sup>

O que se vê é uma constante busca por um processo democrático, visando assegurar um devido processo legal e todas as suas vertentes, que por deveras, se aproximam em muito das características apontadas pela doutrina como sendo formadoras do tipo-ideal acusatório. Quando se observa as reformas processuais

---

<sup>370</sup> MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol.1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 69-70, tradução nossa.

<sup>371</sup> Citação original: pues no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales. [...] El denominado proceso inquisitivo nunca fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso.

<sup>372</sup> LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015, p. 146.

<sup>373</sup> Base do *due process of law* traduzido na ideia de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida antes de uma decisão que lhe seja concernente. Dado o conceito vago de devido processo legal, a jurisprudência norte-americana e inglesa trataram de externar o que seria um processo legal justo, devido.

<sup>374</sup> LIMA, E. V. D., **O devido processo legal coletivo**, 2015, p. 149-150.

focadas em uma aproximação para com o modelo dito acusatório, em especial em países que adotam o *civil law*, o que se percebe, desde o Código de Instrução Criminal Francês de 1808 até as reformas recentes na latino-américa, é uma tentativa de evitar comportamentos atribuídos ao processo inquisitório, como a prática da tortura, a busca de uma imparcialidade judicial<sup>375</sup> e de um contraditório efetivo, nocivos ao devido processo legal.

Ocorre que apesar de identificar-se estruturas nos sistemas processuais vigentes que remetam a opção por um desses ideais, conforme pontua Langer, “neste sentido, todo sistema processual é misto, já que em todo sistema processual seria possível encontrar estes interesses ou finalidade contrapostos. No entanto, procedimentos criminais específicos tendem a privilegiar ou dar mais ênfase a um ou outro.”<sup>376 377</sup>

Acrescenta-se que, não basta a existência de previsão legal ou constitucional, pois, enquanto textos, são passíveis de uma multiplicidade prática de interpretações, o que configura a aplicação material dos princípios constitucionais.<sup>378</sup> Entretanto, isso não pode significar a seleção arbitral dos programas e interpretações a serem atribuídos, sob pena de adotar-se uma postura decisionista. Deve-se adotar uma interpretação tida por correta, no sentido de compreendida como regra extraída e produzida a partir do texto normativo, sendo incorreta ou “estranha” a interpretação que, antes, apresente-se como meio de introdução de uma nova regra do jogo, rompendo com os princípios do Estado Democrático de Direito.<sup>379</sup>

Como asseveram Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt:

[...] a Constituição representa a tessitura de ficções operatórias que pretende exprimir o sentido e o valor da vida em sociedade. A sua função primordial seria a de marcar a interrupção da violência e do caos sempre ameaçador do estado de natureza; e, com isso, instituir um espaço social, temporal e

---

<sup>375</sup> No tocante à imparcialidade judicial, Prado citando Kirchheimer (KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia Política**, México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1968.) informa que “o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de conflitos de interesses se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal se no início do procedimento ambas as teses - de acusação e de resistência - puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz” (PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 179).

<sup>376</sup> LANGER, La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 108, tradução nossa.

<sup>377</sup> Citação original: en este sentido, todo sistema procesal es mixto, ya que en todo sistema procesal sería posible encontrar estos intereses o finalidades contrapuestos. Sin embargo, los procesos penales concretos suelen tender a privilegiar o dar más énfasis a uno u otro [...].

<sup>378</sup> Häberle *apud* NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 203.

<sup>379</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 203-213.

político, ao cessar um estágio de ausência completa de vínculos duradouros.<sup>380</sup>

Tanto sob o ponto de vista de criação política, quando de exegese sistêmica, a Constituição Federal ocupa um papel central no sistema jurídico, irradiando normas estruturantes para as demais operações a ocorrer no interior do sistema. A normatização das expectativas sociais criará possibilidades de que as comunicações operem dentro do código do sistema jurídico, dando autonomia ao sistema. Assim, esse sentido conceitual deve ser analisado em consonância com a visão dos modelos processuais enquanto modelos normativos.

### **2.2.5. A dicotomia no plano do dever ser: a normatividade dos sistemas processuais**

Por fim, dois sentidos ou níveis conceituais se destacam quando analisados os métodos processuais sob o seu conteúdo normativo: a visão dos modelos processuais como princípios normativos e como modelos normativos.

Enquanto princípio normativo, segundo Langer, “o acusatório é um princípio normativo do sistema jurídico e/ou de um determinado modelo político-normativo. [...] O inquisitivo seria a negação deste princípio.”<sup>381 382</sup> Mas o que significa dizer que o acusatório é um princípio normativo? A importância máxima da previsão do sistema processual enquanto princípio normativo é que ele não se vincula a um modelo ou estrutura positivada para fazer valer as suas características e aplicação, podendo ser alcançados quaisquer comunicações ou estruturas do sistema pelo eixo principiológico que irradia a autorreferência do sistema. Prado revela que:

[...] o termo [princípio] tem [...] o significado peculiar mais relevante de categoria de natureza especialmente constitucional, dotada de multifuncionalidade apta a possibilitar que a Constituição não se extinga em limites exclusivamente positivados, incapazes de apreender a inesgotável riqueza de situações do porvir, inerentes ao desenvolvimento da sociedade e do Estado e a conformação das suas instituições. Através dos princípios e da sua multifuncionalidade, abrem-se os horizontes da Constituição e emergem

---

<sup>380</sup> CARVALHO, T. F. de; BOLDT, R. A criminologia da não-violência, 2019, p. 47-48.

<sup>381</sup> LANGER, Maximo. La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 108-109, tradução nossa.

<sup>382</sup> Citação original: lo acusatorio es un principio normativo del sistema jurídico y/o de un determinado modelo político-normativo. [...] lo inquisitivo seria la negación de este principio.

as potencialidades da disciplina jurídica de um sem número de fatos novos, inexistentes ao tempo da promulgação da carta [...].<sup>383</sup>

Com isso, pode-se inferir que dentro de um sistema jurídico de normas e princípios, um princípio organizador/unificador fundamental tende a nortear todo o sistema jurídico. A questão reside em identificar qual seria esse princípio basilar do qual irradia todo o modelo acusatório. Aqui, a doutrina entra novamente no incansável debate, trazido ao tratarmos da dicotomia acusatório-inquisitivo como tipo-ideal, do que caracteriza esse princípio acusatório.

Conforme ensina Prado, a resposta ao questionamento de em que consistiria o princípio acusatório deve surgir da

[...] compreensão daqueles elementos que vão, aos poucos, historicamente integrar o sistema acusatório, mas cuja eliminação não afeta o núcleo básico de um tipo característico de processo, isto é, aquele alicerçado na ideia da divisão, entre três diferentes sujeitos, das tarefas de acusar, defender e julgar. [...] falamos, pois, ao aludirmos ao princípio acusatório, de um processo de partes, visto, quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções<sup>384</sup>.

À vista disso, defende-se que o núcleo base, do qual se irradia e se autorreferencia todo o modelo acusatório, e que, portanto, garante um devido processo legal, é a completa divisão das funções de acusar, defender e julgar, do ponto de vista formal (a divisão legal das atribuições e papéis do julgador, acusador e defensor - *actum trium personarum*) e substancial ou efetivo, em que cada jogador saiba a sua função e não interfira na função alheia, além de princípios de oralidade, num sentido de diálogo entre as partes, e publicidade, visando o controle dessa separação.

Por vezes, não há nos textos normativos qualquer referência às demais características do sistema acusatório, havendo apenas a determinação de aplicação do princípio acusatório. Nessa lógica, restou aprovada, em 24/12/2019, a Lei nº 13.964/2019, que incluiu o art. 3-A no Código de Processo Penal, que estabelece que “o processo penal terá estrutura acusatória”.

O art. 3º-A até tenta de alguma forma conceituar o que constituiria a denominada estrutura acusatória, ao afirmar que restariam “vedadas a iniciativa do

---

<sup>383</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 104-105.

<sup>384</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 172-175.

juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Não obstante, entende-se que o princípio e o modelo acusatório se estendem para além da mera iniciativa na fase investigativa e na atuação probatória. Como explica Ferrajoli, o elemento estrutural do dito tipo acusatório, qual seja, a separação das funções acusatória e judicante, é garantido com a efetivo distanciamento do magistrado em relação à partes, cabendo àquele um papel de expectador passivo e neutro, não podendo atuar de ofício em qualquer fase do processo e para qualquer atuação, probatória ou não.<sup>385</sup>

Ademais, o desafio reside justamente em, compreender como um único princípio normativo de cunho acusatório, altere toda uma estrutura inquisitória estabelecida, ai sim, em um modelo normativo estabelecido no Código de Processo Penal Brasileiro, copiado do Código Rocco Italiano de 1930 de cunho fascista que se instilou na “necessidade” política do Estado Novo Brasileiro, balizado em um tecnicismo jurídico, que se apoiava em discursos securitários que apontavam o delinquente como inimigo social, transformavam o processo penal em instrumento repressivo em nome de uma defesa social e o juiz em um papel ativo na perseguição da verdade real e que desabonavam as garantias fundamentais materiais e processuais, vistas como instrumentos da impunidade e criavam a presunção da culpa ao revés da inocência, como comentam Felipe Lazzari da Silveira e Rodrigo Oliveira de Camargo.<sup>386</sup>

É possível contemplar dessa análise as concepções distintivas da inquisição já tratadas até agora, em especial de cunho político (autoritarismo combinado com a defesa social e um tecnicismo burocrático) que por intermédio dos canais de intercomunicação com o sistema jurídico adentram e se normatizam em expectativas.

O embate de um princípio normativo acusatório (presente de forma implícita na Constituição Federal inferido do art. 129, I, bem como das garantias fundamentais já citadas e normatizado explicitamente por uma lei infraconstitucional) a todo um modelo inquisitivo já instalado revela-se um desalento daqueles que esperam uma verdadeira reforma acusatória. Se mesmo a previsão do devido processo legal,

---

<sup>385</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 455.

<sup>386</sup> SILVEIRA, Felipe Lazzari da; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime**: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019. Florianópolis: Emais, p. 15-34, 2020, p. 17.

enquanto corolário do princípio acusatório, como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988, não teve força para barrar a reprodução inquisitória do modelo normativo do CPP de 1941, como aponta Gloeckner, “como uma aplicação rigorosa deste dispositivo [art. 3º-A incluído pela Lei nº 13.964/2019] acarretaria a imprestabilidade de muitos artigos do CPP, muito provável é a sua sobrevivência meramente simbólica, retirando-se qualquer espécie de efetividade.”<sup>387</sup>

A existência de um princípio acusatório apenas de forma normativa sem aplicação prática do tipo ideal, como proposto pelo art. 3º-A, configura o que Langer denomina de acusatório formal<sup>388</sup>, ou nos dizeres de Amodio, o garantismo inquisitório<sup>389</sup>. Além disso, a existência de um único princípio não tem força suficiente para harmonizar e reproduzir todo um sistema processual penal. Como leciona Prado, “o princípio acusatório [...] constitui o núcleo básico do sistema acusatório mas não o esgota, na medida em que este último reclama, para sua conformação, outros princípios e normas.”<sup>390</sup>

Não obstante, como observamos em alguns instrumentos normativos, como no caso da Constituição Federal de 1988, há um arcabouço completo de garantias normatizadas: Em este sentido conceitual, diz existir um verdadeiro modelo normativo do sistema processual. Para Langer:

[...] a diferença entre o acusatório como princípio e como modelo normativo é, se você quiser, uma questão de nível. No primeiro caso, o acusatório é somente um princípio do ordenamento jurídico [...] que somente prescreve que o sistema deve respeitar uma exigência. [...] Em vez disso, no segundo caso o acusatório estabelece um sistema completo - ou comparativamente mais completo - de acusação penal que requer uma série de elementos como, por exemplo, imparcialidade, defesa, oralidade, publicidade, contraditório, júri etc.<sup>391 392</sup>

---

<sup>387</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime**: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019. Florianópolis: Emais, p. 35-43, 2020, p. 39.

<sup>388</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 108-109.

<sup>389</sup> AMODIO, Ennio (1977) *apud* GLOECKNER, Crônica de um suicídio anunciado, 2020, p. 40.

<sup>390</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 109.

<sup>391</sup> LANGER, La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, 2001, p. 111, tradução nossa.

<sup>392</sup> Citação original: la diferencia entre lo acusatorio como principio y como modelo normativo es, si se quiere, una cuestión de grados. En el primer caso lo acusatorio es sólo un principio del ordenamiento jurídico [...], que solo prescribe que el sistema procesal debe respetar una exigencia. [...] En cambio, en el segundo caso lo acusatorio establece un sistema completo - o comparativamente más completo - de enjuiciamiento penal que requiere una serie de elementos como, por ejemplo, imparcialidad, defensa, oralidad, publicidad, contradictorio, jurados, etcétera.

E complementa o autor: “esses modelos incluem um conjunto de princípios ou características negativas e positivas que podem ser usadas para avaliar procedimentos penais contemporâneos, decidir casos individuais e promover reformas processuais penais.”<sup>393</sup> Daí, depreende-se que a Constituição Federal de 1988, não trouxe apenas a previsão de aplicação de um princípio acusatório, mas uma série de princípios e garantias que buscam aplicar um processo de viés acusatório.<sup>394</sup>

A predileção do constituinte de 1988 com previsão expressa do Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88) como garantia fundamental pelo interesse da justiça obriga a adoção prática do modelo acusatório, e das garantias processuais que, inobstante a prescrição do *due process*, também constam do bojo dos direitos e garantias fundamentais<sup>395</sup>. Apesar da previsão normativa, a aplicação do tipo acusatório, por vezes, não se observa na prática jurídica, que remete às afirmações de que o direito brasileiro é inquisitivo ou neoinquisitivo<sup>396</sup>. Como relata Prado,

a deformalização tem sido exigida pelos que reclamam uma hermenêutica constitucional que confira maior fluidez e flexibilidade aos instrumentos jurídicos dispostos na Constituição; finalmente, de tudo decorre a pretensão do sistema constitucional como autoreferente, autopoietico, que se constitui, reproduz e explica por suas próprias pautas internas, caracterizando-se por pretender-se estável<sup>397</sup>.

Ocorre que, de acordo com a lição de Moreira e Camargo, “o Sistema processual penal brasileiro ainda apresenta contrariedades, primeiro entre as normas adotadas na Constituição da República e algumas poucas normas contidas nas leis ordinárias vigentes, e, em segundo, entre o Sistema Acusatório puro e a prática

---

<sup>393</sup> LANGER, A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório, 2018, p. 319.

<sup>394</sup> Lembrando que a Constituição Federal de 1988 também trouxe tal previsão, ao preconizar, de forma genérica e supletiva, no art. 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal previsão não exclui tantas outras, como a que preconiza a necessidade de respeito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI), a previsão de um juiz natural (art. 5º, LIII), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), da titularidade da ação penal e da independência do Ministério Público (arts. 127 e 129) e da motivação das decisões (art. 93, IX) entre outras garantias processuais.

<sup>395</sup> Princípio da jurisdição (art. 5º, XXXV e LIII), princípio acusatório (art. 129, I e art. 5º, LIX), princípio do ônus da prova e da presunção de inocência (art. 5º, LVI, LVII, LXI, LXVI) e princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV).

<sup>396</sup> Lopes Jr. classifica o sistema brasileiro de neoinquisitorial, “pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade” (LOPES JR, **Direito Processual Penal** (Livro Digital), 2019, p. 428).

<sup>397</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 60-61.

forense criminal.”<sup>398</sup> Entretanto, o que vemos é a existência de um modelo normativo constitucional acusatório, e modelos normativos infraconstitucionais inquisitórios.

Nesse embate, deve-se compreender que

[...] a normatividade constitucional construída na CF de 1988 é um avanço a ser compreendido, validado e tornado eficaz, cujo abandono provocaria um retrocesso normativo, o arbítrio decisional, a autorregulação privada e corporativa, a qual pretende incutir a crença da maior eficiência.<sup>399</sup>

Destarte, não obstante a presença de programas inquisitivos em nossos ordenamentos infraconstitucionais, todo o processo penal, inclusive a execução penal, deve ser lido por intermédio do programa normativo constitucional imposto de forma a irradiar a prática acusatória que se busca. Deve-se perseguir como fundamento de um Estado Democrático de Direito a aplicação de um devido processo legal, com todas as suas construções e direitos decorrentes, adquiridos historicamente, montados em um modelo normativo que autorreferencie a prática judiciária.

A observância dos princípios basilares da jurisdição, acusatório, presunção de inocência e contraditório, em uma interpretação que maximize o devido processo legal deve transcender à ideologia inquisitória que “[...] permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, ou seja, na *law in action*.”<sup>400</sup>

Entretanto, tal classificação da dicotomia não pode residir numa acepção do normativo apenas enquanto previsão legal de expectativas. Como estabelece Neves, “o Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores [...]”<sup>401</sup> Para que se obtenha a juridicidade da norma faz necessário a realização de uma rede recursiva em que tal expectativa se reproduza, se diferenciando o ambiente social, o que lhe conferirá a segurança do modelo normativo.<sup>402</sup>

Os modelos processuais devem ser assim ser revestidos de uma normatividade substancial (aqui entendida como a dupla formação da norma jurídica, segundo Müller e sua teoria jurídica estruturante, composta pelo programa normativo, construído

<sup>398</sup> MOREIRA; CAMARGO, Sistemas processuais penais à luz da Constituição, 2016, p. 82.

<sup>399</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93.

<sup>400</sup> GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 83.

<sup>401</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 257.

<sup>402</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 2136-2140.



linguisticamente pela interpretação, e pelo âmbito normativo, enquanto dados reais normativamente relevantes<sup>403</sup>), de forma a concretizar a aplicação da norma constitucional.

#### 2.4. A EXECUÇÃO PENAL E OS PROGRAMAS PROCESSUAIS

Com o proferimento de uma sentença condenatória, inicia-se uma nova etapa do direito processual penal, consistente na execução da aludida pena. Considerando que o processo tem por escopo a construção de uma decisão judicial, entende-se que com a prolação da sentença (condenatória ou absolutória), encerrar-se-á o processo jurisdicional com a confirmação/refutação da expectativa normativa, no caso a infração criminal e sua subsunção fática, e a construção de uma nova expectativa normativa, consistente na aplicação de uma pena concreta ao indivíduo.

A execução penal inicia-se assim, a partir da expectativa da expectativa normativa criada pela sentença condenatória transitada em julgado, formando-se um novo procedimento que visará legitimar o sistema jurídico. Como ensina Roig, “em matéria penal, execução significa a colocação em prática do comando contido em uma decisão jurisdicional penal, em regra contra a vontade do condenado.”<sup>404</sup> A pergunta inicial que se faz é se a existência de um novo processo judicial implicará na adoção de um novo modelo processual ou se aplicar-se-á a dicotomia acusatório-inquisitivo?

Da análise realizada anteriormente, em especial dos sentidos conceituais dos modelos processuais enquanto tipos-ideais, interesses opostos e modelos normativos, pode-se concluir que a dicotomia se diferenciará enquanto um conjunto de princípios e garantias processuais (princípio da jurisdição, princípio acusatório, princípio da presunção da inocência e princípio do contraditório) normatizadas, que compõem o macro princípio do devido processo legal, sendo acusatório o modelo que valida tais princípios e inquisitivo o que os rejeita.

---

<sup>403</sup> MÜLLER (1994) *apud* NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 257.

<sup>404</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21.

Tradicionalmente a nomenclatura acusatório e inquisitivo denota uma visão limitada à formação da certeza quanto à ocorrência do fato criminoso e a identificação da culpa do indivíduo, derivando etimologicamente das palavras *acusar* e *inquirir*<sup>405</sup>. Por essa visão, uma vez alcançada a certeza com a sentença condenatória, não se poderia mais falar em acusação ou inquisição.

Entretanto, dois pontos não de ser aventados. O primeiro consiste em que os modelos acusatório e inquisitivo não se limitam mais aos conceitos históricos originários, e, portanto, tendo evoluído, o seu significado restou ampliado, podendo-se falar em conceitos contemporâneos do acusatório e do inquisitivo, construídos em razão das novas necessidades sociais.<sup>406</sup> Como restou demonstrado, apesar de se balizar na teoria garantista de Ferrajoli, em que parte da doutrina se utiliza para construir a dicotomia em torno da gestão probatória<sup>407</sup>, entende-se que os modelos acusatório e inquisitivo são estruturas de programas que visam responder à questão de *como punir*<sup>408</sup>, com a aplicação dos princípios da jurisdição, acusatório, presunção de inocência e contraditório, que se complementam na formação do modelo.

O segundo ponto reside na fixação da finalidade da execução penal. Como apontado pelo art. 1º da LEP, além de dar efetividade às disposições da sentença, a execução penal deve proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, o que possibilita uma flexibilização da pena imposta pelo magistrado na decisão condenatória. Como explicam Pavarini e Giamberardino, a previsão e a concessão de medidas alternativas à pena imposta ou de benefícios penitenciários, muitas vezes balizados por critérios indicativos de uma ressocialização, permitem que a pena efetivamente cumprida seja mais breve ou suave ou mais longa e penosa da

---

<sup>405</sup> Segundo o dicionário Michaelis, a palavra *acusar* tem por significado imputar falha ou crime a alguém ou a si mesmo (ACUSAR. In: **MICHAELIS**, Dicionário Online de Português. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/acusar/>>. Acesso em: 06 mar. 2022) e a palavra *inquirir* remete às ideias de interrogar, indagar e investigar (INQUIRIR. In: **MICHAELIS**, Dicionário Online de Português. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/inquirir/>>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>406</sup> ANDRADE, Sistemas processuais penais e seus princípios reitores, 2013, p. 57

<sup>407</sup> LOPES JR., **Fundamentos do processo penal** (Livro digital), 2017; COUTINHO, Sistema acusatório, 2009.

<sup>408</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002.

estabelecida originariamente.<sup>409</sup> Reforçam tal flexibilidade o princípio da individualização da pena e o sistema progressivo da execução da pena.

O processo jurídico da execução penal é autônomo em relação ao processo de conhecimento, mas guarda semelhança a sua dupla função (manifestada por interesses opostos) de aplicação concreta da sanção penal, na busca do reestabelecimento da expectativa frustrada, e de obstáculo à fúria punitiva estatal. Entretanto, o foco da execução penal não é a apuração de um fato criminoso, o que se constata na própria estrutura da relação processual da execução penal. Enquanto no processo penal o centro justificativo é a ocorrência do fato criminoso, sendo a relação jurídica constituída por juiz, acusação e tantos quantos forem os réus, na execução penal o foco é o apenado, que reunindo-se no processo de execução tantas quantas forem as condenações em seu desfavor. A incerteza é deslocada à expectativa de cumprimento da pena em oposição às expectativas de flexibilização da pena em razão da sua função.

O conflito entre acusador e acusado perdurará mesmo após o início da execução penal, na oposição de interesses entre o cumprimento ou agravamento da pena estabelecida na decisão e o abrandamento dela. Esse cumprimento da pena continuará povoado de uma incerteza jurídica quanto às decisões acerca da aplicação do código lícito/ilícito às demandas das partes, acalmados pela certeza de que haverá uma decisão. Exige-se, assim, a atuação jurisdicional que deverá atuar de forma imparcial, com a adoção bem delineada dos papéis dos atores processuais e a separação das funções de cada parte, respeitadas as regras do ônus da prova como *standards* de decisão e o contraditório.

O modelo normativo constitucional acusatório ultrapassa o limite do processo de conhecimento e adentra ao processo de execução da pena. Apesar de inexistir propriamente uma acusação, o interesse estatal em efetivar o poder punitivo deve ser controlado pelo modelo processual acusatório e o respeito às regras procedimentais.<sup>410</sup> Entretanto, a normatividade atribuída às decisões judiciais permite que, dado o seu caráter recognitivo, se instaure uma reprodução do programa

---

<sup>409</sup> PAVARINI, Massimo; Giamberardino, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 181-182.

<sup>410</sup> LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 377.

inquisitivo, apoiado por uma cultura de controle do crime, avessa ao respeito às regras do jogo, na execução penal brasileira, ignorando-se os quatro programas estruturais essenciais à reprodução do programa acusatório, quais sejam: o princípio da jurisdição, o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova da acusação ou da presunção de inocência e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A LEP está repleta de programas normativos que são validados pelos Tribunais Superiores em suas decisões, demonstrando a reprodução do modelo inquisitivo, como: a possibilidade de o magistrado instaurar de ofício a execução da pena, sem a provocação da acusação, e qualquer incidente de execução; a estrutura punitiva administrativa envolta na análise das faltas graves, sem permitir a ampla defesa e o contraditório, em um imaginário de aplicação de um poder disciplinar; a violação e a privação de direitos fundamentais sob a justificativa de uma defesa da sociedade, estigmatizando o ser privado de liberdade como um inimigo ou desviante da sociedade; a extensão da culpabilidade firmada sobre determinado fato criminoso julgado a toda e qualquer conduta, caracterizada pelo abuso de aplicação de sanções de forma cautelar, sem o devido processamento judicial e produção probatória; e a administrativização da execução da pena e a automação de decisões desmotivadas.

## CAPÍTULO 03 – A REPRODUÇÃO DO PROGRAMA INQUISITIVO NA EXECUÇÃO PENAL

*“De fato, os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro.”*

*(Niklas Luhmann, O direito da sociedade)*

### 3.1. O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA REPRODUÇÃO INQUISITIVA

Estabelecido como se inserem as categorias processuais penais dentro do sistema jurídico autopoiético, e estipulado que há um modelo normativo constitucional acusatório, que estabelece um programa constitucional para o processo jurídico, destinado a uma separação das funções processuais como garantia de um devido processo penal, questiona-se como é possível que as normas programáticas ainda não sejam aplicadas ao processo de execução criminal.

Isto porque, apesar do princípio e do modelo normativo (aqui restrito ao aspecto constitucional) acusatório existente, observam-se operações e estruturas no sistema processual da Execução Penal que são validadas pelas decisões dos tribunais sob o código lícito do sistema jurídico. Ao analisar o caso presente e decidir, os tribunais se utilizam do direito dado, passado, mas com escopo de projetar o futuro, eis que criam delimitações vinculativas num futuro.<sup>411</sup> “O sistema se fecha temporalmente ao construir o presente (que de *per se* se esvanece com a decisão) como passado de um futuro presente.”<sup>412</sup>

Frise-se que não é escopo do presente trabalho, demonstrar os motivos que mantém viva uma cultura inquisitiva, seja pela permanência de uma cultura punitiva<sup>413</sup>, ou pela existência de um movimento sabotagem inquisitória (MSI)<sup>414</sup>, mas sim

---

<sup>411</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5177-5188.

<sup>412</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5186-5187.

<sup>413</sup> AMARAL, **Política da prova e cultura punitiva**, 2014.

<sup>414</sup> LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Guimarães da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO, Rodrigo oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime**: reformas processuais: reflexões críticas À luz da Lei 13964/2019. Florianópolis: Emais, p.45-60, 2020.

demonstrar que os tribunais brasileiros reproduzem o programa inquisitivo no sistema processual da execução penal. “Aprisionados a uma mentalidade inquisitória, muitos magistrados compreendem a si próprios como a instância moral de toda a sociedade e revelam no plano das práticas jurídicas cotidianas a sacralidade não da Constituição, mas das leis penais.”<sup>415</sup>

Características do programa inquisitivo são constantemente observadas na prática da execução penal. Operações como a determinação de ofício da expedição da Guia de Execução Penal (que dá início ao processo executivo) ou de instauração de procedimentos judiciais na execução penal, a determinação de produção probatória que entender o magistrado necessária, a instauração de procedimentos administrativos de apuração de faltas graves com aplicação imediata de sanções e sem o respeito ao contraditório e ampla defesa, a violação de garantias fundamentais sob o manto de um autoritarismo e sob o pretexto de uma segurança pública, a prolação de decisões sem a devida motivação, autorreproduzem, no mundo do *ser*, um programa inquisitivo constante das normas jurídicas, validando um direito autoritário e não garantista.

Como assevera Luhmann, o fechamento operativo do sistema se dá em virtude da obrigatoriedade dos tribunais em decidir<sup>416</sup>, uma vez que à decisão cabe a função de validar o sistema jurídico por intermédio de seus programas e códigos. Por exemplo, um contrato pode ser celebrado ou uma lei editada, e posteriormente, serem expurgados do sistema jurídico por uma decisão jurídica que afirme não estarem tais instrumentos em consonância com os programas do sistema jurídico.

Essa decisão presente, projeta expectativas futuras, de que aquela lei ou contrato inválidos não mais surtam efeitos, recriando o direito. Ocorre que, no sistema jurídico, não cabe ao juiz dizer que não tem condições de julgar, devendo proferir uma decisão, mesmo que apenas em consonância com os programas de decisão, como o ônus probatório, e essa decisão reprograma o sistema jurídico, ao menos àquelas partes. E por residirem no centro do sistema, também se permite a diferenciação (por segmentação ou hierarquização) dos tribunais. Assim, por exemplo, a decisão de um

---

<sup>415</sup> CARVALHO, Raphael Boldt de. **Processo penal e catástrofe**: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 2017. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2017, p. 54.

<sup>416</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4864-4865.

juiz singular pode ser invalidada ou modificada ou confirmada pelo Tribunal correspondente, assim como, que sujeita sua decisão à análise do STJ, no âmbito de sua competência.

As decisões, entretanto, não podem, sob o risco de criar mais incertezas, fundamentar-se no ambiente, devendo buscar no próprio sistema jurídico a sua base de argumentação, salvo a sua impossibilidade. Por isso Luhmann afirma que “os tribunais se comportam de modo que sua decisão, que, sem dúvida, ocorre no sistema do direito, seja determinada tão somente pelo direito vigente. A decisão resultará ou como conhecimento do direito, ou como aplicação do direito.”<sup>417</sup> A legislação se sustenta como a estrutura que consolida no aspecto temporal a expectativa generalizada e ativa a recursividade do sistema, provendo orientações de direcionalidade.<sup>418</sup>

A consistência das decisões, e, portanto, a noção de justiça, apoiada no princípio da igualdade implicará na referência de tratar os casos iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Por esse motivo, é pertinente analisar as decisões dos tribunais (organizações centrais do sistema jurídico na medida em que se veem obrigados a decidir<sup>419</sup>) acerca da aplicação dos códigos e programas do sistema jurídico e processual. Portanto, faz-se necessário também analisar a Lei de Execução Penal que comporta o arcabouço de expectativas políticas convertidas ao sistema jurídico.

Nesse sentido, no presente capítulo pretende-se demonstrar como as decisões dos Tribunais Superiores brasileiros, ou criam ou validam normas que atestam uma reprodução e validação do modelo inquisitivo na execução penal brasileira. Reside aí o recorte metodológico do presente trabalho ante a impossibilidade de se analisar todas as decisões proferidas em sede de juízo de execução penal. Utilizando-se o conceito de precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes e formalmente vinculantes fortes<sup>420</sup>, nos termos dos art. 315, §2º do CPP e dos arts. 489, §1º e 927

---

<sup>417</sup>LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5212-5214.

<sup>418</sup>LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 329.

<sup>419</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>420</sup> Para Zaneti Júnior, os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (Ações de controle de constitucionalidade e súmulas vinculantes) e os formalmente vinculantes são aqueles cuja obrigatoriedade de observância decorre da lei, no caso, do art. 927 do CPC, se diferenciando quanto à

do CPC, limitou-se a pesquisa às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e à orientação do plenário ou do órgão especial<sup>421</sup> dos aludidos tribunais superiores proferidas nos últimos anos<sup>422</sup>, que de alguma forma orientam, em sua função, a aplicação do direito.

Destarte, primeiramente tratar-se-á da oficiosidade do procedimento judicial executivo, em especial na sua instauração, perpassando pela análise da natureza jurídica da execução penal (tida por alguns como mera atividade administrativa), para em seguida debater o autoritarismo presente no sistema de recompensa e punições da execução penal, e seus efeitos na assunção de direitos, e na inquisitorialidade da aplicação das faltas graves. Após, tratar-se-á da subjunção de um dito interesse social de segurança sobre o interesse individual na aplicação do denominado regime disciplinar diferenciado, passando-se ao tema da aplicação de decisões cautelares em prejuízo ao princípio da presunção de inocência. Por fim, discutir-se-á o papel das argumentações das decisões.

Com a divisão do capítulo em cinco campos de estudo da execução penal, relacionados com os princípios basilares do modelo acusatório (princípio da jurisdição, princípio acusatório, princípio da presunção de inocência e princípio do contraditório), utilizando-se a visão dicotômica oposta do inquisitivo, realizou-se a pesquisa dos

---

possibilidade também de impugnação por via autônoma nos casos dos precedentes formalmente vinculantes fortes, enquanto os formalmente vinculantes somente são impugnados pela via recursal ordinária (ZANETI JUNIOR, **O valor vinculante dos precedentes**, 2016, p. 325-326).

<sup>421</sup> No caso do STJ foram pesquisados julgados proferidos pela corte especial e pela terceira seção, responsável pela uniformização do entendimento das turmas de matéria penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Seções III e IV. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 06 mar. 2022). Também serão utilizadas teses que sejam aplicadas de forma uniforme nas duas turmas responsáveis pela matéria penal e processual penal (quinta e sexta turma no STJ e primeira e segunda turmas do STF).

<sup>422</sup> Serão consideradas as decisões que foram publicadas a contar de 01/01/2016, salvaguardando-se hipóteses de referência a decisões anteriores cujas teses fundamentem decisões recentes que revalidam o sistema jurídico demonstrando ser o entendimento pacífico do tribunal.



seguintes termos nos campos próprios dos sítios eletrônicos do STF e do STJ<sup>423</sup>: “execução penal” ou “execução criminal”; “falta grave”; “exame criminológico”; “progressão”; “regime disciplinar diferenciado” ou “RDD”; “regressão” ou “regressão cautelar”; “motivação” ou “motivado” e “decisão” e “execução penal”. Para a pesquisa das decisões proferidas em plenário ou órgão especial, utilizou-se o campo de pesquisa de jurisprudência de cada um dos tribunais de vértice (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> e <https://scon.stj.jus.br/SCON/>) aplicando-se o filtro de acórdãos proferidos pelo plenário, utilizando-se termos mais precisos de busca, eis que a gama de decisões proferidas é mais ampla, necessitando maior delimitação, quais sejam: "execução penal" e (ofício ou "ex officio") e (guia); "falta grave" e (procedimento administrativo disciplinar ou PAD); ("regime disciplinar diferenciado" ou RDD) e inclusão; regressão e "crime doloso" e procedimento; regressão e cautelar e oitiva; (motivação *per relationem*) e ("execução penal" ou "execução criminal").

### 3.2. O JUIZ EXECUTOR E A OFICIOSIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Considerando que o único consenso em torno da dicotomia inquisitivo-acusatório reside na efetiva separação das funções de acusar, defender e julgar, deve-se iniciar a análise da reprodução do programa inquisitivo por essa certeza, e sobre o papel do magistrado na Execução penal. Afinal, qual seria a incumbência de um magistrado na Execução Penal? Para responder a esse questionamento, primeiramente tem-se que debater qual a função e natureza jurídica do processo de execução penal.

---

<sup>423</sup> Pesquisa de ADI, ADC, ADO e ADPF (<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>); Pesquisa de Súmulas vinculantes (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58Completoconteudo.pdf>); Pesquisa de Súmulas do STF ([http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Completo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf)); Súmulas do STJ ([https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?tipo=\(SUMULA%20OU%20SU\)&l=649&ordenacao=%40NUM](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?tipo=(SUMULA%20OU%20SU)&l=649&ordenacao=%40NUM))) Pesquisa de teses de repercussão geral no STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>); Pesquisa de teses de Repetitivos e IACs organizados por assunto do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/recrep/>); Jurisprudência em teses do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>).

No direito canônico inquisitorial, a execução criminal sempre teve o condão de expiação da pena. Uma vez que o acusado havia sido condenado por um tribunal (de inquisição, judicial ou popular), não lhe era conferido outro direito que não a sujeição à força da condenação. No direito contemporâneo, amparado por uma análise constitucional do direito processual, o papel do processo enquanto limitador desse poder estatal ganha destaque, defendendo-se uma atuação jurisdicional como freio à gana punitiva do Leviatã.

Esse esforço histórico levou a doutrina a estabelecer uma tripla corrente acerca da natureza jurídica da execução penal: uma primeira parcela, encabeçada por Adhemar Raymundo da Silva, que defende a natureza administrativa da execução penal, estabelece que, encerrada a fase de conhecimento do processo, resta finda atividade jurisdicional, sendo o condenado entregue a administração que cumprirá os dizeres sentenciais. Os ditos incidentes de execução penal seriam meras declarações de preenchimento dos requisitos legais, ausente qualquer conflito de interesses a ser pacificado pela jurisdição; uma segunda parcela, assente na escola paulista processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP em especial nos ensinamentos da Professora Ada Pellegrini Grinover e na doutrina italiana como Giovanni Leone, que argui que a execução penal possui natureza mista, desenvolvendo-se tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito jurisdicional, quando da resolução dos incidentes de execução penal. Uma última parcela, nos dizeres de Roig, “mais coadunada com a Constituição de 1988”, balizada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, defende que toda a Execução Penal é jurisdicionável.<sup>424</sup>

Cumpre salientar que, desde a publicação da LEP (Lei nº 7.210/1984), dada a sua exposição de motivos, resta insustentável a corrente administrativa da natureza jurídica da execução penal. Como consta do seu item 15,

à autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal"<sup>425</sup>

---

<sup>424</sup> ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 115-116.

<sup>425</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. 8 set. 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

O problema reside, contudo, em detalhar, quais as atividades atinentes à execução penal o item 15 atribuiu tal jurisdição especializada.

Por meio de uma leitura da Lei nº 7.210/1984, é possível destacar normas de direito penal, ou seja, expectativas normativas congruentes comportamentais que fixam direitos que buscam delimitar a própria pena aplicada ou salvaguardar os direitos não atingidos pela pena aplicada. Aqui, o termo execução penal adota a visão funcional da pena e como a mesma deve ser cumprida em sua forma material, como por exemplo, nas regras do sistema progressivo ou nas regras que garantem a remição da pena.

Há ainda regras que estabelecem expectativas normativas de gestão carcerária, indicando como agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento da pena devem agir ou organizar-se. São normas administrativas. Aqui a palavra execução da pena é adotada sob a qualidade de gestão e organização carcerária<sup>426</sup>, ou seja, como administração da pena, como por exemplo nas normas que estabelecem os tipos de estabelecimento penal, ou como deve ser composta uma Comissão Técnica de Classificação.

Por fim, ainda se encontram presentes normas técnicas processuais que instrumentalizam os direitos estabelecidos na própria Lei, no Código Penal e na Constituição Federal. A execução penal é tida sob a ótica processual de cumprimento de uma sentença condenatória para satisfazer ao interesse conflitante existente e ganhador. Nessa última é que se localiza o papel jurisdicional da Execução Penal, como por exemplo, nas normas que determinam como o processo de execução penal se inicia, ou qual o procedimento adotado para análise dos direitos previstos na legislação.

Entretanto, como aponta Gloeckner e Mendes, esse mistifório normativo da Lei de Execução, que é reflexo do tecnicismo jurídico fascista que balizou o Código Processual brasileiro, e que coloca a jurisdição apenas do seu ponto de vista formal, cria a ilusão de que a execução penal dota de uma natureza mista formada por normas de matriz penitenciária e normas jurídicas, mascarando a orientação

---

<sup>426</sup>CARVALHO, S., **Pena e garantias**, 2008, p. 166.

administrativista inquisitorial presente na cultura e nos programas de execução penal.<sup>427</sup>

Limitar o papel da execução penal aos incidentes de execução, ou deixar ao bel prazer da administração penitenciária a gestão dos direitos das pessoas privadas de liberdade representa uma tentativa de assunção do papel do poder judiciário, enquanto órgão vital à manutenção do Estado Democrático de Direito. Como assevera Rodrigo Roig, “[...] o viés totalitário do sistema penitenciário continua a ser alimentado por um modelo administrativista e meritocrático que rege todo o aparato normativo em sede de execução penal e que pretende fazer do preso um refém e do Poder Judiciário um servo”.<sup>428</sup>

O que se observa é a confusão dos papéis de acusar, julgar e defender, pedra de toque do tipo inquisitivo. O afastamento da jurisdição e a aceitação pelo Poder Judiciário de que a Execução Penal dota de natureza administrativa ou mista, promovem a assunção pelas outras partes (aqui a administração penitenciária) do poder sobre a execução penal, decidindo, afora dos critérios do sistema jurídico, e criando o direito das pessoas privadas de liberdade. De igual forma a aplicação mecanizada, de ofício de atos de execução penal, sem a participação do acusador-exequente ou do acusado condenado-executado.

Tomado o processo como o desencadeamento de comunicações destinadas a uma decisão final, os atores comunicativos desse processo desempenham papéis que remetem e limitam a participação dos demais. Como ensina Luhmann:

no processo jurídico, todos os participantes têm de propor aos outros papéis, permanentemente em alternância, confirmar-lhes os seus papéis e apoiá-los na interpretação, apoio que lhes permitirá que cada um se compenetre do seu papel e nele se mantenha mesmo quando se verifique um agravamento.<sup>429</sup>

E qual seria o papel do judiciário na Execução Penal? Partindo da frase do professor Andrew Coyle, Diretor do Centro Internacional de Estudos Prisionais da Universidade King's College London, de que “a justiça não deveria acabar no portão

---

<sup>427</sup>GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 145/2018, p. 319 - 366, Jul-2018, p. 322-323.

<sup>428</sup>ROIG, Rodrigo Duque Estrada. A "administracionalização" da execução penal. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Ano 19 - n° 21 - dezembro de 2006 - Rio de Janeiro - Defensoria Pública Geral, p. 270-280, 2006, p. 272.

<sup>429</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 74.

da prisão”<sup>430</sup>, verifica-se que a expectativa criada com a adoção pela LEP da corrente jurisdicional da execução penal era a de que o processo de execução fosse guiado pelo devido processo legal e seus princípios derivados, que o apenado fosse tratado como um sujeito de direitos com conflitos opostos ao Estado punidor, representado pelo Ministério Público, e que o Poder Judiciário agisse de forma imparcial, por meio de uma magistratura especializada, no julgamento de qualquer violação ou abuso na execução da pena, zelando pela dupla função do processo penal, aplicar a pena estabelecida e limitar os excessos punitivos do Estado.

O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional da pena, deveria garantir os direitos fundamentais dos apenados, protegendo-os dos abusos eventualmente praticados pela administração penitenciária<sup>431</sup>. Dizer, assim, que a execução penal dota de jurisdicionalidade significa garantir acesso à justiça contra qualquer violação da administração carcerária a direitos e garantias da pessoa privada de liberdade.<sup>432</sup> O Juiz da Execução tem papel central na relação processual de eliminação de eventuais abusos e de resolução das controvérsias, deixando ao Ministério Público a função periférica de parte.<sup>433</sup>

Como aponta Arocena, analisando a execução penal argentina, caberia ao juiz de execução as seguintes funções: **função de tutela**, consistente no dever de resolver de forma fundamentada e em tempo razoável todas as questões (pedidos e queixas) que lhe são apresentadas pelos apenados, representando o direito constitucional de petição e de amplo acesso à justiça; **função decisória**, compreendida como a obrigação de julgar e conceder ou negar os direitos decorrentes da execução penal previstos em lei atinentes à espécie de pena executada, como a progressão de regime, o livramento condicional, as saídas temporárias e a remição, denominados pela LEP de incidentes da execução penal; **função de controle**, que se traduz no controle jurisdicional da gestão penitenciária administrativa; e as **funções de mero conhecimento**, que implicam no dever de inspecionar as unidades prisionais de

---

<sup>430</sup>COYLE, Andrew. Justice should not end at the prison gate. In: **Criminal Justice Matters**. nº 44. London: Centre for Crime and Justice Studies, Summer, 2001, tradução nossa.

<sup>431</sup>CARVALHO, S., **Penas e Garantias**, 2008, p. 166.

<sup>432</sup>BOVINO, Alberto (2005) *apud* AROCENA, Gustavo A.. Las directrices fundamentales de ejecución de la pena privativa de la libertad em el derecho argentino. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLI, núm. 122, p. 565-596, mayo-agosto de 2008, p. 576-577.

<sup>433</sup> PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 409.

forma periódica e de ser comunicado de qualquer atividade administrativa, como a transferência de presos.<sup>434</sup>

Analisando os artigos da LEP é possível destacar tais funções também ao processo de execução penal brasileiro, cabendo ao magistrado da execução penal o papel de tutela (art. 2º e 194), de decisão (art. 66, III), de controle (art. 66, IV a VI e VII e arts. 115 e 116) e de mero conhecimento (art. 66, VII). Entretanto, dada a noção de processo jurídico da teoria Luhmanniana, apenas as funções de tutela e decisão apresentam maior relevância a esse estudo.

Ocorre que inobstante o comando normativo programático existente na LEP, se observam outros programas normativos que implicam no afastamento jurisdicional, ou ainda, em uma prática inquisitiva que denota tal jurisdicionalidade de uma certa perversidade<sup>435</sup>. O Judiciário é inserido, não enquanto órgão garantidor do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos encarcerados, mas como entrave a políticas de desencarceramento.<sup>436</sup> Assume para si, sob o amparo de normas jurídicas, a função acusadora ou exequente da pena, e se transmuta de guardião de direitos em vigilante, transformando a pessoa executada em mero objeto do poder estatal, banalizando seus direitos ao status de benefícios.<sup>437</sup>

Já no início do processo de execução penal se percebe a assunção de papéis de outros atores da execução: a expedição da guia de execução criminal. Preconiza o art. 105 da LEP que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Demonstra Lopes Jr. que:

logo no início, a LEP abandona umas das principais características do sistema acusatório, que é radical separação entre as atividades de acusar e julgar, com o juiz atuando mediante a invocação e não de ofício (*ne procedat iudex ex officio*). A iniciativa incumbe ao juiz da execução penal e caberá à

---

<sup>434</sup>AROCENA, Las directrices fundamentales de ejecución de la pena privativa de la libertad em el derecho argentino, 2008, p. 578-580.

<sup>435</sup>SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 152/2019, p. 19 – 64, fev. 2019.

<sup>436</sup>SHIMIZU, A jurisdicionalização perversa na execução penal, 2019, p. 21.

<sup>437</sup>FÖPPEL, Gamil. Jurisdicionalização do processo de execução penal. In: **Nova Criminologia**. 2004. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33050-41550-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33050-41550-1-PB.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 03; GLOECKNER; MENDES, Execução penal e jurisdicionalidade, 2018, p. 325.

ele expedir a guia de recolhimento sem que o Ministério Público tome qualquer iniciativa.<sup>438</sup>

Ora, estando o Ministério na condição de parte do processo de execução penal<sup>439</sup>, em um programa acusatório, deveria ele atuar como tal, em defesa dos interesses difusos por ele representados, cumprindo o seu poder-dever de ação resguardado pela Constituição Federal, dando início à execução penal.<sup>440</sup> Como assevera Roig, o Ministério Público dota de qualidade de parte no processo de execução, pois, em respeito ao contraditório, deve ser consultado nos incidentes e na concessão dos direitos, gozando de capacidade postulatória recursal frente as decisões proferidas no curso da execução.<sup>441</sup>

Esse papel do Ministério Público enquanto exequente foi atestada pelo STF no julgamento da ADI nº 3150, reconhecendo-se a legitimidade prioritária do Ministério Público em executar a pena de multa criminal no juízo da Execução Criminal, uma vez que a pena de multa possui natureza de pena. O relator Min. Luis Roberto Barroso, após afirmar que a multa não perdeu o seu caráter de sanção criminal, invocou o art. 129, I da Constituição para proclamar que o Ministério Público enquanto titular da ação penal tem legitimidade prioritária<sup>442</sup> para a sua execução. Ademais, estriba-se o relator no art. 164 da LEP que estabelece que a execução da pena de multa se dará por

---

<sup>438</sup>LOPES JR, Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista, 2007, p. 383.

<sup>439</sup>CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na execução penal. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.362.

<sup>440</sup> O art. 469 do Código de Processo Penal Português, estabelece, nesse sentido, que caberá ao Ministério Público promover a execução das penas (PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**: código de processo penal. 17 fev. 1987. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-121701994>. Acesso em: 06 mar. 2022). Já a § 451 do Código de Processo Penal Alemão estabelece que o Ministério Público é a autoridade de execução, lhe conferindo a atribuição para a execução (ALEMANHA. **Código Processual Criminal Alemão** (StPO). 07 abr. 1987. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html). Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>441</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 294.

<sup>442</sup> A ideia de prioridade foi posta, uma vez que, a pena de multa também tem natureza de dívida de valor, e que não exercendo o Ministério Público o dever de execução no prazo de noventa dias, poderá, subsidiariamente a Fazenda Pública ingressar com a execução fiscal.

iniciativa do Ministério Público.<sup>443</sup> Mas no tocante à pena privativa de liberdade, perdura o entendimento de que a execução deve ser iniciada de ofício pelo juiz.<sup>444</sup>

Já o Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento da décima primeira questão de ordem da ação penal 470 de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, referendou que “Ninguém tem dúvida de que, quando a sentença transita em julgado, com base no artigo 105 da Lei de Execução Penal, o juiz determinará a expedição de guia de recolhimento, e o réu será preso pelas autoridades competentes.”<sup>445</sup>

Em verdade, observando atentamente, sob uma leitura constitucional. é possível constatar que o art. 105 da LEP é, em verdade, uma norma garantista, relida sob uma ótica inquisitiva. O primeiro ponto a se destacar é a exigência do trânsito em julgado, resguardando-se o princípio da presunção de inocência. Enquanto não formada em definitivo a culpa do condenado, não se deve iniciar a execução da pena.

O segundo ponto resguarda-se no perigo da demora da iniciativa procedimental pelo órgão exequente. Estabelece a LEP que o juiz ordenará a expedição da guia se: 1) condenado a pena privativa de liberdade; 2) o indivíduo estiver ou vier a ser preso.

---

<sup>443</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3150**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13 dez. 2018, Processo Eletrônico DJe-170 Divulgado em: 05 ago. 2019, Publicado em: 06 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750449016>. Acesso em 06 mar. 2022, p. 08 do voto, l. 41.

<sup>444</sup> Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 175639 AgR**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 04 mai. 2020, Processo Eletrônico DJe-128. Divulgado em: 22 mai. 2020. Publicado em: 25 mai. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752733048>. Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 163092 AgR**. Relator(a): Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 08 fev. 2019, Processo Eletrônico DJe-033. Divulgado em: 18 fev. 2019. Publicado em: 19 fev. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749176522> Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 176048 AgR**. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30 nov. 2020, Processo Eletrônico DJe-285. Divulgado em: 02 dez. 2020. Publicado em: 03 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754564360>. Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos declaratórios nos embargos infringentes na ação penal 481**. Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20 mar. 2014, Acórdão Eletrônico DJe-154. Divulgado em: 08 ago. 2014. Publicado em: 12 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6493077>. Acesso em 06 mar. 2022. (nesse caso, o próprio STF enquanto órgão judicial responsável pela condenação, atuou de ofício e determinou a expedição da guia de recolhimento, aplicando a norma do art. 105 da LEP)

<sup>445</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Décima primeira questão de ordem na ação penal 470**. Relator(a): Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13 nov. 2013, Acórdão Eletrônico DJe-034. Divulgado em: 18 fev. 2014. Publicado em: 19 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5296988>. Acesso em 06 mar. 2022, p. 47.



O comando normativo à atuação jurisdicional é no sentido de iniciar a execução daquele já se encontrar cumprindo de alguma forma a pena corporal.

Sendo a pena de prisão uma sanção que se inicia independente da vontade do condenado, onde cada dia de cárcere já representa a própria execução da pena imposta, a norma do art. 105 estabelece que o juiz deve, ao invés de aguardar a volição do órgão exequente em começar o processo, iniciá-lo, não para fazer cumprir o comando sentencial, mas sim para impedir que os direitos do condenado, previstos na LEP, não lhe sejam concedidos por falta de instrumento processual. De igual forma, nada impediria, nesses casos, que a expedição da Guia de Recolhimento fosse solicitada pela defesa ou pelo próprio apenado.

Nesse sentido, a Terceira Seção do STJ, citando precedentes do STF e do STJ, afirmou a possibilidade, excepcional, de expedição de guia de execução, sem o devido cumprimento de mandado de prisão, desde que a pedido da defesa, com fins de apreciar pedido de análise de direitos do condenado.<sup>446</sup>

Ao revés desse entendimento, a propositura do processo de execução penal, para qualquer pena privativa de liberdade, mesmo quando o apenado cumprirá em regime aberto, em regime de prisão domiciliar (atualmente a forma mais comum de cumprimento no Brasil em virtude da evidente ausência de casas de albergado), ou nos casos de substituição por penas restritivas de direito ou sursis, é realizado por ato de ofício do magistrado (conforme art. 147 da LEP). Essa atitude é justificada pelo argumento de tratar-se a execução penal de uma execução forçada, constituindo mero alongamento do processo de conhecimento penal.<sup>447</sup>

Há que se defender, como faz Antônio Scarance Fernandes, que ser um tipo de execução forçada não ilide a natureza jurisdicional, pois, para além de apenas declarar a vontade legal, deve o juiz resguardar que o estabelecido na sentença seja realidade efetiva.<sup>448</sup> E mais, no caso do direito criminal, que nada além da sentença,

---

<sup>446</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental na revisão criminal 4.969/DF**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26 jun. 2019, DJe 01 jul. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901647918&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901647918&dt_publicacao=01/07/2019). Acesso em: 06 mar. 2022, p. 13.

<sup>447</sup>MARRONE, José Marcos. Há Jurisdição na execução penal? In: **Revista Justitia**, São Paulo, v. 44, n. 116, 1982.

<sup>448</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos Relevantes de um processo de execução penal jurisdionalizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3/1993, p. 83 – 99, Jul – Set/1993, p. 84.

em violação aos direitos e garantias fundamentais, possa ser executado. Que se cumpra efetivamente a espécie, o quanto e o regime de pena estabelecidos no título executivo condenatório criminal.

Entende-se que o art. 105 da LEP ao ser lido como a obrigação do magistrado em iniciar de ofício da execução penal com a expedição da guia de recolhimento reproduz e valida uma característica do modelo inquisitivo que, já no início do processo de execução penal, se manifesta. “Na execução penal, não pode ser diferente do processo de conhecimento, ou seja, o juiz deve ser imparcial, e, portanto, a iniciativa deve ser do Ministério Público, partindo da premissa de que o juiz não deve tomar as rédeas iniciais do processo.”<sup>449</sup>

Luhmann estabelece que o princípio da imparcialidade do juiz é essencial à legitimação do procedimento de decisão, e argumenta que, tal imparcialidade deve ser lida como uma “[...] igualdade negativa de todos os interesses específicos na oportunidade de exercer a influência sobre o juiz dentro do seu programa [...]”<sup>450</sup>. Assim, sempre que juiz demonstrar atividade processual colocará sua imparcialidade à prova<sup>451</sup>.

Entretanto, o sequestro da função das partes pelo juiz da execução penal não se restringe à expedição da guia de recolhimento. Diversos outros procedimentos e pedidos podem ser iniciados *ex officio* pelo magistrado da Execução que ao final decidirá, como os arts. 116, 143, 144, 146, 158, §2º, 169, §2º, 175, V, 183 e 195, todos da LEP. E o seu papel de fiscalizador da legalidade é repassado ao Ministério Público, criando um imbróglio de funções no processo de execução penal, que acaba por afastar o condenado da participação processual, tornando-se mero objeto de despachos e decisões, onde se identificam como atores da execução, apenas as autoridades responsáveis pela realização da execução de pena, em regra, o Ministério Público e Juízes ou Tribunais e os órgãos executivos da pena da administração penitenciária, responsáveis diretos pela execução.<sup>452</sup>

---

<sup>449</sup>BRITO, Iure Simiquel. **O devido processo de execução penal**. Paco e Littera. Edição do Kindle. 2017, I. 943-949.

<sup>450</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 112.

<sup>451</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, 1980, p. 113.

<sup>452</sup>BELING (1943) *apud* GLOECKNER; MENDES, **Execução penal e jurisdicionalidade**, 2018, p. 331.

Na prática<sup>453</sup>, o que se observa, por exemplo, no caso da concessão de uma progressão de regime é que: 1) atingido o requisito temporal de preenchimento do *quantum* de cumprimento de pena, é instaurado de ofício pela secretaria da Vara de Execução o incidente de execução penal, encaminhando o processo ao Ministério Público para que se manifeste. 2) Caso o Ministério Público, promova pela juntada do atestado de conduta carcerária, em sendo o apenado representado pela Defensoria Pública, é remetido o processo à unidade prisional para juntada do documento, e, em sendo, representado por advogado particular, esse é intimado para juntar aos autos o comprovante de bom comportamento carcerário. 3) Após a juntada, ou caso o Ministério Público promova pela realização de um exame criminológico, o processo segue ao magistrado para decisão ou determinação de realização do exame, sem ouvir a defesa.

Verifica-se nesses ditos incidentes processuais uma inversão do papel jurisdicional que denota a sua perversidade. Enquanto no início da execução criminal, o juiz executor se apresenta se apropriando da função da parte de acusação, na concessão dos direitos automáticos decorrentes do próprio sistema de cumprimento da pena, como o sistema progressivo, assume um papel decisório imparcial de concessão de um direito somente após o devido procedimento, que prossegue muitas vezes sem qualquer participação do condenado. Como critica Shimizu:

A LEP (LGL\1984\14), portanto, por um lado, previu expressamente a progressividade como regra de cumprimento de pena, mas, por outro lado, criou um procedimento condicionado a um número tão elevado de etapas e filtros que, se não impedem por completo a efetivação do sistema progressivo, ao menos atrasam em muito a sua implementação.<sup>454</sup>

No exemplo acima trazido, como o incidente somente é instaurado de ofício quando do preenchimento do requisito objetivo, devendo percorrer uma série de etapas o que acarretará um atraso na sua concessão. Ademais, tendo em vista a dependência de boa parte dos encarcerados dos serviços da má estruturada Defensoria Pública, em muitos casos sequer há manifestação da defesa nas decisões judiciais.

---

<sup>453</sup>Observação realizada pela rotina laboral do autor enquanto Analista Judiciário – Execução Penal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, lotado na 2ª Vara Criminal do juízo de Viana – Comarca da Capital, privativa de Execuções Penais.

<sup>454</sup>SHIMIZU, A jurisdicionalização perversa na execução penal, 2019, p. 28.

A oficiosidade judicial ainda é externada no art. 196, §2º da LEP, aqui reverberando a característica que a doutrina majoritária apontaria como sendo o “núcleo fundante” do modelo inquisitório<sup>455</sup>, apesar de discordar-se um pouco desse entendimento por restringir o alcance do conceito de inquisitorialidade, como abordado no capítulo anterior, que seria a gestão probatória nas mãos do magistrado. Preceitua o art. 196, §2º que, nos procedimentos judiciais em execução penal, o Juiz a ordenará a produção de prova pericial ou oral se entender indispensável.

A previsão legal de que o magistrado atue de forma a produzir a prova, ao seu arbítrio, caracteriza por si só a não efetiva separação das funções de acusar, defender e julgar, na medida em que o magistrado, ao revés de analisar os argumentos e provas trazidas pelas partes, analisando-as de forma imparcial, vai além, em busca de elementos que, possivelmente, justifiquem os seus pré-juízos mentalmente gerados. Essa magistrado já decidiu, e agora envida esforços para obter elementos que fundamentem o seu veredito, causados pela formação de quadros mentais paranoicos<sup>456</sup>.

Poder-se-ia até realizar uma leitura do referido artigo preservando um certo caráter acusatório, ao afirmar que caberiam às partes requerer a produção probatória, que seria ordenada pelo magistrado, como mero despacho para diligências. Mas o que se observa na prática é a utilização do aludido artigo como verdadeira substituição das partes, no qual o juiz assume o papel de ator da execução penal e decide quais provas são necessárias ou não à sua decisão, inclusive, criando embaraços ao gozo de direitos legais onde a lei não o fez. Por exemplo, o art. 196, §2º é a justificativa para a exigência de exame criminológico para fins progressivos mesmo após exclusão de tal exigência pela Lei 10.792/2003. Como o próprio STF afirma, como trataremos no próximo item, a realização do exame criminológico é facultativo.<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup>COUTINHO, Sistema acusatório, 2009, p. 109; LOPES JR, **Fundamentos do processo penal**, 2017, I. 182.

<sup>456</sup>CORDERO, Franco *apud* LOPES JR, **Fundamentos do processo penal**, 2017, I. 188.

<sup>457</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 187635 São Paulo**. Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 30 jun. 2020, Processo Eletrônico DJe-168 Divulgado em: 02 jul. 2020. Publicado em: 03 jul. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343642465&ext=.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2022; Súmula Vinculante nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos

E o art. 196, §1º cimenta de uma vez por todas qualquer gestão probatória das partes, pois, mesmo que esses solicitem a realização de determinada diligência, “sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano”. E aí questiona-se, quem decide se a produção probatória é ou não necessária. À semelhança do questionamento feito por Lopes Jr e Rosa, quem define a indispensabilidade ou a desnecessidade da produção probatória? O juiz da execução que julgará a causa.<sup>458</sup>

Esses elementos demonstram que não há na execução penal uma radical separação das funções de acusar e julgar, característica de um processo penal verdadeiramente acusatório. A não observância do *ne procedat iudex ex officio*, atributo da categoria acusatória, transforma o juiz-expectador em um juiz-ator, violando a garantia de um juiz imparcial.<sup>459</sup>

Inobstante a previsão normativa da vigência de uma estrutura acusatória ao processo penal (art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019) e da Constituição Federal que garante a função de acusar como exclusiva do Ministério Público, separando-a da função de julgamento do Poder Judiciário, como justifica Gloeckner, “[...] concorre uma série bastante significativa de dispositivos a arvorar um sistema distinto, nomeadamente, o inquisitório”<sup>460</sup>, que realizam o fechamento operacional do sistema ao redor desse modelo programático e opera a sua autorreprodução, transformando o juiz-expectador em um juiz-executor, um verdadeiro carrasco.

### 3.3. O SISTEMA DE PUNIÇÕES E RECOMPENSAS E O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL DE APURAÇÃO DE FALTAS GRAVES

Seguindo a discussão acerca da autorreprodução do modelo inquisitivo na Execução Penal brasileira, nota-se que a jurisdicionalização do processo de execução

---

objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Tribunal Pleno. Aprovada em Sessão Plenária de 16 dez. 2009. DJe nº 238 de 23 dez. 2009, p. 1, DOU de 23 dez. 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>458</sup>LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020, p. 47.

<sup>459</sup>LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020, p. 47.

<sup>460</sup>GLOECKNER, Crônica de um suicídio anunciado, 2020, p. 47.

penal continua a ser o cerne do estabelecimento de um modelo acusatório ou inquisitório. Dizer que há jurisdição na execução penal é dizer que a execução é cercada de garantias processuais fundamentais, com a presença delimitada de três sujeitos principais (acusação, condenado e juiz) que exercem papéis com diversos poderes, deveres, direitos e obrigações, reconhecendo na pessoa do condenado um titular de direitos e parte legítima do processo.<sup>461</sup>

A inquisitorialidade nega a existência de um conflito de interesses opostos que merecem a atividade estatal. Como aponta Cintra Junior, na execução penal, assim como no processo penal, perdura um conflito de interesses entre o Estado de um lado e do outro um cidadão de direitos, com a peculiaridade de ser um conflito dentro do próprio Estado, uma vez que enquanto existente o interesse de sancionar, há também a disposição e dever de preservar os direitos fundamentais do cidadão, inclusive o direito à liberdade.<sup>462</sup> Não pode, entretanto, o Estado-juiz assumir as obrigações do Estado-acusador ou deixar o indivíduo à mercê do Estado-administração. A substancial separação das funções é vital para a garantia de um direito público subjetivo do jurisdicionado de frear o poder punitivo Estatal.<sup>463</sup>

A entrega da função de julgamento ao alvedrio da autoridade penitenciária que se prostra no sistema autoritário de punições e recompensas estabelecido pela LEP e validado pelos Tribunais Brasileiros escancara a precarização da jurisdicionalidade. O Poder Disciplinar, que conforme art. 47 da LEP será exercido pela autoridade administrativa, impõe restrições tanto como óbices à concessão de direitos atinentes ao próprio cumprimento da pena, como a progressão de regime. Além do que a aplicação de sanções disciplinares restringem o gozo de direitos não atingidos pela pena (como as visitas de familiares) e prolongam o encarceramento (como nos casos de reconhecimento de falta grave ou de regressão de regime ou perda dos dias remidos).

Como esclarece Foucault:

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com

---

<sup>461</sup>FERNANDES, Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado, 1993, p. 83-84.

<sup>462</sup>CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 9/1995, p. 115-132, jan-mar/1995, p. 117-118.

<sup>463</sup>ROIG, A "administracionalização" da execução penal, 2006, p. 277.

suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas articulares de sanção, suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença.<sup>464</sup>

E esse espaço vazio é solidado pela ausência de regulamentos escritos ou muito vagos que permitem que qualquer pequeno desvio de conduta seja caracterizado como um ato de indisciplina por julgamento unicamente subjetivo da administração penitenciária. Não há como reduzir a complexidade e estabilizar expectativas normativas, se essas não lhe são previamente comunicadas ou previamente estabelecidas. Diante da ausência de normas ou da vagueza das mesmas não há segurança das expectativas e o direito perde a sua função e sua base reflexiva de operações que o distingue dos demais subsistemas sociais.<sup>465</sup>

Nesse sentido a regra 37 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos (Regras de Nelson Mandela) estabelece que lei ou regulamento da autoridade administrativa competente deve indicar, dentre outros pontos, quais condutas constituem infração disciplinar, quais as sanções disciplinares e a sua duração e quem é a autoridade competente para aplica-las. Impõe ainda a regra 54 o dever da autoridade penitenciária de comunicar por escrito ao recluso tal legislação ou regulamento do estabelecimento prisional.<sup>466</sup>

O estabelecimento do código binário lícito e ilícito, e o seu controle pela jurisdição, evitam a emersão de um poder autoritário não abrangido pelo Estado de Direito. Segundo Marcelo Neves, compreende-se o poder arbitrário quando o agente se encontra sobre a distinção binária, se manifestando também quando há situação que impeça que se controle efetivamente o poderio ou que aplique o código do sistema jurídico aos atos de dominação.<sup>467</sup> Somente com a positividade do direito, entendida como seu fechamento operativo, que se impede a confusão entre o sistema jurídico e o ambiente.<sup>468</sup> A ausência da legalidade impede a aplicação dos códigos de

---

<sup>464</sup>FOUCALT, **Vigiar e punir**, 2009, p.171

<sup>465</sup>LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 2289-2290.

<sup>466</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). **Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos: regras de Nelson Mandela**. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral adotada a 17 de dezembro de 2015. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>467</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 95.

<sup>468</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 82.

pertencimento e dos programas operativos do sistema jurídico, propiciando o surgimento destes microssistemas autoritários.

Entretanto, como já referendado, a jurisdição, que teria como escopo controlar as regras do jogo e frear o arbítrio punitivo, assume por previsões normativas e uma jurisprudência de mentalidade inquisitória, uma postura perversa, e se utiliza desses microssistemas disciplinares para impedir o acesso a direitos subjetivos garantidos, funcionando como um duplo filtro à concessão dos direitos dos condenados.<sup>469</sup> Utilizam-se da “[...] lentidão no exercício da jurisdição, que acaba por torná-la um mecanismo muito mais violador do que garantidor dos direitos previstos em lei”.<sup>470</sup> Tal perversidade pode ser constatada na análise dos pleitos progressivos, principalmente quanto à exigência do exame criminológico, bem como do procedimento de apuração das ditas faltas graves.

A Lei 7.210/84, em seu art. 112, consolidou o modelo progressivo de regime de cumprimento condicionando a progressão de regime à comprovação de boa conduta carcerária, atestada pelo diretor da unidade prisional (§1º), à prolação de uma decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas (§2º).<sup>471</sup> A LEP vinculou o cumprimento da pena privativa de liberdade ao microssistema disciplinar cujo poder é exercido unicamente pela autoridade administrativa.

O condenado, e a jurisdição, se tornam reféns da administração penitenciária para o exercício de um direito subjetivo, que na prática se revela mais como um benefício, ou recompensa pelo seu bom comportamento, efetivando a sua função adestradora.<sup>472</sup> Apesar da exigência de motivação, a decisão de progressão se encontra vinculada à discricionariedade do diretor penitenciário. Pode-se questionar, contudo, que a própria decisão do diretor está vinculado ao código do sistema jurídico,

---

<sup>469</sup>SHIMIZU, A jurisdicionalização perversa na execução penal, 2019, p. 27.

<sup>470</sup>CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018, p. 417.

<sup>471</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>472</sup>FOUCAULT, **Vigiar e Punir**, 2009, p. 164.



que vincula também a decisão judicial, podendo esta validar se a emissão do atestado goza de pertencimento ao sistema jurídico.

A problemática aventada, porém, não se sustenta. Como as faltas disciplinares gozam de termos vagos ou que estabelecem um juízo de valor (vide por exemplo o art. 50, I que não estabelece quais fatos subvertem a ordem e a disciplina, e o art. 50, VI c/c art. 39, II, que estabelece como falta a violação de dever de obediência e respeito), a aplicação de uma sanção ou a classificação da conduta carcerária depende exclusivamente do arbítrio da autoridade penitenciária, já que a essa caberá à interpretação dos significados legais<sup>473</sup>.

A função decisória da jurisdição é transpassada à administração prisional, que assume o papel controlador, julgador e executor, e passa a autorreferenciar o sistema jurídico. Ferrajoli constata que esse poder outorgado a órgãos administrativos de execução penal se mostra altamente potestativo fundado em juízos de valor sobre a personalidade do indivíduo, e não sobre requisitos objetivos como a lei, a taxatividade, materialidade ou culpabilidade, se apresentando como um “[...] poder misterioso que funciona na sombra”.<sup>474</sup>

Conforme Portaria do Departamento Penitenciário Nacional nº 275 de 10 de maio de 2016<sup>475</sup>, que regulamenta a disciplina carcerária no âmbito dos Presídios Federais, a conduta do apenado poderá ser classificada como regular<sup>476</sup> ou má (que lhe impedirá de ter acesso aos direitos progressivos) se em seu prontuário constar registros de faltas disciplinares (art. 52 e 53<sup>477</sup>), restando nessa condição até o

---

<sup>473</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 217.

<sup>474</sup>FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal: la cárcel: una contradicción institucional. Tradução ao espanhol de Iñaki Rivera Beiras. In: **Revista Crítica Penal y Poder**, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidade de Barcelona, nº 11, pp.1-10, Set. 2016, p. 03.

<sup>475</sup>BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Portaria nº 275, de 10 de maio de 2016**. Publicado no D.O.U. em: 13/05/2016, Edição: 91, Seção: 1, Página 67. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22808718/do1-2016-05-13-portaria-n-275-de-10-de-maio-de-2016-22808585](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22808718/do1-2016-05-13-portaria-n-275-de-10-de-maio-de-2016-22808585). Acesso em 06 mar. 2022.

<sup>476</sup>Roig entende que o verbete regular deve ser lido como uma conduta neutra ou adequada às regras e ao padrão disciplinar estabelecido, e portanto, somente as condutas classificadas como “mau comportamento” obstaculizariam a concessão dos benefícios (ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 365).

<sup>477</sup>Art. 52. Regular comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário com anotações de prática de faltas de natureza média ou leve, sem reabilitação de conduta; Art. 53 Mau comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário com anotações de prática de falta de natureza grave, sem reabilitação de conduta.

juízo ou reabilitação automática que pode ocorrer entre 3 e 24 meses a partir do cumprimento da sanção, a depender da gravidade da falta (art. 54<sup>478</sup>).

Desta forma, um condenado a uma pena de 06 anos por crime de roubo, em regime semiaberto, teria direito à progressão de regime se cumpridos 01 ano e 06 meses de pena, mas se acusado de subverter a ordem e a disciplina, ficará à mercê da autoridade administrativa, podendo ficar até 02 anos com sua conduta suspensa.<sup>479</sup> Nesse sentido, o Min. Nefi Cordeiro, no julgamento do HC 360.113/SC pela 6ª Turma do STJ, em total contrariedade ao princípio da presunção de inocência, aponta que “nos termos da jurisprudência desta Corte, à luz do dever de cautela do julgador, é perfeitamente possível a imposição da suspensão cautelar de benefícios, com vistas à averiguação da prática de falta grave pelo apenado.”<sup>480</sup>

O Tribunal Superior abandona o compromisso de interpretação do direito em conformidade com o devido processo legal, e abraça o inquisitorialismo da execução penal, rechaçando a corrente jurisdicional aplicada pela Constituição e formalmente pela LEP, validando a entrega do controle da execução penal à Administração Penitenciária. A decisão valida o programa inquisitivo, tratando um direito legal como benefício, estabelecendo a licitude na violação do princípio da presunção de inocência.

Outro elemento que indica a o papel disfuncional da jurisdição imparcial na execução penal se revela na possibilidade de exigência do exame criminológico. Inobstante a alteração realizada pela Lei nº 10.792/2003 que extirpou a necessidade de realização do exame criminológico para fins de concessão da progressão de regime, o STJ e STF admitem a exigência desse requisito, não previsto em lei, desde

---

<sup>478</sup>Art. 54 O preso terá os seguintes prazos para reabilitação automática de sua conduta, a partir do término do cumprimento da sanção imposta: I - 24 (vinte e quatro) meses, para as faltas graves, cometidas com grave violência à pessoa ou com a finalidade de incitamento à participação em movimento para subverter a ordem e a disciplina que ensejarem a aplicação de regime disciplinar diferenciado; II - 12 (doze) meses, para as faltas graves; III - 06 (seis) meses, para as faltas médias; IV - 03 (três) meses, para as faltas leves

<sup>479</sup> Nota-se que pela literalidade da Portaria (art. 52), faltas médias ou leves ensejariam a classificação da conduta como regular e a não concessão do direito progressivo.

<sup>480</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 360.113/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18 out. 2016, DJe 07 nov. 2016. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66083553&num\\_registro=201601600934&data=20161107&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66083553&num_registro=201601600934&data=20161107&tipo=51&formato=PDF). Acesso em 06 mar. 2022, p. 06.

que motivado, como se depreende da súmula 439 do STJ<sup>481</sup> e da súmula vinculante nº 26 do STF<sup>482</sup>.

Tanto a súmula nº 439 do STJ quanto à Súmula Vinculante nº 026 do STF estabelecem que a determinação da realização do exame criminológico é uma faculdade do magistrado, sendo instrumento complementar à formação da convicção jurisdicional. Sem adentrar à discussão acerca da legalidade da realização do exame ante a alteração legal, deve-se pontuar que o enfoque à figura do magistrado como ordenador do exame, o coloca na posição de inquisidor, na sua característica mais citada, de gestor das provas. Num modelo acusatório, o exame somente poderia ser realizado se pleiteado pelo Ministério Público, após o devido contraditório.

A exigência do exame criminológico externa a perversidade (o desvio) do papel jurisdicional: de garantidor de direitos, o poder judiciário passa a atuar como entrave ao desencarceramento.<sup>483</sup> Segundo informações do Ministério Público Federal o tempo necessário para a realização de um exame criminológico pode chegar a 10 meses.<sup>484</sup> Acrescente-se que, por vezes, a exigência de exame criminológico é fundada em critérios genéricos como potencial periculosidade, gravidade abstrata dos crimes, quantidade de pena, existência de outras ações pendentes, reincidência, o que atrasa a concessão de direitos subjetivos e se dá por mera chancela de pedido do órgão acusatório, ou mesmo de ofício pelo magistrado, sem a oitiva da defesa.<sup>485</sup>

---

<sup>481</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Terceira Seção, julgado em 28 abr. 2010, DJe 13 mai. 2010. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em 06 mar. 2022.

<sup>482</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Súmula Vinculante nº 26**, 16 dez. 2009.

<sup>483</sup> SHIMIZU, A. Jurisdicalização perversa na execução penal, 2019, p. 21.

<sup>484</sup> Procuradoria quer exame criminológico em 30 dias. In: **Consultor Jurídico**. 11 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-11/procuradoria-exame-criminologico-seja-feito-30-dias#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Minist%C3%A9rio,tratados%20internacionais%20assinados%20pelo%20Brasil>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>485</sup> O STJ, por exemplo, firmou entendimento em ambas as turmas de que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave no curso da execução penal justifica a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 632.422/SP**. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23 mar. 2021, DJe 05 abr. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202003307958&dt\\_publicacao=05/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003307958&dt_publicacao=05/04/2021). Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 501.313/SP**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06 out. 2020, DJe 09 out. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900888139&dt\\_publicacao=09/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900888139&dt_publicacao=09/10/2020). Acesso em: 06 mar. 2022).

Ademais, a função decisória é mais uma vez retirada do magistrado que se vê aprisionado a uma teia de procedimentos<sup>486</sup> administrativos, na forma de “pequenas justiças e juízes paralelos”,<sup>487</sup> agora de natureza clínico-criminológica, tornando-se um mero homologador de laudos técnicos, cuja refutação se torna praticamente impossível, pois subjetiva e estritamente técnica.<sup>488</sup> A imposição de uma ditadura do modelo clínico obstrui o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, retirando a paridade de armas de um processo dialético e acusatório.<sup>489</sup> Outrossim, a exigência e vinculação ao resultado do exame criminológico revela-se um retorno das provas tarifadas, típicas de um programa inquisitivo.<sup>490</sup>

Um terceiro aspecto é o procedimento punitivo disciplinar. Como não há disciplina pela legislação correlata, cabem aos regulamentos das unidades prisionais estabelecerem o procedimento para apuração das ditas faltas disciplinares, e a imposição de sanções. Esses procedimentos se iniciam por ato do Diretor ou dirigente da unidade prisional, as provas são colhidas de maneira unilateral pela administração penitenciária, que ao final julga a falta disciplinar cabível, e aplica as sanções de natureza interna (administrativa) encaminhando o procedimento para “homologação”<sup>491</sup> do Poder Judiciário. Como resume Cacicedo:

[...] a Lei de Execução Penal conferiu a tarefa de apurar a prática de falta grave à autoridade prisional, por meio de procedimento administrativo interno. Assim, a falta que ocorre dentro da unidade prisional é apurada por seus próprios funcionários, que têm o poder de definir o destino do preso.<sup>492</sup>

Considerando que o Procedimento Administrativo Disciplinar se constitui de instrumento adequado à aplicação de sanções administrativas, que reafirma o poder disciplinar do Estado-administração sobre a pessoa privada de liberdade, buscando estabelecer o comportamento de ordem almejada, resta praticamente impossível que

---

<sup>486</sup>CARVALHO, Salo de. Práticas Inquisitivas na Execução Penal: estudo do vínculo do juiz aos laudos criminológicos a partir da jurisprudência garantista do Tribunal de justiça do RS. In: Salo de Carvalho. (Org.). **Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. 1ed. v. 1, p. 145-173, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 148.

<sup>487</sup>FOUCAULT, **Vigiar e punir**, 2009, p. 24.

<sup>488</sup>CARVALHO, S., Práticas Inquisitivas na Execução Penal, 2002, 151.

<sup>489</sup>LOPES JR, Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista, 2007, p. 395.

<sup>490</sup>AMARAL, C. P., Em busca do devido processo na execução penal, 2009, p. 172.

<sup>491</sup>O termo “homologação de falta grave” restou tão comum entre a magistratura especializada de Execução Penal, que o Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU, de coordenação do Conselho Nacional de Justiça, utiliza tal nomenclatura para designar o incidente de reconhecimento da falta grave e aplicação das sanções disciplinares no processo de execução eletrônico.

<sup>492</sup>CACICEDO, O controle judicial da execução penal no Brasil, 2018, p. 423.

a administração penitenciária não assuma essa aglomeração dos papéis de acusar, instruir e julgar. Como afirma Foucault:

em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir.<sup>493</sup>

O objetivo primevo da administração carcerária é a manutenção de uma suposta ordem. A questão sensível das faltas disciplinares na execução penal, porém, reside nos efeitos que elas operam sobre o direito constitucional de liberdade, razão da crítica de atribuir-se à própria unidade o poder para iniciar, instruir, procedimentalizar e julgar as infrações disciplinares. É óbvio que se deve apor que a LEP diferenciou as faltas de acordo com a sua gravidade e estabeleceu efeitos ou sanções que seriam de competência da administração prisional (art. 53, I a IV) e outras privativas do magistrado da Execução Penal.

Entretanto, todo o procedimento disciplinar, que é inclusive estabelecido e regulamentado pelo Estado-administração por portarias e decretos, é iniciado, instruído e julgado no interior da unidade carcerária, pelos próprios funcionários do estabelecimento prisional, cujas provas não são produzidas perante um magistrado, reduzindo-se a atividade jurisdicional à realização de uma audiência de justificação, dispensável conforme tese firmada pelo STJ<sup>494</sup>. A função jurisdicional, como acima mencionado, se mostra meramente homologatória, de um processo inquisitivo, com a aplicação de nefastas consequências à execução penal.

Dentre as sanções judiciais à infração disciplinar, incluem-se a regressão de regime (art. 118, I, LEP), a interrupção do tempo da contagem da pena para direitos progressivos (art. 112, §6º, LEP), a perda de até 1/3 dos dias remidos (art. 127, LEP), revogação da saída temporária (art. 125, LEP), conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, LEP), revogação da monitoração eletrônica (art. 146-D, II, LEP) e inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) (art. 52, I, LEP).

---

<sup>493</sup>FOUCAULT, **Vigiar e punir**, 2009, p. 175-176.

<sup>494</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – II. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 144. 20 mar. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20144%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20II.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20144%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20II.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022, Item 04.

Por exemplo, em um caso hipotético, em que uma pessoa condenada a 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de tráfico de drogas, 02 anos para progredir de regime (40%), e tenha ingressado no sistema carcerário em 03/01/2019, progrediria ao regime aberto (que na maioria dos estados da federação é cumprido em prisão domiciliar ante a ausência de casas de albergado) em 03/01/2021. Porém, se essa pessoa, no dia 03/11/2020, desobedeceu à ordem de sair da cela por não estar se sentindo bem, responderá a um processo administrativo disciplinar conduzido por uma autoridade que busca reafirmar, não só a este indivíduo, mas a toda massa carcerária, o seu poder de manutenção da ordem aplicando-lhe uma falta grave, que, como se demonstrará mais adiante, apenas será homologada pelo magistrado da execução penal.

Esse indivíduo terá seu regime regredido ao fechado, e o prazo para obtenção de novos direitos progressivos será interrompido na data da falta. Com isso, terá de cumprir mais 03 anos e 08 dias para preencher novamente o requisito para progressão ao regime aberto, pena superior a maioria das penas máximas dos tipos penais previstos no Código Penal, sem contar eventuais perdas de dias remidos.

Frise-se que mesmo se se tratar de conduta, como “atuar de maneira inconveniente” (art. 44, I do Decreto Federal nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007), classificada como média ou leve, será suficiente para conferir uma classificação negativa à conduta carcerária do apenado por até seis meses (tempo de reabilitação automática da falta média), impedindo-lhe de progredir de regime. E não se pode olvidar, que as punições atribuídas pela LEP à autoridade administrativa são também graves, pois, podem limitar direitos constitucionalmente garantidos não afetados pela privação de liberdade, como o recebimento de visitas por familiares, ou decretar o isolamento do preso por até 30 dias (art. 58 da LEP).

No presente trabalho, para fins de análise da autorreprodução inquisitiva, analisar-se-á, dada a possibilidade de cada Estado-federativo regulamentar o seu procedimento disciplinar, o Procedimento Disciplinar do Sistema Penitenciário Federal disposto na Portaria nº 275, de 10 de maio de 2016 do Departamento Penitenciário Nacional, bem como os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores, em razão da positividade decorrente da centralidade das decisões no sistema jurídico. Para facilitar a análise, dividir-se-á a análise nas fases de instauração, instrução e julgamento.

O primeiro aspecto se dá na subjetividade da instauração do PAD, pois, conforme art. 9º da Portaria, após tomar conhecimento do ato que possa caracterizar a infração administrativa, em se tratando de falta leve ou média, a direção da Unidade poderá firmar, a seu critério, Termo de Ajustamento de Conduta, que suspenderá o procedimento e não implicará em sanções ao preso se cumpridas as condições. Ou seja, caberá à Administração instaurar, não sob um aspecto de legalidade, mas de conveniência, o procedimento administrativo. E o referido Termo importará na confissão por parte do apenado, sem a presença ou acompanhamento de um defensor.

O PAD será instaurado, com similitude ao inquérito policial, por Portaria do Diretor da unidade, que resguardará todos os vestígios probatórios do cometimento da infração, como apreensão dos objetos, isolamento do local para perícia, indicação de testemunhas, os registros fotográficos ou audiovisuais. Observe-se que a mesma autoridade que ao final aplicará a sanção, instaura o procedimento, recolhe e tem contato com todos os indícios e vestígios iniciais (ou seja reúne elementos probatórios), o que faz do procedimento administrativo uma mera obrigação burocrática de um julgamento já realizado na sua instauração, não restando à parte acusada, mesmo que acompanhada por um defensor, margem de discussão acerca da materialidade e autoria da falta.

A instrução será realizada por uma comissão formada por servidores do estabelecimento prisional, escolhidos pelo mesmo Diretor (art. 17) que julgará o PAD, que citará o preso da acusação, solicitando a indicação de um defensor, e designará audiência para oitiva das testemunhas. Percebe-se que a dita Comissão apenas tem o trabalho, quase que administrativo, de tomar depoimentos, pois caberá ao Diretor a decisão. O art. 25, II, “c”, estabelece que a defesa poderá ofertar uma defesa prévia e arrolar até três testemunhas, que serão ouvidas após as testemunhas da acusação, e antes do interrogatório. Ressalte-se que, enquanto no art. 27, a Portaria menciona o termo “testemunhas da acusação”, no art. 28 fala em “testemunhas da administração” evidenciando que a administração assume os papéis de acusação e julgamento, típico dos tipos inquisitivos.

Outra característica do modelo inquisitivo, a busca pela confissão é roborada pela estrutura contida no art. 27, §§3º e 4º, no qual o apenado apenas poderá indicar provas (e não as produzir) se negar total ou parcialmente a acusação. Se confessar,

ainda será inquirido das circunstâncias do fato e incitado a denunciar outros participantes. Ao final da instrução o conselho emitirá um relatório final, concluindo, promovendo pelo julgamento.

O julgamento será realizado por ato do Diretor, que, nos termos do art. 57 da LEP e do art. 5º da Portaria, levará em consideração a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, convertendo o julgamento de fatos e um julgamento do ser, característico de um direito punitivo de autor. Serão aplicadas as sanções disciplinares cabíveis, e o PAD será encaminhado ao Poder Judiciário para a aplicação das demais sanções previstas na LEP.

E aqui, a aplicação toma a forma de mera chancela ou homologação do procedimento inquisitivo realizado pelo “tribunal” carcerário disciplinar. Primeiramente, reconhece o STJ a imprescindibilidade da instauração de PAD para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, devendo ser realizado com a presença da defesa técnica, sob pena de nulidade.<sup>495</sup>

E o que se revelaria uma possível jurisdicionalização do espaço penitenciário, se transforma em uma decisão de puro arbítrio<sup>496</sup> nutrida de boas intenções. Realmente, a determinação do STJ de observância da ampla defesa, incluindo a necessidade de defesa técnica, afastando a Súmula Vinculante nº 05 do STF<sup>497</sup>, deve ser vista como acertada. Entretanto, ao estabelecer tal assertiva retira do judiciário o ambiente de produção probatória e disputa das partes, bloqueia a possibilidade de adoção do modelo acusatório, e valida o arquétipo inquisitivo do PAD.

Como afirma Gloeckner, “[...] na estética inquisitorial, o trabalho do julgador se dá, sobretudo, a partir de um material documental preexistente”.<sup>498</sup> A aludida decisão entrega à unidade prisional a competência exclusiva para decidir sobre o mérito das

---

<sup>495</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1378557/RS**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23 out. 2013, DJe 21 mar. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301284915&dt\\_publicacao=21/03/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301284915&dt_publicacao=21/03/2014). Acesso em: 06 mar. 2022, p. 22; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 533**. Terceira Seção, julgado em 10 jun. 2015, DJe 15 jun. 2015 Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em 06 mar. 2022.

<sup>496</sup> PAVARINI; GIAMBERARDINO, **Curso de penologia e execução penal**, 2018, p.261.

<sup>497</sup> “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”( BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 05**. Aprovada em Sessão Plenária de 07 mai. 2008. DJe nº 88 de 16 mai. 2008, p. 1. DOU de 16 mai. 2008, p. 1. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula741/false>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>498</sup>GLOECKNER, *Metástases do sistema inquisitório*, 2018, p. 18.



faltas disciplinares, cabendo ao judiciário, assim como ocorrem nos atos administrativos discricionários, apenas a análise dos elementos vinculativos e da legalidade da decisão e do procedimento, não podendo intervir no mérito. Cumpre salientar, como adverte Cacicedo que:

natureza administrativa das faltas disciplinares não passa de uma atribuição nominal ou classificatória, que resta desconstruída a partir de seus efeitos na realidade concreta. Se a falta disciplinar pode gerar, e frequentemente gera, efeitos mais graves do que a maioria dos crimes, não se pode admitir outra natureza a elas que a de verdadeira sanção penal, que enquanto tal demandam a instauração do devido processo legal com todas as garantias de uma pessoa regularmente acusada de um crime.<sup>499</sup>

A vinculação do controle judicial à atividade administrativa ao invés de garantir um devido controle jurisdicional, amarra o poder judiciário a um procedimento, no qual o juiz assume o papel de chancelador do “tribunal” disciplinar, sem qualquer produção probatória em juízo, para além da produzida de forma inquisitiva no interior da carceragem. Ocorre, como aponta Schroeder, um desmantelamento pelos atores da execução penal do Estado Democrático de Direito na medida em que o Estado se torna mero chancelador das atitudes oportunas e convenientes da administração carcerária que subjagam o condenado a mero objeto processual.<sup>500</sup>

Em sentido oposto, o STF entendeu pela prescindibilidade do PAD, podendo ser suprido ou sanadas nulidades como a insuficiência de defesa, pela oitiva do condenado perante o juízo da execução, na denominada audiência de justificação, realizada na presença do Ministério Público e da defesa técnica.<sup>501</sup> Mas e a produção probatória? No mesmo julgado, o Min. Luis Roberto Barroso salientou que não há óbices à produção probatória, seja documental ou testemunhal, na audiência de justificação, como corolário do exercício pleno do direito à ampla defesa e ao contraditório.<sup>502</sup>

---

<sup>499</sup> CACICEDO, O controle judicial da execução penal no Brasil, 2018, p. 425.

<sup>500</sup> SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais: abordagem crítica. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 479-480.

<sup>501</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 972598 Rio Grande do Sul**. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04 mai. 2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe-196. Divulgado em: 05 ago. 2020. Publicado em: 06 ago. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753393432>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>502</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso extraordinário 972598 Rio Grande do Sul**, 04 mai. 2020, p. 06.

Apesar de apor concordância a tal entendimento, em especial à jurisdicionalização da falta grave, ele é povoado de pré-conceitos inquisitórios que obstam a reprodução do um pleno contraditório e ampla defesa. Primeiramente, o STF fundamenta a sua decisão, não como uma necessidade de realização das provas perante um juiz, mas adota uma postura de sanar uma nulidade absoluta (falha administrativa ou insuficiência de defesa no momento do procedimento administrativo) para aplicação de uma sanção que prolongará o tempo de encarceramento. O STF ainda argumenta, não de forma jurídica, mas por economicidade, que a estrutura congestionada da Execução Penal deve evitar atividades redundantes ou puramente formais.<sup>503</sup> Por fim, nos termos do art. 196, §2º da LEP, caberá ao magistrado a gestão probatória, ao qual deferirá se entender indispensável.<sup>504</sup>

O que se observa é que a grande maioria dos juízes da execução apenas realizam a audiência de justificação, ouvindo o condenado, sem qualquer produção de prova complementar, dependendo única e exclusivamente das provas produzidas no Procedimento Administrativo. A disputa entre acusação e defesa se resumem a intenção da acusação em ratificar o discurso produzido no PAD e da defesa em reafirmar os elementos defensivos (se apresentados no PAD), provocar dúvidas nos depoimentos colhidos ou suplicar clemência com argumentos não jurídicos, dada a limitação cognitiva firmado pelo procedimento administrativo.<sup>505</sup> E quando são produzidas, não o fazem pelo exercício do direito do condenado à produção probatória, mas, nos termos na Lei de Execução Penal, por determinação judicial, que cria uma espécie de mais-valia sobre determinados depoimentos/provas.<sup>506</sup>

Nesse sentido, o STJ é crível ao afirmar a idoneidade do depoimento dos agentes penitenciários em sede administrativa para o convencimento do magistrado, que representam, na maioria dos casos, a única prova colhida nos procedimentos disciplinares.<sup>507</sup> Também firmou o entendimento de que são dispensáveis as provas

---

<sup>503</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso extraordinário 972598 Rio Grande do Sul**, 04 mai. 2020.

<sup>504</sup> BRASIL, **Lei de Execução Penal**, 1984.

<sup>505</sup>GLOECKNER, Metástases do sistema inquisitório, 2018, p. 19

<sup>506</sup>GLOECKNER, Metástases do sistema inquisitório, 2018, p. 19.

<sup>507</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – III. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 145. 03 abr. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20145%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20III.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20145%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20III.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022, Item 04.

periciais que poderiam atestar a impossibilidade da falta disciplinar, como a perícia do aparelho telefônico para atestar o seu funcionamento<sup>508</sup> e a possibilidade de comunicação extramuros e da ofensividade do objeto apreendido<sup>509</sup> nos casos de falta grave com fulcro no art. 50, III da LEP. Resta prescindível inclusive a audiência com o juiz.<sup>510</sup>

Um dos pilares do devido processo legal é o direito de “ter o seu dia na corte” (*His day in the court*), consistente no direito de ser ouvido perante a autoridade judicial e contradizer os fatos narrados apresentando a sua versão (*notice and hearing* nos EUA e o *fair hearing* na Inglaterra<sup>511</sup>). O fato de o preso ter sido ouvido perante uma autoridade administrativa, que sobre ele possui controle e dominação, mesmo que acompanhado de um defensor, não lhe retira o direito de ser ouvido perante um juiz. Edilson Vitorelli Diniz Lima afirma que:

[...] o conceito de devido processo legal cresceu em volta da participação. A noção de que alguém tem direito de se manifestar perante uma autoridade, antes que ela decida uma causa de seu interesse, faz parte de um senso de justiça, pelo menos na civilização ocidental, que vai além do ordenamento positivo.<sup>512</sup>

Dispensar a audiência com o juiz reflete na impossibilidade de participação do apenado no seu processo, não lhe vendo como parte ativa na construção da decisão e do direito, como em um modelo acusatório, mas como mero objeto sobre o qual a força estatal recairá, característica do tipo inquisitivo. E a participação do acusado se dá com a sua oitiva, a possibilidade de ele contradizer os fatos e de produzir provas (contraditório e ampla defesa), e contestar as provas contrárias.

Como afirma Millemann, o contraditório e a ampla defesa existem para proteger os cidadãos de julgamentos arbitrários, sendo concretizadas por meio da ciência prévia das acusações, da realização de uma audiência perante um juiz imparcial, da possibilidade de confrontar os acusadores, da viabilidade de interrogar as testemunhas da parte oposta, oportunidade de apresentar ou solicitar provas, a

---

<sup>508</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – II, 20 mar. 2020, Item 07.

<sup>509</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – II, 20 mar. 2020, Item 08.

<sup>510</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – II, 20 mar. 2020, Item 04; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – III, 03 abr. 2020, Item 07.

<sup>511</sup>LIMA, E. V. D., **O devido processo legal coletivo**, 2015, p. 138 e 156

<sup>512</sup>LIMA, E. V. D., **O devido processo legal coletivo**, 2015, p. 156.

garantia de ser defendido por um defensor constituído e o julgamento realizado em uma decisão fundamentada nas provas produzidas.<sup>513</sup>

Ratifica Winter que, dada a característica eminentemente oral das provas comumente utilizadas no processo (testemunho e confissão), somente com a realização de uma audiência perante um juiz permitirá que ambas as partes tenha a mesma oportunidade de inquirir as testemunhas, questionando seu grau de credibilidade, cumprindo-se plenamente o contraditório, além de efetivamente se garantir que as declarações das testemunhas não são resultado de pressões hierárquicas ou disciplinares.<sup>514</sup> Os procedimentos administrativos disciplinares são instruídos basicamente por depoimentos de agentes penitenciários, do próprio preso acusado da infração disciplina e dos demais internos, cujo poder hierárquico e disciplinar do julgador (diretor da unidade prisional) recairá sobre todos os possíveis elementos probatórios.

Ademais, julgar desnecessária a realização das perícias nos objetos apreendidos revela que a caracterização da materialidade da conduta é supérflua. Não importa se o celular funciona ou não de forma a permitir a comunicação extramuros. O STJ é firme no sentido de que a posse de aparelho impossibilitado de realizar ligações também caracterizará falta grave<sup>515</sup>, assim como a posse apenas de apetrecho, como fones de ouvido, mesmo que não haja o aparelho<sup>516</sup>. De igual forma, não resta discussão, para o STJ, acerca da ofensividade do objeto. Basta que a autoridade administrativa julgue que aquele objeto é capaz de ofender a integridade física de alguém (o que pode ser atribuído a qualquer objeto contundente) restará configurada a falta grave.<sup>517</sup>

---

<sup>513</sup>MILLEMANN, Michael A. Prison disciplinary hearings and procedural due process - the requirement of a full administrative hearing. In: **Maryland Law Review**. Vol. 31, Issue 1, Article 5, g. 31. Mariland, 1971. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol31/iss1/5/>. Acesso em: 06 mar. 2022, p. 35

<sup>514</sup>WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas processuais penais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 57-93, 2018, p. 82.

<sup>515</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Habeas Corpus 376643 PR 2016/0284700-5**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04 mai. 2017, DJe 09 mai. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602847005&dt\\_publicacao=09/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602847005&dt_publicacao=09/05/2017). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>516</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – II, 20 mar. 2020, Item 06;

<sup>517</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Falta Grave em Execução Penal – II, 20 mar. 2020, Item 08.

Para além, se o juiz não pode fundamentar a sua decisão, nos termos do art. 155 do CPP, exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, por que motivo poderá reconhecer uma falta grave que interrompe a contagem de prazo para alcance de direitos progressivos, implicando em privação de liberdade por tempo superior à grande maioria dos crimes do código penal apenas em elementos colhidos de forma inquisitória, no interior de um cárcere, pelo agente administrativo interessado na manutenção da disciplina? O devido processo legal somente será preservado por intermédio da jurisdicionalização da análise das faltas graves, afastando a administração penitenciária, que é verdadeira parte interessada do julgamento das faltas disciplinares.

O procedimento deve ser realizado em ambiente externo ao cárcere, com intervenção judicial, do Ministério Público e da defesa técnica. Assim, toda produção probatória, salvo impossibilidade fática, deveria ser realizada perante um Poder Judiciário imparcial, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, alçando as partes ao seu *status* de donas da disputa. Entretanto, o que se observa é reprodução do programa inquisitivo alicerçada em uma cultura punitiva que cria mais e mais mecanismos que somente agregam sofrimento ao cumprimento da pena, muitas vezes sob o argumento de uma defesa da segurança.

#### 3.4. A PRIMAZIA DA ORDEM E A INQUISITORIEDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Para Langer, com base nos ensinamentos de Mittermaier, Garraud e Rassat, o processo acusatório tem por primazia a defesa dos interesses individuais daquele que se subjaz ao processo penal, como instrumento de proteção das liberdades e garantias individuais dos demais cidadãos, aos interesses sociais de punição, proteção da segurança geral e de garantia da ordem pública. Já o modelo inquisitório se pauta na luta contra a impunidade em uma ilusória proteção dos interesses da coletividade de ordem e segurança, mesmo que isso implique no sacrifício de direitos e garantias fundamentais. Revela-se uma tensão entre o devido processo penal e a persecução penal.

Aplicadas à execução penal, não obstante a já vitória do interesse coletivo (afinal só haverá execução penal se condenado), a necessidade de controle e de manutenção de uma ordem pública se mantém, em especial diante da total fragilidade do Estado brasileiro perante o denominado crime organizado. Preconiza o art. 52 da LEP que aplicar-se um Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) aos presos provisórios e condenados que tenham cometido crime doloso no decorrer da execução da pena ou que subvertam a ordem ou a disciplina internas, bem como que apresentem alto risco à ordem e segurança internas e da sociedade ou quando hajam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Com ensina Roig, o RDD possui natureza de sanção disciplinar, sendo possível identificar duas modalidades de RDD, o *punitivo* e o *cautelar*. O *punitivo* é aquele previsto no caput do art. 52, decorrente da prática de crime doloso ou de fato que subverta a ordem ou disciplina interna; já o *cautelar* seria o RDD aplicado às hipóteses do em seu atual §1º<sup>518</sup> do art. 52, nas hipóteses de alto risco à ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada. (destaque nosso)<sup>519</sup>

A despeito do acerto de Roig ao afirmar a natureza disciplinar do RDD por expressa interpretação legal do art. 53, V que inclui o RDD dentre as sanções disciplinares, entende-se que as razões de sua criação<sup>520</sup>, bem como hipóteses de inclusão no aludido regime, fogem, em muito, das características de um microsistema disciplinar como pincelado no item anterior, principalmente porque, no RDD, não se

---

<sup>518</sup>Apesar da condensação realizada pela Lei nº 13.964/2019, os incisos do atual §1º já se encontravam previstos na LEP (§§ 1º 2º do art. 52) desde a reforma de 2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, sendo apenas atualizados os termos e incluída a atividade miliciana.

<sup>519</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 254-256.

<sup>520</sup>O RDD foi criado por Resolução do Governo Paulista em resposta a uma série de rebeliões ocorridas nas unidades prisionais paulistas lideradas pela facção criminosa denominada PCC (Primeiro Comando da Capital) em 2001, com o objetivo de isolar as lideranças e dismantelar a organização. O sentimento coletivo de insegurança gerada pelas crises dos sistemas carcerários paulista, potencializado pela mídia sensacionalista, criou um cenário de apoio social, minando a credibilidade das políticas de segurança pública (DIAS, Camila Caldeira Nunes. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado na dinâmica prisional. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 3, Edição 5, p. 128-144, Ago-Set/2009).

tem o escopo de corrigir ou “docilizar” o indivíduo, nem transformá-lo em utilidade social, mas sim de segregá-lo e excluí-lo do convívio social.

Como explicam Carvalho e Freire, há uma ressignificação normativa da disciplina ao permitir-se que se imponha um Regime Disciplinar Diferenciado mesmo na ausência da prática de falta grave, como simples “[...] adjetivação aleatória de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele”.<sup>521</sup> Especialmente quando observadas as hipóteses do §1º do art. 52, nas quais a mera suspeita (não há necessidade de qualquer comprovação fática ou processual para tanto) de envolvimento (não se exige uma efetiva participação, ainda que de menor importância) ou que se estabeleça que aquele indivíduo oferece alto risco social, são suficientes para a limitação de direitos e o estabelecimento de um regime estritamente rigoroso, desumano, degradante e cruel.

Em resumo realizado por Dias, observam-se como principais críticas ao RDD a utilização de termos vagos e ambíguos na descrição das condutas passíveis de inclusão (afinal, o que é “alto risco” ou o que caracteriza um “envolvimento?”), além da penalização da suspeita, onde não é necessário estabelecer qualquer prova, punindo-se uma determinada classe de indivíduos, tidos como inimigos, não-cidadãos, revelando-se verdadeiro direito penal de autor, além de tratar-se de meio cruel de cumprimento de pena ao impor um isolamento celular por até dois anos causando efeitos psíquicos e físicos. Ademais, a pecha deixada inabilita o encarcerado à progressão, violando o princípio progressivo da pena e qualquer hipótese remota de reabilitação.<sup>522</sup>

Entretanto, apesar da relevância na discussão acerca das críticas ao RDD, bem como das análises de sua constitucionalidade e dos seus efeitos práticos, não se enquadra no propósito do presente estudo analisar o RDD em si, mas entender como a normatização (e normalização) do aludido regime enquanto expectativas normativas congruentes, e sua aplicação pelo Poder Judiciário, cujo papel é de garantidor da aplicação dos direitos e garantias fundamentais, mascara uma cultura inquisitiva focada muito mais no imaginário punitivo, do que no respeito às regras do jogo. Como

---

<sup>521</sup>CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 269-281, 2007, p. 277.

<sup>522</sup>DIAS, Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional, 2009, p. 132-133.

apontam Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt, a ideia de imaginário punitivo revela que há uma articulação entre formas instituídas no direito positivo e ilustrações punitivas que afloram de um *infradireito* constituído de práticas e discursos construídos historicamente.<sup>523</sup>

A existência de uma cultura inquisitiva de defesa social aninhada no processo decisório, como um câncer, corrói qualquer estrutura acusatória que se busque instituir, operando uma metástase inquisitória em todo o processo penal, em especial na execução penal. Se o processo penal é definido e limitado pelas práticas, pelos papéis de seus atores e pelos institutos positivos à disposição do sistema, não há espaço para o estabelecimento de operações que busquem a enunciação de uma autorreprodução acusatória, pois as práticas inquisitivas autoritárias restam naturalizadas.<sup>524</sup>

A punição vem então atrelada não mais somente a um sentimento de expiação, mas também, em uma segregação punitiva como corolário de um direito penal securitário. Como asseveram Juliano de Oliveira Leonel e Paulo Thiago Fernandes Dias, o RDD é mais uma das medidas que visam transformar o processo penal em um pseudoinstrumento de combate à criminalidade criando um modelo de processo penal do inimigo.<sup>525</sup> Como explica Garland:

A preocupação política dos dias de hoje não é puramente punitiva (tal que pudesse ser satisfeita por medidas como castigo corporal) nem puramente orientada para a proteção pública (o que, antigamente, levava a medidas de detenção preventiva que minimizavam seu conteúdo punitivo). Tem-se a preocupação de produzir sanções que combinem os dois modos de ver sob a forma de uma segregação e de uma incapacitação punitivas. O novo ideal penal é que o público seja protegido e que seus sentimentos sejam expressos. A segregação punitiva — penas de longa duração em prisões “sem frescuras” e uma existência estigmatizada, controlada de perto, para aqueles que são, finalmente, libertados é cada vez mais a escolha que se impõe.<sup>526</sup>

O juiz da execução penal, imbrincado nessa cultura punitiva, abandona o seu papel de zelador das garantias fundamentais e controlador da gana punitiva estatal, e assume a responsabilidade das suas decisões politizando o sistema jurídico,

<sup>523</sup>CARVALHO; BOLDT, Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico, 2019, p. 25.

<sup>524</sup>GLOECKNER, Metástases do sistema inquisitório, 2018, p. 11-12.

<sup>525</sup>LEONEL, Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes. Execução provisória da pena no tribunal do júri: a fênix das prisões ex vi legis no pacote anticrime! In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. **Pacote anticrime**: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020, p. 191.

<sup>526</sup>GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. In: **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, p. 59-80, 1999, p. 61



corroendo a sua imparcialidade. Winter relembra que “na prática, os processos inquisitórios serviram em grande medida para institucionalizar sistemas de perseguição por razões políticas ou religiosas e para estabelecer um sistema de terror, com fins alheios à manutenção da paz social dentro da comunidade”.<sup>527</sup>

E mais, o RDD, apesar de a LEP resguardar a inclusão à decisão judicial, é instituído por eleição da administração prisional que elaborará requerimento circunstanciado, incluindo ali todo e qualquer discurso, sem a necessidade de qualquer produção probatória perante o judiciário (até porque as hipóteses falam em suspeita – art. 52, §1º, II – e indícios – art. 52, §3º), devendo serem ouvidos previamente o Ministério Público e a defesa. A identificação e escolha dos presos tidos por líderes de facções criminosas é feita exclusivamente pela administração penitenciária, num jogo de poderes internos, formal e informal, resultante de acordos tácitos para com as organizações criminosas, que continuam atuando, de forma controlada, com a conivência das administrações.<sup>528</sup>

O Poder Judiciário e o Ministério Público, totalmente alheios à dinâmica política do sistema carcerário, funcionam como mero carimbadores do “acordo” construído no interior da unidade prisional, de modo a manter a aparência de ordem pública e evitar motins e rebeliões que questionem o poder estatal perante a sociedade, mantendo o interesse das organizações em exercer o controle da massa carcerária e as atividades ilícitas no interior do estabelecimento prisional.<sup>529</sup>

Mesmo diante da total inefetividade prática no combate à insegurança pública pela inclusão no RDD, persiste a justificação da violação de direitos humanos com a aplicação de uma punição segregadora, estigmatizadora, cruel e desumana. Como estabelece o art. 52 da LEP, após alteração realizada pela Lei nº 13.964/2019 (a mesma que instituiu o art. 3º-A no CPP prevendo a adoção de uma estrutura acusatória), o RDD é caracterizado pela: duração máxima de 02 (dois) anos; o recolhimento em cela individual; a limitação das visitas, quinzenais, duas pessoas por vez, sem contato físico (parlatórios), com duração de 02 horas; 02 (duas) horas diárias de banho de sol, em grupos de até 04 (quatro) presos; entrevistas sempre

---

<sup>527</sup>WINTER, Acusatório versus inquisitório, 2018, p.65

<sup>528</sup>DIAS, Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional, 2009, p. 137 e 139.

<sup>529</sup>DIAS, Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional, 2009, p. 139.

monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; fiscalização do conteúdo da correspondência; participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

Essa constante violação dos direitos fundamentais sob a ilusão de uma defesa social corrompe o sistema jurídico, na medida em que, inobstante a concepção Luhmanniana de que os direitos humanos não são direitos eternos<sup>530</sup>, “[...] a institucionalidade dos direitos fundamentais imuniza a sociedade contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade”<sup>531</sup>. Os direitos fundamentais, e o seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, representam uma limitação do poder, ou, como aponta Neves, um freio da Têmis à tendência expansiva e hipertrófica do Leviatã<sup>532</sup>.

Não se nega que o pluralismo de ideias, valores e crenças é essencial ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito, e que essa pluralidade é capaz de gerar expectativas contraditórias em torno do texto constitucional, que serão, no processo interpretativo, excluídas ou selecionadas.<sup>533</sup> Mas entende-se, assim como afirma Raphael Boldt de Carvalho, que “o direito e o processo penal deveriam reconhecer e defender a humanidade como fim em cada pessoa, mas sob a proteção do seu poder desdenham de suas promessas e numa espécie de repetição auto conservadora, reproduzem a violência que está na sua fundação”.<sup>534</sup>

A proteção à dignidade da pessoa humana e o adoção de uma teoria redutora dos danos na execução penal devem constituir uma viga mestra que dá sustentação à estrutura do sistema, cujas rigorosas condições do RDD, bem como o seu dilatado período de imposição, colidem frontalmente com os limites constitucionais.<sup>535</sup>

Destarte, no conflito de interesses opostos entre o resguardo aos direitos fundamentais e a punição a todo custo é típico de um programa inquisitório o atropelo das regras do jogo fixadas na Constituição em defesa de uma simbólica proteção da

---

<sup>530</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 102.

<sup>531</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 103.

<sup>532</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 103.

<sup>533</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 204.

<sup>534</sup>CARVALHO, R. B., **Processo penal e catástrofe**, 2017, p. 148

<sup>535</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 262.

ordem pública. A adoção de um RDD, especialmente o de natureza cautelar, meramente segregador, focado em teorias de “direito penal da vontade”, direito de autor, ou de inimigo do povo<sup>536</sup>, em afronta aos direitos fundamentais revela a reprodução do programa inquisitivo sob o manto de uma cultura punitivista.

E esse modelo resta evidenciado com as decisões dos Tribunais Superiores que convalidam a possibilidade de inclusão no aludido regime disciplinar, destacando ainda o atropelo às garantias do contraditório, pois permite-se que o magistrado de ofício decreta a inclusão preventiva sem a oitiva do Ministério Público e da Defesa e do apenado, dado o caráter emergencial da medida.<sup>537</sup> O magistrado age imbuído por um interesse social que atropela as garantias constitucionais. Toda contenda que possa restringir a liberdade ou os direitos do cidadão devem ser interpretadas sob um viés constitucional.<sup>538</sup> Afinal, a concretização dos direitos fundamentais constitucionais é uma exigência da cidadania.<sup>539</sup>

Por isso o magistrado deve decidir, a despeito de a decisão constituir a escolha por um interesse, de forma a não perseguir determinado objetivo na realidade social, pois dificilmente atuará com imparcialidade.<sup>540</sup> Como complementa Salo de Carvalho, “a interpretação constitucional da LEP impõe, assim, a prevalência da jurisdição de feição acusatória, acima das práticas irracionais delineadas pelo sistema normativo vigente”.<sup>541</sup> A contaminação dos magistrados por um imaginário punitivo o coloca na posição de inquisidor, que busca por seus próprios meios, resultados na realidade social, que como visto, não passam de efeitos falaciosos, que dissimulam a ausência de uma política pública inovadora a médio e longo prazo. O programa inquisitivo

---

<sup>536</sup>FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p.36

<sup>537</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Habeas Corpus 624.287/PE**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01 dez. 2020, DJe 07 dez. 2020. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002959181&dt\\_publicacao=07/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002959181&dt_publicacao=07/12/2020). Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 389.493/PR**. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18 abr. 2017, DJe 26 abr. 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700390636&dt\\_publicacao=26/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700390636&dt_publicacao=26/04/2017). Acesso em: 06 mar. 2022; PAVARINI; GIAMBERARDINO, **Curso de penologia e execução penal**, 2018, p. 266.

<sup>538</sup>SCHROEDER, *Regressão de regime*, 2007, p. 487.

<sup>539</sup>NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 182.

<sup>540</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 113.

<sup>541</sup>CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 417-428, 2007, p. 426.

permite que o magistrado se torne agente de segurança pública.<sup>542</sup> Essa cultura se aninha em discursos inverídicos, apoiados em valores socialmente aceitos e quistos, que tem o único escopo de criar um ambiente de terror e perseguição, na busca do novo herege.

### 3.5. A REGRESSÃO DE REGIME FRENTE A SITUAÇÃO JURÍDICA DE INOCÊNCIA<sup>543</sup>

Gozaria a pessoa condenada, a partir do momento em que lhe foi atribuída a qualificação de “culpado”, a aplicação do princípio do estado ou situação jurídica de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Carta Magna? Ao transitar em julgado a condenação, o apenado somente receberá o estado de culpabilidade com relação à situação fática que ensejou a condenação, permanecendo com a situação jurídica de inocência a todo e qualquer fato não abrangido pela decisão condenatória. Enquanto estado jurídico e de tratamento, a garantia do estado de inocência continua a rogar e proteger o apenado, não constituindo nenhuma heresia atribuir a ideia de um estado de inocência a um condenado, devendo-se dar tratamento de inocente aos condenados quanto aos delitos não sentenciados, e com trânsito em julgado, e às faltas disciplinares.<sup>544</sup> Como enuncia Alexis Couto de Brito,

Todos são inocentes. Essa afirmação, indubitavelmente, comunica muito mais corretamente a essência do princípio. É muito mais do que dizer que uma pessoa não é culpada (ainda), ou que deve ter sua inocência (apenas) presumida. Se são inocentes, tal estado deverá ser desconstruído por quem disso discorde, por meio do devido processo legal.<sup>545</sup>

Esse estado de inocência ganha maior relevância quando observada a normatização da regressão de regime de pena prevista na LEP. Preconiza o seu art. 118, que caso o apenado venha a praticar fato definido como crime doloso ou falta

---

<sup>542</sup>PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, I. 173.

<sup>543</sup> Adota-se aqui a nomenclatura utilizada por Eugênio Pacelli, a despeito da denominação comum de presunção de inocência, por acreditar-se que a Constituição não estabelece a ideia de uma presunção no sentido de achismo ou suposição prévia, mas em um valor normativo afirmativo que confere a todos, até que se tenha o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, um estado ou situação jurídica de inocente,<sup>543</sup> passando, após o trânsito em julgado, à situação jurídica, com relação unicamente àqueles fatos reconhecidos no instrumento sentencial, de culpado (PACELLI, **Curso de processo penal**, 2018, I. 398).

<sup>544</sup>LOPES JR, Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista, 2007, p. 383-384.

<sup>545</sup>BRITO, Alexis de Couto. **Execução penal** (livro digital). 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, I. 21.

grave ou quando sobrevier condenação por crime anterior cuja soma ou unificação seja incompatível com o regime, ficará a pena sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos.<sup>546</sup>

A regressão do regime decorre diretamente do modelo progressivo adotado pela LEP, focado principalmente na meritocracia do cumprimento, e da teoria da flexibilidade da pena. Em havendo mérito do apenado, esse será progredido a regime mais brando; nas hipóteses de nódoa em seu comportamento frente às imposições disciplinares, ocorrerá a regressão ao regime mais severo. Inoportuna nesse tópico é a discussão acerca da punição por um comportamento disciplinar intramuros, como já abordado em item anterior, apesar de aquiescer-se com a posição de Roig, ao estabelecer que a regressão como medida punitiva vai de encontro a uma concepção democrática da execução penal enquanto instrumento ressocializador ou mesmo viola qualquer lógica educativa.<sup>547</sup>

Foca-se aqui, diante da atual inevitável opção política exarada pela LEP, na necessidade de respeito às garantias fundamentais no processamento e na aplicação da referida regressão de regime, em especial na garantia da situação jurídica de inocência e no respeito ao contraditório. E onde, a análise da reprodução do programa inquisitivo guarda relevância.

Primeiramente pela análise da Súmula nº 526 do STJ que estabelece que “O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato”.<sup>548</sup> sob o argumento de que a LEP exige apenas a ocorrência do delito ou o cometimento da infração, não se falando em condenação. Como explica Roig, o STJ entende que a exigência do trânsito em julgado reduz a efetividade do processo executivo, sendo suficiente o recebimento da denúncia enquanto juízo de certeza para a regressão,

---

<sup>546</sup> BRASIL, **Lei de Execução Penal**, 1984.

<sup>547</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 388.

<sup>548</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 526**. Terceira Seção. Julgado em 13 mai. 2015, DJe 18 mai. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 776823**. Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 07 dez. 2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-033. Divulgado em: 22 fev. 2021. Publicado em: 23 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755115565>. Acesso em: 06 mar. 2022.

bem como de que a regressão dota de cunho administrativo, não se sujeitando à exigência do trânsito em julgado.<sup>549</sup> Ora, pode-se por acaso afirmar, veementemente, sob o manto do estado de inocência que alguém cometeu algum delito sem o seu trânsito em julgado?

Como explica Pacelli:

[...] o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.<sup>550</sup>

Ora, a adoção de tal entendimento pela Corte Superior viola de forma flagrante o estado de inocência ao impor ao condenado uma restrição a sua pena que importa em um prolongamento da privação da liberdade superior a muitos dos crimes contidos no Código Penal, na medida em que a regressão por falta disciplinar também importa na interrupção da contagem dos prazos para os direitos progressivos.<sup>551</sup> Dispensar a exigência de trânsito em julgado, demonstra uma inquisitorialidade oriunda, tanto do tratamento do condenado como não-cidadão, alheio às garantias conferidas a todos, quanto da administrativização da execução penal, que, como já explicado, resta impossibilitada diante da natureza jurisdicional da execução penal.

Ademais, o STJ firmou o entendimento de que, nos casos de prática de novo delito, a LEP dispensa a instauração de PAD, exigindo-se apenas a realização de um audiência de justificação, de forma a garantir o contraditório e a ampla defesa.<sup>552</sup> Observa-se assim que não se exige absolutamente nenhuma evidência da prática delitiva pelo condenado para reconhecimento da falta grave, com exceção de uma

<sup>549</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 389-390.

<sup>550</sup>PACELLI, **Curso de processo penal**, 2018, I. 55.

<sup>551</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 534**. Terceira Seção. julgado em 10 jun. 2015, DJe 15 jun. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>552</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso ordinário em Habeas Corpus 81.588/MG**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08 ago. 2017, DJe 23 ago. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700479720&dt\\_publicacao=23/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700479720&dt_publicacao=23/08/2017). Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso extraordinário 972598 Rio Grande do Sul**, 04 mai. 2020.

oitiva prévia, que como o nome estabelece, tem por escopo que o apenado se justifique. Ou seja, presume-se a sua culpa, e aguardam-se explicações, justificativas para o comportamento, de forma a não ensejar a punição disciplinar.

Norberto Avena chega a afirmar, em total afastamento a aplicação constitucional da execução penal, que a finalidade da audiência de justificação é apenas de que o magistrado avalie o apenado e as suas explicações para a falta, não servindo para a produção probatória, apesar de não se proibir.<sup>553</sup> Parte-se da certeza de que o apenado praticou a falta grave uma vez que não se exige prova por parte do órgão acusador e que a audiência com magistrado serve para justificar, no sentido de “[...] demonstrar ou reconhecer a inocência própria ou de inocentar-se de culpa imputada”.<sup>554</sup>

Como explica Ferrajoli, “é claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade.”<sup>555</sup> Há um inversão do princípio constitucional, gerando na prática, como alude Schroeder, “[...] uma realidade contrastante dos limites legais e princípios constitucionais”.<sup>556</sup> Se, como apontado supra, o princípio do estado de inocência impõe regras de ônus probatório, no qual cabe à acusação provar o alegado, nesses casos, cabe à pessoa privada de liberdade, justificar uma acusação provando o não cometimento. Como afirma Badaró, “a presunção de não culpabilidade [ou estado de inocência] é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório”.<sup>557</sup> E complementa o autor que o princípio, sob uma ótica técnico-jurídica, impõe a adoção de um standard de julgamento em caso de dúvida, o *in dubio pro reo*.<sup>558</sup>

Como pode o simples recebimento de uma denúncia, balizada unicamente em elementos produzidos de forma inquisitiva em um inquérito policial, sem qualquer produção probatória perante um órgão judicial, servir para, após uma mera audiência

---

<sup>553</sup>AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado (livro digital). 1. Ed. São Paulo: Forense, 2014, l. 222

<sup>554</sup> JUSTIFICAR. **MICHAELIS**. Dicionário brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <[https://michaelis.uol.com.br/busca?id=b90Aw#:~:text=1%20Provar%2C%20demonstrar%20ou%20reconhecer,\(%2Dse\)%20de%20culpa%20imputada.&text=2%20Provar%20em%20ju%C3%ADzo%20%20direito%20de%20ser%20reconhecido..](https://michaelis.uol.com.br/busca?id=b90Aw#:~:text=1%20Provar%2C%20demonstrar%20ou%20reconhecer,(%2Dse)%20de%20culpa%20imputada.&text=2%20Provar%20em%20ju%C3%ADzo%20%20direito%20de%20ser%20reconhecido..>)>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>555</sup>FERRAJOLI, **Direito e razão**, 2002, p. 444.

<sup>556</sup>SCHROEDER, *Regressão de regime*, 2007, p. 488.

<sup>557</sup>BADARÓ, **Ônus da prova no processo penal**, 2003, p.283.

<sup>558</sup>BADARÓ, **Ônus da prova no processo penal**, 2003, p.284.

de justificação, impor um prolongamento do cumprimento da pena e da restrição da liberdade, além da colocação do apenado em regime mais gravoso, e portanto, mais penoso? Não há como se defender que tal previsão esteja em conformidade com o princípio da situação jurídica de inocência prevista na Constituição Federal. Como salienta Khaled Jr, “é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitória, fundado na lógica de persecução do inimigo”.<sup>559</sup>

E ao que parece nossos tribunais optaram pela autorreprodução do programa inquisitivo. A ver, além dos entendimentos já explanados, permite-se, em uma assimetria de valores, a regressão por salto, sob o argumento de que o *caput* do art. 118 permite que se regrida para qualquer dos regimes mais rigorosos.<sup>560</sup> Há que se distinguir, dentro do art. 118, duas hipóteses de regressão, aqui entendida como a modificação do regime estabelecido na sentença condenatória: uma, decorrente de punição disciplinar; e outra em virtude do somatório ou unificação das penas, com a chegada de nova condenação, na forma do art. 111 da LEP. Quanto à segunda hipótese, determina a LEP (art. 111, parágrafo único) que sobrevindo condenação no curso da execução, deve-se somar a pena da nova condenação ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime. É claro, que nessas hipóteses, como não se pode prever qual a pena da nova condenação, deve-se permitir que se regrida a qualquer regime.

Tomado o exemplo de um indivíduo condenado a 03 anos de prisão em regime aberto, e que seis meses após o início do cumprimento, sobrevém condenação de 06 anos em regime semiaberto, pela regra do art. 111, deve-se somar os 06 anos aos 02 anos e 06 meses que restavam a cumprir, totalizando 08 anos e 06 meses que impõe, nos termos do art. 33, §2º, o regime fechado. Nesse caso, é o somatório das

---

<sup>559</sup>KHALED JR, Salah H. A ambição da verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. In: **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan - fev. 2015, p. 353.

<sup>560</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – IV. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 146. 17 abr. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20146%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20IV.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20146%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20IV.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022, Item 18.



condenações (transitadas em julgado a princípio, conforme regra do art. 105 da LEP) que impõe a mudança do regime aberto ao fechado.

Agora, se o merecimento é o critério para a transição pelo sistema progressivo, e o demérito é a lógica da regressão, não se pode, ao mérito, impedir a progressão por salto, enquanto se permite a regressão sem obediência ao escalonamento dos regimes. E, nesse sentido, Marcão é firme: “é vedada a regressão por salto”.<sup>561</sup> Destoante da lógica simétrica, e de observância do princípio ressocializador, bem como da equidade e razoabilidade, o STJ mantém o entendimento de que a LEP permitiu a regressão por salto, interpretando de forma contrária a uma teoria redutora de danos da execução penal.<sup>562</sup>

O delírio inquisitorial das cortes superiores, repousa ainda na criação e validação da regressão de forma cautelar, que pode ser realizada, inclusive, independentemente da oitiva do condenado. É firme o STJ e o STF na posição de que “A prática de falta grave pode ensejar a regressão cautelar do regime prisional sem a prévia oitiva do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva”.<sup>563</sup> Para a Corte Superior, decorre do poder geral de cautela do juiz o estabelecimento de regime mais gravoso ao apenado de forma cautelar, dispensando a sua oitiva. Tal entendimento vai de encontro, inclusive, ao disposto no art. 8º, I da Convenção

---

<sup>561</sup>MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. Ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 215.

<sup>562</sup> BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Agravo regimental no Habeas Corpus 660.178/SP**. Rel. Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 17 ago. 2021, DJe 20 ago. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101131962&dt\\_publicacao=20/08/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101131962&dt_publicacao=20/08/2021). Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Recurso especial 1773347/RO**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27 nov. 2018, DJe 10 dez. 2018, Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802738019&dt\\_publicacao=10/12/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802738019&dt_publicacao=10/12/2018). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>563</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 07. 19/02/2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2007%20-falta%20Grave.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2007%20-falta%20Grave.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022, Item 05; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 163720**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 24 ago. 2020, Processo Eletrônico DJe-276. Divulgado em: 19 nov. 2020. Publicado em: 20 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=754437905>. Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em Habeas Corpus 135554 AgR**. Relator(a): Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16 set. 2016, Processo Eletrônico DJe-210. Divulgado em: 30 set. 2016. Publicado em: 03 out. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11765808>. Acesso em: 06 mar. 2022.

Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica) que estabelece o direito de toda pessoa de ser ouvida por um juiz imparcial e independente.<sup>564</sup>

Ocorre que a LEP, em momento algum previu a possibilidade de regressão cautelar de regime, não se podendo admitir, em um estado democrático de direito, que se estabeleçam exceções aos princípios constitucionais, como do estado de inocência e do contraditório, sem a devida previsão legal. Como alerta Schroeder, “a execução não pode pactuar com restrição a direito, a não ser nos exatos limites calcados na Constituição Federal.”<sup>565</sup>

A justificativa do Movimento Sabotagem Inquisitiva<sup>566</sup> é a de que a regressão cautelar é um poder-dever do juiz da execução, que deve determinar medidas para assegurar os fins e a efetividade da execução penal.<sup>567</sup> Questiona-se então, quais são mesmos os fins da execução penal? Como se depreende do art. 1º da LEP, a execução penal possui dupla finalidade, qual seja, efetivar as disposições de sentença criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

Como explica Roig, isso implica, assim como no Direito penal e no processo penal, que devem os juízes da execução penal conter o poder-punitivo-executório do Estado de Polícia com a aplicação dos programas do Estado de Direito, aplicando uma teoria redutora dos danos na execução penal como norte interpretativo, constituindo “[...] autêntico dever-jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas [...]”<sup>568</sup>.

A criação da possibilidade de uma regressão cautelar, onde a lei não previu, revela um antagonismo à finalidade da execução da pena balizada pelas normas fundamentais do Estado de Direito, avultada pela permissividade em se fazê-la ao arrepio do contraditório e da participação do condenado, ou seja, sem sua prévia oitiva. Como já afirmado em outro estudo em parceria com Daniel Ferreira De Melo Belchior, “[...] sendo o processo penal um instrumento de limitação do poder exercido

---

<sup>564</sup>BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**: promulga a convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>565</sup>SCHROEDER, Regressão de regime, 2007, p. 487.

<sup>566</sup> Nomenclatura dada pelos Profs. Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa a argumentações da dogmática jurídica e da jurisprudência que tendem a minar a estrutura acusatória e referendam a autorreprodução inquisitiva (LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020).

<sup>567</sup>MARCÃO, **Curso de execução penal**, 2016, p. 224.

<sup>568</sup>ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 27-28.

pelo Judiciário de punir, criar hipóteses de tutela cautelar não previstas em lei implicaria o afastamento de tal moderação.”<sup>569</sup>

Cumpra salientar que o posicionamento dos Tribunais Superiores se baliza, especialmente, nas hipóteses de fuga do apenado, na qual, argumenta-se que “[...] se houve fuga não há como acenar com o disposto no art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal”<sup>570</sup>. Argumentam os tribunais superiores que se o apenado se encontra foragido, não há como ouvi-lo antes de operar a regressão, pois desconhecido o seu paradeiro. Aqui, faz-se um aparte para apresentar dois questionamentos: há necessidade de regredir de regime um indivíduo para ouvi-lo, ou a simples fuga, autorizaria a expedição de mandado de prisão com a imediata apresentação ao juiz da execução penal para oitiva prévia? Deve-se perguntar, assim como faz Schroeder, se não há meios menos gravosos para atingir o mesmo objetivo.<sup>571</sup> E, a regressão “cautelar” com esse teor, não seria, em verdade, medida satisfativa, eis que adianta os efeitos da decisão de regressão definitiva sem qualquer elemento probatório?

Quanto ao primeiro questionamento, partindo da premissa de que o apenado se encontra foragido, e de que, salvo pouquíssimos estados da federação, o regime aberto é cumprido de forma domiciliar, somente haverá a regressão nas situações de fuga ou evasão do cumprimento de pena em regime semiaberto. Qual seria o óbice em apenas expedir mandado de prisão para recolhimento em estabelecimento adequado ao regime semiaberto, com a suspensão temporária de alguns direitos que possam ensejar nova fuga, como a saída temporária e o trabalho externo?

E adentrando ao segundo questionamento, a natureza cautelar das medidas processuais, defende-se, assim, como Aury Lopes Jr, que não há no processo penal, assim como no processo civil, um processo ou mesmo procedimento de natureza cautelar. O que existem são medidas cautelares com base nos adágios do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que têm por escopo garantir o regular desenvolvimento

---

<sup>569</sup>ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel; BELCHIOR, Daniel Ferreira de Melo. A tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela. In: **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**. Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Anais do I Encontro Virtual do CONPEDI, p. 104-120, Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 109.

<sup>570</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso ordinário em Habeas Corpus 135554 AgR**, 16 set. 2016.

<sup>571</sup>SCHROEDER, Regressão de regime, 2007, p. 486.

processual e, por conseguinte a aplicação do *ius puniendi*.<sup>572</sup> “São medidas destinadas à tutela do processo”.<sup>573</sup>

Dinamarco, ao diferenciar as tutelas cautelares das ditas antecipatórias, utiliza-se da distinção entre males ao processo e males ao sujeito, para informar que: as cautelares visam salvaguardar o processo dos efeitos do tempo, para que possa produzir seus efeitos e resultados úteis e justos; já as antecipações de tutela afetam diretamente na vida das pessoas, de forma anterior ao julgamento da causa, ofertando a alguma das partes benefício/prejuízo que o desfecho processual lhe proporcionaria.<sup>574</sup>

Observa-se que a regressão de regime não se demonstra como medida cautelar, de forma a garantir os efeitos do processo executivo. O objetivo é retomar o cumprimento da pena estabelecida na sentença, e conduzir coercitivamente o reeducando ao magistrado da execução para julgamento da falta praticada. A regressão de regime “cautelar” implica em verdadeira antecipação da tutela, pois precipita os efeitos nocivos da prática da falta grave, sem a devida comprovação ou mesmo sem a participação da parte afetada, violando flagrantemente os princípios do estado de inocência e do contraditório.

Marcão tenta amenizar os efeitos nefastos à pessoa encarcerada, afirmando que “essa providência cautelar não obsta que o réu se defenda, quando vier a ser preso.”<sup>575</sup> Mas, como afirma o professor Vinicius Diniz Monteiro de Barroso, o que se fará quando percebido o erro judiciário e permanência do acusado em regime mais gravoso de forma cautelar e ao arrepio das garantias processuais: pedir desculpas?<sup>576</sup>

Não se pode conceber qualquer decisão que tolha direitos do apenado ou de qualquer cidadão, sem que lhe seja possibilitada oportunidade de contradizer os fatos alegados, devendo permanecer em estado de inocência até que a outra parte comprove situação fática capaz de alterar a sua situação jurídica. Como assinala Lopes Jr., o contraditório é meio de confrontação probatória e de comprovação da

---

<sup>572</sup>LOPES JR, **Direito Processual Penal** (livro eletrônico), 2019, I. 717-720.

<sup>573</sup>LOPES JR, **Direito Processual Penal** (livro eletrônico), 2019, I. 717.

<sup>574</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57-58.

<sup>575</sup>MARCÃO, **Curso de execução penal**, 2016, p. 225.

<sup>576</sup> ICPCAST 12: princípio da presunção de inocência. Entrevistada: Vinicius Diniz Monteiro de Barros. Entrevistadores: Ícaro Leon e Pedro Figueiredo. [S. l.]: ICP Jovem, set. 2020. **Podcast**. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/7GEotN47D4Ft9iOTmxfw4r?si=4bfa13b1207d4352>. Acesso em: 06 mar. 2022.

verdade, constituindo verdadeiro direito de informação e de participação nas decisões judiciais.<sup>577</sup>

Um processo somente é adequado quando a decisão é aceita pelos participantes. E essa aceitabilidade apenas será possível se houver a efetiva participação das partes na formação da decisão judicial.<sup>578</sup> Nesse sentido, Luhmann revela que a legitimação do procedimento se dá com o reconhecimento dos envolvidos da decisão como obrigatória, cuja aceitação é aumentada através da participação no processo de decisão.<sup>579</sup> Sendo o processo um instrumento de “[...] reestruturação das expectativas jurídicas”<sup>580</sup>, somente com a efetiva participação dos envolvidos no processo é que se poderá caminhar a uma aceitação da decisão judicial, com a formação de um consenso, ao menos formal.

Ademais, como aponta Madureira, tal amplificação do contraditório contribui para uma contenção da litigiosidade, na medida em que a recusa dos julgadores em não ouvir ou mesmo enfrentar as razões das partes cria a sensação de que as partes estariam apenas fazendo um papel figurativo, potencializando a interposição de instrumentos recursais,<sup>581</sup> que poderiam ser evitadas se respeitada a adequada capacidade de aprendizagem. “[...] Não basta que os representantes do poder anunciem com solenidade unilateral os princípios da sua opção e decisões. O que tem valor especial é, precisamente, a cooperação daquelas que possivelmente ficam para trás.”<sup>582</sup>

O processo na concepção de Fazzalari se alicerça na existência do contraditório efetivo, no qual ao juiz não pode ser visto como protagonista processual, mas sim as partes, que são responsáveis pela construção da decisão, dividido em dois direitos: o de ser informado sobre os acontecimentos e os produtos do processo (*informazione*) e o de reagir, produzir comunicações, se movimentar em seu benefício (*reazione*).<sup>583</sup> Além do direito à informação, também deve ser garantido o direito de paridade de armas, ou seja, de que todos os argumentos, de ambas as partes, sejam

---

<sup>577</sup>LOPES JR, Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista, 2007, p. 384-385.

<sup>578</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 109

<sup>579</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 77.

<sup>580</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 100.

<sup>581</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 115-116.

<sup>582</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 96-97.

<sup>583</sup>FALLAZARI, Elio *apud* LOPES JR., **Fundamentos do processo penal**, 2017, l. 245.

devidamente reconhecidos e analisados. No julgamento do MS 25.787/DF, o relator Min. Gilmar Mendes, citando o direito alemão, afirma que o contraditório (art. 5º, LV) ou direito à tutela jurídica contém os direitos de: **informação**, obrigando o julgador a informar à parte contrária dos atos processuais praticados; **manifestação**, assegurando o direito de manifestar-se, por escrito ou de forma oral, sobre os elementos do processo; e **ver seus argumentos considerados**, devendo o julgador isentar-se de ânimo e analisar todas as razões apresentadas.<sup>584</sup>

A regressão *inaudita altera pars* escancara a inquisitorialidade da execução penal no afastamento das partes, em um desdém ao contraditório. Como afirma Lopes Jr, analisando a doutrina de Cunha Martins, a comunhão com o contraditório somente é possível no programa acusatório, caracterizando-se o processo inquisitório por um “desamor” pelo contraditório.<sup>585</sup> Um processo no qual o juiz assuma o protagonismo ao revés de garantir às partes a efetiva participação, revela atributos de um juiz-inquisidor.

### 3.6. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM EXECUÇÃO PENAL

Desdobrando a discussão iniciada no item anterior, o contraditório se impõe como, não só o direito de ser informado, mas o efetivo direito de participação na formação da decisão. Considerando que o processo é construído pelas comunicações realizadas pelas partes que instituem o processo, e, por conseguinte, a decisão, não se pode falar sequer em processo se os argumentos deduzidos durante o curso processual não forem capazes de, ao menos em tese, influenciar no julgamento.<sup>586</sup>

Nesse sentido, o art. 315, §2º, IV do CPP (incluído pela questionável e confusa Lei nº 13.964/2019, como transcrição fiel do art. 489, §1º do CPC), preconiza que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória,

---

<sup>584</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25787**. Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08 nov. 2006, DJe-101. Divulgado em: 13 set. 2007. Publicado em: 14 set. 2007 DJ 14 set. 2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, p. 217-254, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486706>. Acesso em: 06 mar. 2022,.

<sup>585</sup>MARTINS, Rui Cunha *apud* LOPES JR., **Fundamentos do processo penal**, 2017, I. 165.

<sup>586</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 110.

sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Tal dispositivo busca uma ampliação da noção do contraditório que, se serve ao processo civil, é vital à realização de um processo penal cujo bem protegido é a liberdade, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Como aponta Nereu José Giacomolli, partindo da premissa de que a restrição injustificada de direitos e liberdades beira à arbitrariedade, não haverá juiz ou tribunal imparcial sem a devida fundamentação da decisão.<sup>587</sup> E complementa Schroeder, que o dever de motivação das decisões que restrinjam a liberdade [o que na execução penal resta presente em praticamente toda decisão] é corolário da própria humanização do processo, enquanto reconhecimento, no processo, dos valores humanos fundamentais, abstraindo-se da gravidade da conduta praticada pelo réu/apenado.<sup>588</sup> Destarte, a fundamentação da decisão, considerando todos os argumentos trazidos pelas partes, decorre da ampliação da noção de contraditório e do próprio respeito aos direitos fundamentais, que garante um juízo imparcial, equidistante e garantidor do devido processo legal, retomando a visão acusatória do processo.

Ciente da essencialidade da fundamentação da decisão, a CF/88 prevê em seu art. 93, IX que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Mas o que significa afirmar que uma decisão se encontra fundamentada? Giacomolli explica que fundamentar consiste em estabelecer uma explicação ou justificação racional para que se faça compreender a razão e a motivação (fática e jurídica) do convencimento do julgador e da escolha do objeto decidido.<sup>589</sup> Assim, a motivação repousa na seleção dentro da complexidade existente das causas ou condições que dirigem ao objeto da decisão, enquanto a fundamentação representa a justificativa ou explicação lógica para tal opção; “a motivação orienta o raciocínio, mas a fundamentação submete-se à exteriorização racional, à explicação racional”.<sup>590</sup>

---

<sup>587</sup>GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 248.

<sup>588</sup>SCHROEDER, *Regressão de regime*, 2007, p. 489.

<sup>589</sup>GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 249.

<sup>590</sup>GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 249.

Portanto, a exigência constitucional do art. 93, IX é de uma decisão fundamentada, ou seja, que o magistrado explique, externamente, de forma lógica, de acordo com o sistema jurídico, refutando ou consentindo com os argumentos expostos pelas partes, explicando racionalmente a aplicação ou não de tais alegações ao objeto da decisão, ou dando às partes a oportunidade de manifestarem-se sobre argumentos trazidos à baila pelo próprio julgador, para que elas possam de alguma forma debater, contradizer ou aquiescer, servindo o processo como *locus argumentativo*.<sup>591</sup>

Afinal, como aponta Luhmann, “[...] não se deve contestar que um processo jurídico possa trazer à razão os que laboram em erro, ou possa torna-los conscientes do direito e dispostos a um acordo.”<sup>592</sup> Essa visão do processo como contenção da litigiosidade, defendida por Madureira<sup>593</sup>, dá consistência ao sistema jurídico e de justiça, na medida em que o processo cumpre o seu papel de caminho construtivo de uma decisão judicial que valide o sistema jurídico. Convencidas as partes, através do debate de todos os argumentos trazidos, há um fortalecimento da consistência da decisão prolatada, e, por conseguinte, uma edificação de um sistema jurídico coerente.

Na medida em que a observação do direito é na verdade uma observação de textos, há possibilidade da formação de diversas interpretações, e conseqüentemente, argumentos, que precisam estar consistentes com o direito vigente.<sup>594</sup> E considerando que pela teoria dos sistemas de Luhmann, “a norma só vem a ser criada com sua aplicação, ou, em todo caso, somente quando é carregada de um sentido que pode ser identificado”<sup>595</sup>, é impreterível o enfrentamento de todos os argumentos apontados pelas partes, para que se possa fixar, de uma vez por todas, o sentido existente nos textos jurídicos, e criar a norma jurídica, cumprindo o direito a sua função, qual seja, estabilizar as expectativas.

À vista disso, a fundamentação da decisão é instrumento pelo qual o julgador evidencia que não está decidindo de forma arbitrária ou discricionária, de acordo com

---

<sup>591</sup>GIACOMOLLI, Nereu José. A prisão preventiva em face da Lei nº 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas** À luz da Lei 13964/2019. Florianópolis: Emais, p. 235-250, 2020, p. 238.

<sup>592</sup>LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 94.

<sup>593</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017.

<sup>594</sup>LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5921-5924.

<sup>595</sup>LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6456-6457.



o “seu sentir”, mas embasado em um sistema jurídico real através do acolhimento ou denegação racional de argumentos fáticos e jurídicos.<sup>596</sup> Afinal, como indaga Schroeder, citando Adauto Suannes, como é possível o Estado exigir que o cidadão aja de forma não arbitrária, se ele mesmo, através do juiz, atua arbitrariamente?<sup>597</sup>

Ante o exposto, dentro do Estado Democrático de Direito, alheio a qualquer arbitrariedade, é mister o dever de fundamentação da decisão judicial como consectário do contraditório substancial e como legitimação da jurisdição. A decisão sem motivação é própria dos imperadores romanos que decidiam com o polegar, incompatível com o regime democrático, que exige uma decisão autenticamente fundamentada, sem dribles retóricos ou falácias.<sup>598</sup> Ao dizer que o contraditório consiste na garantia de influência na decisão, há, de outra parte, o dever do debate pelo julgador, pois do contrário não será possível aferir se a influência foi efetiva.<sup>599</sup>

O CPP, elenca em seu art. 315, §2º, os ditos vícios de fundamentação que tornam nulos os atos judiciais.<sup>600</sup> Primeiramente, opina-se que o ideal seria apontar o “como fazer”, ou seja, quando considerar uma decisão bem fundamentada, ao revés de apontar erros de fundamentação, que apesar de comuns, não englobam toda a complexidade da realidade dos defeitos na fundamentação. Entretanto, avança em muito o legislador ao elencar hipóteses, que na prática são costumeiramente encontradas, de falhas que podem levar à nulidade das decisões por ausência de fundamentação.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero, por sua vez, estabelecem que:

---

<sup>596</sup>GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 250.

<sup>597</sup>SUANNES, Adauto *apud* SCHROEDER, Regressão de regime, 2007, p. 489.

<sup>598</sup>LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020, p. 57.

<sup>599</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** (livro eletrônico). 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, l. 891.

<sup>600</sup> Art. 315 [...] §2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689** (Código de processo penal). 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 06 mar. 2022).

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta.<sup>601</sup>

Observa-se que, primeiramente o juiz deve fixar quais normas se aplicam ao caso, passando ao cotejamento da situação fática amoldando-a à sistemática jurídica, para depois passar à análise racional da escolha e à justificativa da mesma como a opção mais justa.

Para Madureira, ao analisar o art. 489, §1º do CPC, porém totalmente aplicável ao art. 315, §2º por se tratar de transcrição *ipsis litteris*, os vícios de fundamentação elencados se agrupam em: 1) vícios decorrentes da inobservância dos pressupostos mínimos à veiculação do discurso jurídico, pois não explicitam as razões pelas quais os enunciados escolhidos são hábeis a resolver a questão jurídica (incisos I, II e III do §2º do art. 315, CPP); 2) vícios por ausência de enfrentamento das razões deduzidas pelas partes, eis que afronta a noção ampliada do contraditório, bem como impede a possibilidade de atacar a aludida decisão ou de gozar do direito de recorrer (incisos IV do §2º do art. 315, CPP); e 3) vícios pela aplicação inadequada da teoria dos precedentes, que apesar de a Lei nº 13.964/2019 não ter reproduzido o art. 927 do CPP, encontra-se tacitamente incorporado ante a previsão dos incisos V e VI do §2º do art. 315, CPP, devendo o julgador identificar a *ratio decidendi* do precedente ao utilizá-lo como fundamento cotejando tratar-se de caso com as mesmas circunstâncias de fato e de direito, ou realizando o *distinguishing* (na hipótese de distinção entre os casos concreto e paradigma) ou o *overruling* (hipótese de superação da tese do precedente).<sup>602</sup>

Cumprе salientar que, inobstante a localização topológica para tratar da prisão preventiva e das cautelares, o art. 315, §2º, como consta de seu *caput*, é critério de análise de qualquer ato judicial, seja decisão, sentença ou acórdão, devendo ser aplicada tanto no processo de conhecimento, como no processo de execução penal. Desta forma, como aponta Giacomolli:

---

<sup>601</sup>SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de direito constitucional** (livro eletrônico), 2018, I. 891.

<sup>602</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 177-184.

Reproduzir os termos da lei (prisão para garantir a aplicação da lei penal, v. g.), copiar e colar o parecer do MP, o relatório da autoridade policial ou as razões defensivas, não é motivar e nem fundamentar a decisão, na medida em que nessas situações não ocorre uma justificação própria, mas mero impulso *per relationem*.

O ponto nevrálgico da reprodução programática inquisitiva na execução penal reside na denominada motivação *per relationem*, defendida pelos Tribunais Superiores, que insistem em afirmar que não há vício em tais decisões quando proferidas nos processos de execução penal, havendo compatibilidade da técnica de apenas referendar o parecer de uma das partes, adotando-as como razão de decidir.

Na prática de execução penal do autor<sup>603</sup>, é comum observar a edição de decisões de vários juízes de execução penal que apenas deferem ou indeferem apondo o termo “adoto o parecer de fls. como razão de decidir” sem justificar os critérios de escolha pelo magistrado que indiquem ser a escolha racionalmente correta. Ocorre que tal técnica goza de vício por ausência de enfrentamento das razões apresentadas pelas partes, eis que analisa apenas um dos lados do discurso, não debatendo os motivos pelo não acolhimento das razões da outra parte, violando a regra do contraditório substancial e não externando a capacidade de influência dos argumentos na decisão prolatada.

A decisão que aplica a técnica da motivação *per relationem* pode até ser considerada motivada, pois expôs as bases fáticas/jurídicas, os motivos do convencimento, mas não fundamentada, pois não se infere qualquer justificativa racional que possibilite o entendimento e a compreensão pela outra parte dos porquês, jurídicos, da escolha de um argumento em detrimento de outro. Uma decisão apenas motivada, não fundamentada, não atende à exigência constitucional do art. 93, IX.<sup>604</sup> Não basta simplesmente declarar conhecimento sobre o conteúdo do caso ou emitir ato de escolha volitiva, devendo demonstrar por argumentos fáticos e jurídicos a razão para decidir (*ratio decidendi*).<sup>605</sup>

A despeito da flagrante violação do princípio do contraditório, o STJ e o STF insistem em afirmar que a técnica de motivação *per relationem* dota de legitimidade

---

<sup>603</sup>O autor é servidor público efetivo, ocupando o cargo de Analista Judiciário – Execução Penal, desde 11/01/2012, lotado na 2ª Vara Criminal do juízo de Viana – Comarca da Capital, privativa de processos de execuções penais.

<sup>604</sup>GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 249.

<sup>605</sup>GIACOMOLLI, A prisão preventiva em face da Lei nº 13.964/2019, 2020, p. 245.

jurídico-constitucional.<sup>606</sup> Há sim um incômodo por parte dos julgadores que insistem em adotar “atalhos” à realização da função jurisdicional ou métodos que facilitem a tão assoberbada tarefa de julgamento.

Como aponta Madureira, a técnica de fundamentação exigida pelo CPC foi criticada por associações de magistrados que interpelaram pelo veto aos dispositivos pela Presidente da República sob a alegação que tais dispositivos ampliariam o congestionamento da justiça. Entretanto, tais discursos vão de encontro à expectativa contida na norma do CPC [replicada no art. 315, §2º do CPP] de contenção da litigiosidade, na medida em que, quanto menos justificativas à decisão, mais injustiçada se sentirá a parte, que interporá mais recursos, elevando as demandas e o trabalho dos tribunais.<sup>607</sup>

Como resumem Lopes Jr. e Rosa, “será preciso que os magistrados tenham coragem de rever o modo cômodo de produção de decisões, com o enfrentamento de todos os argumentos e a explicação dos significantes invocados”.<sup>608</sup> Ademais, a ausência de fundamentação mina o sistema jurídico, ao passo que a decisão judicial, ao validar os programas e o código do sistema jurídico, remodela as expectativas congruentes presentes na norma jurídica, de forma a substituir a incerteza presente, por uma certeza trazida com a decisão judicial ao fim de um processo que legitima o próprio sistema. Se não se pode dar ao trabalho de explicar os motivos da formação dessa certeza, será que podemos falar de processo?

Um processo judicial que adote o modelo acusatório, consistente, principalmente, na separação das funções, cuja função seja garantir a imparcialidade do julgador, deve: primeiramente dotar de natureza jurisdicional, pois se não há atividade de julgar para produção de uma decisão jurídica, não se pode falar em julgamento imparcial ou em divisão de funções, ou se o magistrado transfere o seu

---

<sup>606</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 124464**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 13 mar. 2020, Processo Eletrônico DJe-082. Divulgado em: 02 abr. 2020. Publicado em: 03 abr. 2020; Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752386407>. Acesso em: 06 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 367.843/RS**. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07 fev. 2017, DJe 15 fev. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602185962&dt\\_publicacao=15/02/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602185962&dt_publicacao=15/02/2017). Acesso em: 06 mar. 2022;.

<sup>607</sup>MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p.114-116.

<sup>608</sup>LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020, p. 55.

papel à atividade administrativa (princípio da jurisdição); deve ser acusatório, no sentido de somente iniciar-se por atividade do órgão acusatório, não podendo o juízo atuar de ofício, seja para encetar a ação, seja para correr atrás de um material probatório (princípio acusatório); material probatório que deverá ser trazido ao processo judicial pela parte acusadora, permanecendo o estado de inocência enquanto não decidido (princípio do ônus da prova e da presunção de inocência); e que a esse material probatório seja oportunizado acesso, meios de contradizê-lo, de produzir novas provas em contraponto, e que as decisões explanem detalhadamente o motivo pelo qual selecionaram um argumento em detrimento do outro (princípio do contraditório).

Buscou-se assim demonstrar que as decisões dos tribunais superiores rejeitam a adoção do programa acusatório na execução penal, na medida em que proferem decisões que criam/validam o direito, servindo de argumentos para a prolação de novas decisões, especialmente nos juízos de execução em 1º grau, gerando uma reprodução circular inquisitiva. Haveria formas de sair desse ciclo inquisitório?

## CAPÍTULO 4 - O HORIZONTE ACUSATÓRIO E A EXECUÇÃO PENAL CONSTITUCIONAL

*“Com relação aos horizontes de tempo passado/ futuro, é possível se comportar de maneira seletiva, já que os horizontes não são necessariamente atuais, e com essa seletividade pode-se construir uma alternativa que, de sua parte, permite apreender a situação como situação de decisão. Uma decisão só pode ser levada a cabo quando se a temporaliza dessa maneira. No mais, cabe ao livre arbítrio experimentar o presente do mundo como ele se mostra.”*

*(Niklas Luhmann, O direito da sociedade)*

### 4.1. A EVOLUÇÃO SISTÊMICA E A ADOÇÃO DO PROCESSO ACUSATÓRIO

Demonstrada a reprodução do programa inquisitivo na execução penal, que se mantém em movimento circular pelas decisões vinculantes dos Tribunais Superiores, deve-se questionar se há um caminho para sair da circularidade inquisitiva em busca da adoção de processo de execução penal acusatório?

O presente capítulo tem por objetivo identificar dentro da teoria dos sistemas, qual o caminho, se possível for, para alcançar a reprodução do programa acusatório no processo de execução penal. Para tanto, analisar-se-á como a teoria dos sistemas explica a evolução do sistema jurídico, perpassando por uma análise do papel da Constituição Federal nessa jornada, para apresentar o cenário, hodiernamente ideal, de um devido processo de execução penal, utilizando como parâmetros os itens apresentados no capítulo anterior.

O conceito de positividade do direito, e, por conseguinte, de autopoiese jurídica é construído pelo binômio decidibilidade-alterabilidade, eis que posto regularmente e alterável por uma decisão, cujo significado normativo será dado pelo próprio sistema do direito, falando assim em fechamento operacional e abertura cognitiva.<sup>609</sup> É na sua abertura cognitiva que o sistema jurídico se modifica e evolui.

Cumprе salientar que a abertura cognitiva não significa uma aceitação/utilização descriteriosa dos elementos ambientais ou de uma influência direta do ambiente, sob pena de quebraimento dos limites erigidos pela diferenciação sistema/ambiente. Como as operações só ocorrem no interior do sistema (fechamento operacional), o próprio sistema observa o meio, como uma atividade interna.<sup>610</sup> Como comenta Neves, “[...] as ‘perturbações’ advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações.”<sup>611</sup> E só haverá evolução quando mantidas a diferença e a adaptação entre sistema e ambiente.<sup>612</sup>

Para Luhmann, evolução só acontece quando “[...] se normaliza o improvável — improvável entendido com certo grau de discrepância em relação a um estado inicial.”<sup>613</sup> Assim, quando uma comunicação divergente é incorporada às estruturas do sistema, fala-se em evolução. Para tanto, Luhmann enumera três condições ou etapas, vinculadas entre si, apoiado pela teoria Darwinista<sup>614</sup>: a variação do elemento, a seleção da estrutura e a estabilização, restabilização ou retenção<sup>615</sup> do sistema.<sup>616</sup>

A variação ocorre quando uma comunicação inesperada se apresenta como uma quebra do padrão reprodutivo até então vigente.<sup>617</sup> Ela diverge das expectativas

---

<sup>609</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 81.

<sup>610</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 103.

<sup>611</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 03.

<sup>612</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3798-3800.

<sup>613</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4562-4563.

<sup>614</sup> Luhmann explica que utiliza a teoria evolutiva de Darwin apenas como referência, não buscando indicar existir qualquer analogia entre as teorias, indicando a sua preferência pois também parte da base teórica da diferença (LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3787-3789).

<sup>615</sup> Na obra analisada (**o direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016) é empregada a palavra *estabilização*. Entretanto, Marcelo Neves (**Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 02) utiliza o signo *restabilização* e Teubner (**O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 104) denomina a última etapa de *retenção*. Como a diferenciação entre as nomenclaturas mencionadas, para o presente trabalho, não se demonstra relevante, utilizar-se-á as três como sinônimos.

<sup>616</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3817-3822

<sup>617</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3819-3820.

estabilizadas e se apresenta como uma inovação ao sistema. Em sendo a comunicação unidade elementar dos sistemas sociais, a variação refere-se aos elementos do sistema e pode ou não ser selecionada pelo nível estrutural. Por isso, a variação, por si só, não implica em evolução, mas sem ela não há mutação do direito.<sup>618</sup>

A variação tem sua origem em comunicações advindas do ambiente que são internalizadas pelo sistema jurídico, capazes de alterar os seus programas condicionais. Portanto, a variação precede o âmbito das expectativas normativas, caracterizando-se pela complexidade comportamental social assimilada pelo direito.<sup>619</sup> O que não impede de que a variação surja das interpretações dadas às expectativas normativas existentes. Por exemplo, no processo legislativo, a variação estará presente na apresentação do projeto legislativo, que passará por um procedimento institucional seletivo até a tomada da decisão de promulgação da lei, onde converter-se-á em expectativa normativa. Essa mesma lei poderá ensejar diversas interpretações e pretensões que serão apresentadas em um processo judicial, que poderá rejeitar ou acolher tais observações.

Afinal, a expectativa normativa escrita ao mesmo tempo em que mantêm fixas as estruturas sistêmicas do direito, também é a razão de contínuas reobservações decorrentes do processo de interpretação e adequação às variabilidades sociais. O sistema jurídico delimita os sujeitos e o caminho para adaptação à evolução social, por meio de seus procedimentos. “Com isso, separam-se as funções evolutivas de variação e de seleção. A variação assume a mutação do direito (o mais das vezes sem êxito, mas por vezes com capacidade de confirmação).[...] A seleção assume a tarefa de definir qual concepção corresponde ao direito.”<sup>620</sup>

Como explica Neves, a seleção é operada por procedimentos, nos quais se discutirá se há ou não variação em face das expectativas já consolidadas.<sup>621</sup> Esses procedimentos culminarão em uma decisão seletiva de aplicação do código binário do direito (lícito ou ilícito) à comunicação variante.<sup>622</sup> A seleção tem por escopo principal

---

<sup>618</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 02 e 06; LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>619</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 99.

<sup>620</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4144-4146.

<sup>621</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 08-09.

<sup>622</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4117.



analisar as comunicações desviantes para convertê-las em expectativas normativas ou refutá-las.<sup>623</sup> Ela opera a consolidação do sentido e a validação do direito: se refuta a variação, a seleção valida a expectativa normativa consolidada enquanto norma jurídica; se a aceita cria uma nova expectativa normativa construindo estruturas capazes de serem utilizadas repetidamente, e desperta o interesse por esses pontos de vista reutilizáveis (novas oportunidades de variação).<sup>624</sup>

Trazendo à prática, analisa-se a exigência do exame criminológico na execução penal. Com a promulgação da LEP, exigia-se a emissão de parecer de Comissão Técnica de Classificação e realização do exame criminológico para a progressão de regime. A complexidade para a realização de tal exame e a falta de mão de obra qualificada nas unidades prisionais (variação) implicaram em pressões sociais que culminaram na alteração do art. 112, abolindo o exame criminológico, substituindo-o pela comprovação de bom comportamento carcerário (seleção). A pressão social pela manutenção em cárcere de indivíduos de alta periculosidade (nova variação) impulsionou a sedimentação nos Tribunais Superiores da possibilidade de exigência do exame criminológico, se motivado pelo magistrado, resultando na Súmula vinculante nº 26 do STF (nova seleção). Essa nova seleção abre caminhos para novas variações.

Assim, o primeiro passo para a evolução do sistema e a aplicação do programa acusatório na execução penal é a aplicação de comunicação desviante do programa inquisitivo ora em reprodução. Essa comunicação deverá revelar algum elemento característico do programa acusatório, como o respeito aos princípios da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, da separação das funções e da presunção de inocência, reforçando a necessidade de uma atuação judicial imparcial. Um exemplo hipotético de variação seria a edição de um projeto de lei para a alteração do art. 105 da LEP, ou mesmo o ingresso de ação ou de recurso propondo uma nova interpretação, conforme o princípio acusatório encampado pela Constituição, de forma que somente o Ministério Público possa dar início à execução penal, requerendo a expedição da guia de execução, permitindo, em caso de prejuízo ao condenado, que a defesa também solicite o início do processo executivo.

---

<sup>623</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 100.

<sup>624</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4121-4122.

Entretanto, a evolução não pode se dirigir a um fim determinado, sob pena de não se falar de evolução, mas de evolucionismo.<sup>625</sup> Como explica Teubner, são evolucionistas os conceitos que de alguma forma confirmam alguma direção aos processos de mudança, vinculando-os às ideias de progresso, causalidade, universalidade etc. A teoria da evolução se concentra nos mecanismos evolutivos de desenvolvimento, como os instrumentos de filtragem e seleção e os métodos de aprendizagem por tentativa e erro.<sup>626</sup>

A evolução deve ser vista mais “[...] como resultado de eventos incontroláveis.”<sup>627</sup> Com isso, mesmo que exista certa causalidade no proferimento da comunicação, em um sistema altamente complexo existem inúmeras explicações para um mesmo evento, não se podendo controlar os motivos para a construção/reconstrução da estrutura. A seleção a ser operada pelo observador é que definirá as causas e os efeitos da explicação adotada.<sup>628</sup> Por isso que Luhmann afirma que a variação somente pode ser vista *a posteriori*, de maneira retrospectiva.<sup>629</sup>

A relação causa/efeito entre variação e seleção é construída dentro do sistema. O ambiente não consegue garantir um resultado esperado pairando sobre a incerteza do que acontecerá. De igual forma, ao realizar a seleção, o sistema também é contingente com relação à decisão tomada.<sup>630</sup> Nos dizeres de Gonçalves e Boas Filho, “[...] o sistema jurídico evolui às cegas, sem nenhum projeto ou planificação, mas conforme a incerteza em relação à consistência e à adequação de suas seleções.”<sup>631</sup> Para reduzir a complexidade inicial procede-se a seleção da variação, que amplia a contingência sobre a seleção, que gera mais complexidade, formando-se um círculo evolutivo.<sup>632</sup>

O que alivia essa incerteza da decisão é a institucionalização que cria um “consenso” em torno da expectativa criada, revelando uma capacidade de resistência. Esse “consenso” é construído por meio de procedimentos que permitem à alguns decidirem por todos, através de argumentos especificamente jurídicos que justificam

---

<sup>625</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 05.

<sup>626</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoiético**, 1989, p. 98.

<sup>627</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 98.

<sup>628</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 98.

<sup>629</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4063-4066.

<sup>630</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 99.

<sup>631</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 99.

<sup>632</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 99.

a escolha, dando maior clareza ao processo de seleção.<sup>633</sup> Todavia, os procedimentos jurídicos, por si só, não transformam o direito, mas alteram pontualmente as estruturas em debate. Para a evolução do direito, faz-se necessária a constante diferenciação entre seleção e variação.

Nesse sentido, os tribunais assumem um papel crucial na evolução do direito, pois atuam em um nível que se permite confirmar ou refutar as expectativas normativas, guiando a prática jurídica para adoção de regras iguais a casos iguais. A justiça assume a concepção normativa de igualdade. “Os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro.”<sup>634</sup> Ao selecionarem criam regras de decisão (sejam de interpretação ou de abstração do caso) às quais o próprio Tribunal se vê obrigado a se vincular no futuro.<sup>635</sup> Diferenciam-se as funções dos Tribunais de julgar o caso concreto resolvendo o litígio (voltada para o passado) e de expandir a oferta de programas jurídicos à sociedade (voltada para o futuro).<sup>636</sup>

Observado o papel das Cortes Superiores brasileiras estampado nos art. 102 e 105 da CF, extraem-se as funções específicas desses tribunais, tanto na resolução dos litígios excepcionais a elas apresentados, quando na atribuição de uniformizar o direito. Aos Tribunais cabe a missão de controlar a consistência das decisões judiciais.<sup>637</sup> A evolução do direito à aplicação de um programa acusatório depende, destarte, da adoção das regras de decisão características do referido programa, de forma a irradiar a cultura acusatória à sociedade.

Entretanto, ao analisar-se, a título de exemplo, a Lei 13.964/2019, que reconheceu a estrutura acusatória ao processo penal (art.3º-A) e implantou a figura do juiz de garantias (art. 3º-B) entre outros mecanismos para dar efetividade ao programa acusatório ao processo penal, talvez possa-se concordar com Raphael Boldt de Carvalho de que o programa acusatório seja uma ilusão.<sup>638</sup> Um dia antes de

---

<sup>633</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016.

<sup>634</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 5181-5182

<sup>635</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 5181-5186.

<sup>636</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 5194-5198

<sup>637</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 5198.

<sup>638</sup> CARVALHO, R. B. de, **Processo penal e catástrofe**, 2017.

a lei entrar em vigor, o STF, por decisão liminar do Min. Luiz Fux, suspendeu, por prazo indeterminado, alterações realizadas que optavam pelo programa acusatório.<sup>639</sup>

A busca incessante por um processo de cunho acusatório encontra obstáculo na mentalidade inquisitória que permeia tanto o judiciário quanto a doutrina.<sup>640</sup> Essa cultura jurídica, ao revalidar o programa inquisitivo, e rechaçar o programa acusatório, aproveita-se do mote por um processo democrático e acusatório para reforçar a unidade sistêmica em torno do programa inquisitivo. Como afirma Raphael Boldt de Carvalho:

[...] ao que parece, o sistema acusatório trata-se de uma ilusão, produto de um discurso que, sob a justificativa de limitar o poder punitivo e racionalizar a aplicação da lei penal, contribui para a permanência da teologia processual penal da modernidade, cujos pressupostos reafirmam as linhas gerais da epistemologia inquisitiva.<sup>641</sup>

Quanto mais interesses por um programa acusatório se apresentam como variações às estruturas inquisitivas presentes no processo penal e na execução penal, e são refutadas pelas seleções que as validam, mais as estruturas inquisitivas se robustecem e se legitimam, o que torna mais trabalhosa a evolução a um direito acusatório democrático. Mas isso não significa que as estruturas não possam mudar e o que o sistema não tenha capacidade de aprendizagem.<sup>642</sup>

Entretanto, tal mudança deve ocorrer no interior do próprio sistema. Como explica Teubner, “[...] a evolução pode ser ‘estimulada’ mas jamais ‘causada’ directamente a partir do exterior, prosseguindo daí em diante uma lógica interna e própria de desenvolvimento – a lógica da autopoiesis.”<sup>643</sup> O direito deve construir uma dogmática forte, resistente, que forme conceitos indiscutíveis, cujos argumentos jurídicos sejam selecionados pelos Tribunais como as melhores opções aos casos

---

<sup>639</sup> A decisão liminar suspendeu: 1) a estrutura acusatória e a implantação do juiz de garantias (art. 3º-A a 3º-F); 2) a necessidade de alteração do magistrado contaminado por prova ilícita (157, §5º); 3) a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial, que exclui o magistrado do procedimento (28, caput); e 4) o relaxamento obrigatório da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.300 Distrito Federal**. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 22 jan. 2020, Processo Eletrônico DJe-019. Divulgado em: 03 fev. 2020. Publicado em: 06 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138713&ext=.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>640</sup> LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020.

<sup>641</sup> CARVALHO, R. B. de, **Processo penal e catástrofe**, 2017, p. 63.

<sup>642</sup> BARALDI; CORSI; ESPOSITO, **Unlocking Luhmann**, 2021, P. 228.

<sup>643</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 116.

apresentados. Com a redundância de decisões, cria-se uma seleção contínua capaz de formar estruturas.

A última etapa do modelo Luhmanniano de evolução dos sistemas sociais reside justamente na estabilização (ou restabilização ou retenção) dessas estruturas produzidas. Possibilita-se, assim, a estabilidade dinâmica da reprodução autopoietica da estrutura alterada.<sup>644</sup> A estabilização representa a adequação das novas estruturas às já existentes, trazendo unidade ao sistema.<sup>645</sup> Como explica Neves, “[...] as estruturas inovadoras só terão capacidade de resistência se forem incorporadas como parte de uma unidade de reprodução auto-referencial de comunicações, seja esta a sociedade como um todo ou os seus sistemas parciais.”<sup>646</sup>

Portanto, mesmo que a seleção alcançada pelos procedimentos jurídicos abracem as variações apresentadas, transformando-as em estruturas (expectativas normativas) que servirão de base argumentativa para futuras decisões, perdura a dúvida se tal seleção influenciará a dogmática jurídica ou se dotará de uma “volatilidade” jurídica, podendo a qualquer momento ser modificada.<sup>647</sup> Luhmann confere à dogmática jurídica a função evolutiva de estabilização da variação selecionada. “A dogmática garante que o sistema jurídico conserve a si mesmo como sistema em sua própria alteração.”<sup>648</sup>

À medida que a dogmática jurídica constrói conceitos jurídicos e regras argumentativas, fornece ao direito consistência, pois possibilita a identificação de construções impossíveis ao direito.<sup>649</sup> Como a evolução do direito apoia-se na interpretação, o estabelecimento de consensos dogmáticos em torno das compreensões das normas, atrelados às fundamentações das decisões jurídicas, dão estabilidade às novas estruturas. “Trata-se da produção de uma semântica interna e autogerada.”<sup>650</sup>

Novamente, aqui, o desafio para a evolução a um programa acusatório encontra barreiras. A um, porque, como demonstrado no capítulo 02, a doutrina

---

<sup>644</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3821-3822

<sup>645</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 07.

<sup>646</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 07.

<sup>647</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4326-4330

<sup>648</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4338

<sup>649</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4346-4349

<sup>650</sup> GONÇALVES; BÔAS FILHO, **Teoria dos sistemas sociais**, 2013, p. 100.

sequer possui um consenso acerca das características de um programa ou outro; a dois, porque, como afirmam Silveira e Camargo, permeia na doutrina brasileira uma cultura jurídica autoritária, comumente denominada “mentalidade inquisitória”, capitaneada pela escola paulista de processo, que sempre defendeu o programa tido como “misto”, oriundo do Código Processual Penal Napoleônico, não rebatendo as incompatibilidades dos poderes instrutórios do juiz com o processo constitucional democrático, utilizando de discursos técnicos e neutros que reprimavam os fundamentos tecnicista-fascista.<sup>651</sup>

A possibilidade de evolução ao programa acusatório na execução penal é ainda mais intrincada, pois há um déficit de saber técnico-dogmático.<sup>652</sup> Como afirma Salo de Carvalho:

Se o operador do direito, narcotizado pelo discurso defensivista, exigiu o máximo da legalidade até a sentença condenatória, neste momento crucial se cala, esquece o direito positivo como se acometido de terrível amnésia técnica. E, assim, por ignorância, ingenuidade ou má-fé, torna-se (co)responsável pelo genocídio em massa produzido nas instituições carcerárias; transforma-se em agente legitimante e (re)produtor da selvageria gótica que assola a execução da pena privativa de liberdade, principalmente aquela cumprida em regime fechado.<sup>653</sup>

Desta forma, a evolução ao programa acusatório dependerá ainda da formação de uma dogmática forte, capaz de resistir a uma mentalidade inquisitória ainda presente, e que, muito mais na fase executiva, abraça uma cultura punitiva, deixando o apenado à mercê do poder estatal.

Em suma, para a evolução do direito para a adoção de um programa acusatório se fazem necessários: 1) a variação de comportamentos que representem a adoção das características do programa acusatório; 2) a seleção dessas variações pelos procedimentos jurídicos, especialmente, pelo processo judicial perante os Tribunais, de forma a criar uma estrutura acusatória a ser aplicada em decisões futuras; 3) a restabilização do sistema através da criação de uma dogmática que dê consistência à estrutura acusatória criada criando argumentos e conceitos jurídicos que darão duração e capacidade de resistência às possíveis variações inquisitórias.

---

<sup>651</sup> SILVEIRA; CAMARGO, Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades, 2020, p. 19.

<sup>652</sup> CARVALHO, S., **Penas e garantias**, 2008, p. XXVI.

<sup>653</sup> CARVALHO, S., **Penas e garantias**, 2008, p. XXV.

Teubner ainda acrescenta ao conceito luhmanniano de evolução, dois elementos essenciais à teoria evolutiva: a conciliação entre desenvolvimento ontogênico e filogênico e a coevolução.<sup>654</sup> Teubner, se utilizando dos conceitos biológicos de ontogenia e filogenia<sup>655</sup>, estabelece que deve haver uma interrelação entre o processo jurídico do caso concreto e o sistema jurídico como um todo.

Deve haver um complexo mecanismo que permita que a variação e seleção do processo jurídico ingresse no sistema jurídico como criação de uma “memória” capaz de reter a expectativa normativa criada, atrelada à doutrina jurídica. O processo jurídico representa assim o aprendizado ontogenético e a formação da cultura jurídica, o desenvolvimento filogenético. Esses se interrelacionam em uma interação de dois ciclos comunicativos, o ciclo do processo que onde ingressam as variações que são selecionadas pelas decisões jurídicas; o ciclo da cultura e da dogmática jurídica responsável pela retenção.<sup>656</sup>

A última condição trazida por Teubner é a co-evolução. Acrescenta o autor que, “no contexto de processos de co-evolução, a selecção das mudanças e inovações no direito não é apenas imputável à autopoiesis do próprio sistema jurídico, mas também, ainda que de modo bastante mais indirecto, à autopoiesis doutros subsistemas sociais e da própria sociedade.”<sup>657</sup> A coevolução representa a evolução de um ou mais subsistemas pela mesma natureza variativa produzindo uma influência recíproca indireta.

Como explica Teubner, variações que ocorram em vários subsistemas (político e jurídico, por exemplo) podem interagir a ponto de criarem pressões seletivas evolutivas recíprocas. Essa covariação, pode levar a processos de co-selecção, formando-se estruturas próprias dos sistemas autopoieticos pressionados. Essas

---

<sup>654</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 104.

<sup>655</sup> A ontogênese ou ontogenia refere-se ao desenvolvimento de um indivíduo desde a sua fase embrionária até a fase adulta, enquanto a filogênese ou filogenia diz respeito à história evolutiva de uma espécie ou de um grupo biológico. (ONTOGENIA e FILOGENIA. In: **MICHAELIS**, Dicionário Online de Português. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ontogenia/>> e <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/filogenia/>>. Acesso em: 06 mar. 2022).

<sup>656</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 120-122.

<sup>657</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 123.

expectativas formadas, se compatíveis com as várias culturas, podem resultar, a longo prazo, na influência recíproca dos vários subsistemas.<sup>658</sup>

A partir do momento em que o Estado sequestra o conflito, como forma de impedir uma reação violenta para além do delito, “[...] a evolução do direito depende da evolução de um sistema político, que se dá em paralelo, já que com uma espécie de expropriação primária o sistema político subtrai à sociedade a disposição do poder de violência física e, sobre essa base, consolida seu próprio poder.”<sup>659</sup> Isso resvala no conceito de Estado de Direito, visto ao mesmo tempo como instituição jurídica e política, e no papel da Constituição Federal, tida por acoplamento estrutural entre esses dois subsistemas.

#### 4.2. A IRRITAÇÃO POLÍTICA, O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO E O PROGRAMA ACUSATÓRIO

Uma vez que o sistema jurídico se encontra imerso em um ambiente social é natural (e até necessário à sua reprodução autopoietica) que ele sofra irritações dos demais sistemas. Como descreve Campilongo, citando uma representação explicativa didática de Luhmann, a sociedade é vista como um grande jogo de sinuca, onde cada sistema funcional diferenciado é visto como uma bola de bilhar única, não se confundindo com as outras, o que demonstra o seu fechamento operacional. Mas como o encerramento operativo não significa isolamento, o jogo de sinuca só tem sentido se existirem mais bolas, e se elas se chocarem, se irritarem. Os sistemas jurídico e político representam cada um uma bola de uma cor específica, mas que reciprocamente se prestam, gerando uma dependência mútua.<sup>660</sup>

A própria evolução da sociedade culminou na interdependência entre direito e política, ao qual se resumiu ao instituto do “Estado de direito”.<sup>661</sup> O Estado de direito se caracteriza como “[...] espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de

---

<sup>658</sup> TEUBNER, **O direito como sistema autopoietico**, 1989, p. 124-125.

<sup>659</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4445-4448.

<sup>660</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

<sup>661</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6614-6615.



comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito.”<sup>662</sup> Isso reflete em uma heterobservação bilateral realizada de forma permanente e contínua<sup>663</sup>. As decisões seletivas realizadas pelo sistema jurídico impactam nas variações e motivações políticas, bem como a comunicação política implicará em incremento jurídico.

O sistema jurídico, de um lado, tem a função de garantir expectativas normativas, e o sistema político, de outro lado, deve tomar decisões coletivas vinculantes. Para vincular a todos à decisão política, a lei se mostra como um excelente instrumento para atendimento dos interesses políticos. Já o direito, ao estabilizar as expectativas, normatiza procedimentos essenciais ao sistema político (eleições e procedimento parlamentar), além de regular os partidos políticos e a responsabilização jurídica dos agentes políticos.<sup>664</sup>

Desta forma, a política tem o condão de modificar o direito, já que introduz material normativo no sistema jurídico. Como aponta Luhmann, “suscitar uma modificação jurídica é fazer política.”<sup>665</sup> Tal alteração é legitimada pelo próprio direito que legaliza a atividade parlamentar. A política vê no direito um forte de instrumento de realização de seus fins.<sup>666</sup> No direito penal e processual penal, os interesses políticos e as ideologias vigentes ou dos detentores do poder são percebidos mais “à flor da pele” que nas demais searas jurídicas.<sup>667</sup> Constantemente vê-se projetos de lei que visam de alguma forma endurecer o tratamento criminal dispensado aos cidadãos, sob o argumento de defender o direito à segurança.

Acrescenta-se que tais projetos são debatidos em instituições representativas que possuem todo tipo de interesse político, muitas das vezes conflitantes. O resultado se revela em uma mixórdia ideológica, fruto do conflito político de concessões e pretensões. Vide, por exemplo, a Lei nº 13.964/2019, cujo epíteto “Lei anticrime” revela as suas finalidades primevas, mas trouxe a normatização da estrutura acusatória, com a inclusão do juiz de garantias, dentre outras expectativas de cunho garantista.

---

<sup>662</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 91.

<sup>663</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 91.

<sup>664</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 92.

<sup>665</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 6642-6645 e 6786-6787.

<sup>666</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 7685-7686.

<sup>667</sup> MAIER, **Derecho procesal penal**, 1999, p. 260.

Diante de tais incongruências, o sistema jurídico é chamado a decidir, sempre de acordo com o seu código interno, com o objetivo de reduzir a complexidade criada. A novel legislação, criada para atender a fins políticos, ensejará a variação evolutiva do direito, e a possível seleção/rejeição pela decisão judicial. Como afirma Neves, em referência a Luhmann, “[...] a legislação, em princípio orientada politicamente com respeito a fins, apresenta-se como mecanismo mediante o qual se manifesta a capacidade de aprendizado do sistema jurídico.”<sup>668</sup>

O problema é que a excessiva atividade legiferante produz no sistema jurídico um acréscimo de complexidade que leva a “[...] uma inevitável incoerência, inconsistência e sobreposição normativa.”<sup>669</sup> O direito, que é obrigado a decidir, se vê imerso em um “mar” de questões de difícil solução. A política sobrecarrega o direito, aumentando a discricionariedade judicial diante da lei. Outra consequência dessa exorbitância reside no acréscimo de orientações dogmáticas e judiciais voltadas às consequências das decisões.<sup>670</sup>

A existência de um arcabouço normativo diversificado que caminha por ambos os programas processuais penais permite que o magistrado da execução penal (e os tribunais superiores) escolha a medida que cause menor contingência sob a ótica da opinião pública. Como afirma Luhmann:

[...] tudo isso não faz mais do que confirmar o que de um modo ou de outro se vê: que o sistema jurídico da atualidade produz uma maioria de autodescrições e suscita, assim, problemas de inconsistência, em relação aos quais já não se podem acordar as diferentes correntes.<sup>671</sup>

Com isso, as decisões jurídicas que se justificam pelas suas consequências não superam os problemas a elas atribuídos, reduzindo-se a análise de aspectos jurídico-dogmáticos, substituindo-os por uma paradigma que nada diz, vinculados a argumentos flexíveis, inexpressivos ou que se vinculam à ponderação de interesses e valores.<sup>672</sup> Onde não há limitação, a tudo se permite. Campilongo explica que:

Surgem aqui, com toda força, espaços para a discricionariedade do Judiciário e o desenvolvimento de todas as perversões que uma “politização” da magistratura comporta: decisões *contra legem*, violações de direitos

---

<sup>668</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 94.

<sup>669</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão**, 2011, p. 92.

<sup>670</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão**, 2011, p. 91-92.

<sup>671</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8692-8694.

<sup>672</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8686-8690.

individuais e indefinição dos limites do sistema político. Numa palavra: arbitrio.<sup>673</sup>

Ademais, os argumentos vinculados ao futuro, assente nas possíveis consequências da decisão, transformam os programas do sistema jurídico em programas finalísticos, voltados aos resultados/produções da decisão. Entretanto, como afirma Luhmann, “[...] os programas do sistema jurídico são sempre *programas condicionais*.”<sup>674</sup> Eles dependem da fórmula dedutiva se-então, onde julgará algo como sendo lícito ou ilícito a depender das condições apresentadas. “A orientação pelas consequências das decisões, vista pelo padrão das ciências empíricas, nada mais é do que imaginação com força jurídica.”<sup>675</sup>

A visão dos sistemas jurídico e político como sistemas diferenciados e autopoieticos não se coaduna a utilização do direito como mero instrumento de realização de fins políticos. Apesar de possuírem uma interdependência mútua, cada qual possui a sua função específica, seu código e programas próprios, se reproduzindo de acordo com os seus elementos internos. A relação deve ser de mutualismo e não parasitária.<sup>676</sup>

Se os sistemas são autopoieticos e fechados, como se interrelacionam? Luhmann explica que a resposta a essa pergunta se encontra no conceito de acoplamentos estruturais. Os acoplamentos estruturais são formas distintivas entre o sistema e o ambiente, nas quais, certas características desse são pressupostas por aquele, que confia estruturalmente nisso.<sup>677</sup> Assim, o sistema seleciona apenas essas partes confiáveis se acoplando a ela. O sistema não está acoplado estruturalmente à totalidade do meio, mas apenas à um recorte. Desta forma, não é qualquer irritação ou perturbação do meio capaz de ingressar no sistema e transformar-se em

---

<sup>673</sup> CAMPILONGO, **Política, sistema jurídico e decisão**, 2011, p.45.

<sup>674</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 3065-3066, destaque do original.

<sup>675</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6081-6082.

<sup>676</sup> Mutualismo e parasitismo são expressões da biologia relacionadas a relações simbióticas de relação entre dois organismos vivos. No mutualismo, todos os organismos são beneficiados; já no parasitismo, há nocividade na relação para um dos organismos, que não se desenvolve (SANTOS, Vanessa Sardinha. Simbiose. In: **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/simbiose.htm#:~:text=Simbiose%20%C3%A9%20um%20termo%20que,simbiose%20um%20sin%C3%B4nimo%20de%20mutualismo>. Acesso em: 06 mar. 2022). Aqui, diversamente de Luhmann que utiliza o termo “parasitário” como indicação da possibilidade de crescer graças a uma diferença externa, entende-se que se há benefícios a ambos os sistemas, não se pode falar em parasitismo. (LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6812-6813).

<sup>677</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7031-7047.

estruturas. Apenas aquelas que o sistema, por meio do seu acoplamento estrutural, seletivamente permitir.<sup>678</sup>

O acoplamento estrutural funciona como um filtro, na qual o sistema não permite que o ambiente determine o sistema, mas apenas irrite-o ou perturbe-o. Como afirma Luhmann, “as formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e assim facilitam a influência do ambiente sobre o sistema.”<sup>679</sup> Possuem, portanto, um duplo efeito: incluem as características do meio que pode causar irritação no sistema, excluem as demais características que pode corromper o sistema.<sup>680</sup> E o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico é a Constituição.<sup>681</sup>

Como assevera Neves, “No Estado de Direito, a diferenciação de política e direito realiza-se mediante a Constituição”.<sup>682</sup> É através das Constituições que o sistema jurídico e político alcançam a possibilidade de irritações recíprocas. Aquele, registra as decisões políticas sobre a forma jurídica; esse, se utiliza do Direito para implementar seus objetivos.<sup>683</sup> Cumpre salientar, como faz Luhmann, que Constituição aqui deve ser vista, não como o texto escrito em si, mas sim como a própria figura do Estado, que demanda uma Constituição. É o Estado Constitucional que funciona como acoplamento estrutural. A Constituição que atribui forma e determina o Estado dota de sentido próprio para cada sistema: ao sistema jurídico, funciona como lei fundamental, máxima; ao sistema político, é instrumento político material e simbólico.<sup>684</sup>

Destarte, a Constituição ao mesmo tempo se configura como um “[...] mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos [...]”<sup>685</sup>, e como “[...] mecanismo interno de sua auto-reprodução.”<sup>686</sup> A Constituição é uma lei positiva, que embasa ela própria o direito positivo e determina, a partir daí, como o poder político pode ser organizado e exercido. É um texto autológico. Ela regulamenta a sua própria mutabilidade, determina quem pode

---

<sup>678</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, 2011, p. 131-132.

<sup>679</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7047-7048.

<sup>680</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7090-7092.

<sup>681</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7539-7540.

<sup>682</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 95.

<sup>683</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7549-7552.

<sup>684</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7658-7666.

<sup>685</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 97.

<sup>686</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 99.

controlar e ser controlado, prescreve o que corresponde ao direito ou não, e prevê, no próprio corpo, a sua proclamação enquanto Constituição que simbolicamente representa a vontade do povo.<sup>687</sup>

Para o sistema jurídico, a Constituição serve como barreira à validade de elementos valorativos externos ao sistema do direito, como a moral e a política. Os valores/princípios a serem aplicados pelo sistema jurídico não derivam de um estado natural, mas sim da própria positivação constitucional, que assume um caráter supralegal (hierarquização interna). Enquanto “Norma de Normas”, a Constituição estabelece os limites da capacidade de aprendizado do direito.<sup>688</sup> Desta forma, a Constituição é vital à autopoiese do direito, pois “[...] determina os parâmetros básicos do fechamento normativo e da abertura cognitiva do direito”.<sup>689</sup> Ao mesmo tempo que controla a autorreprodução sistêmica, filtra influências do ambiente.<sup>690</sup>

Para o presente estudo, cumpre destacar o papel fundamental dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Como apontado, os princípios tidos como basilares de um programa acusatório se encontram previstos na Carta Magna, no rol de direitos fundamentais. Como aponta Neves:

[...] a institucionalização dos direitos fundamentais imuniza a sociedade contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade. Apresenta-se sobretudo como um antídoto ao perigo da “politização”, entendida aqui como a sobreposição do código “poder/não poder” aos demais códigos de preferência [...]Essa tendência expansiva e hipertrófica de Leviatã sofre, com os direitos fundamentais, um freio ativo de Têmis.<sup>691</sup>

A escolha pela aplicação do programa acusatório ao processo de execução penal se mostra como seleção necessária à manutenção do fechamento operacional do sistema jurídico, impedindo que o ambiente, especialmente o político, dotado de uma cultura punitivista, sobreponha seus códigos sobre o código lícito/ilícito. Cada vez mais se caminha para a ideia dos direitos fundamentais como um programa geral de valores, que funcionam como diretrizes de decisão tanto do sistema político (como limitadores da atuação) como do sistema jurídico (solução dos conflitos).<sup>692</sup>

---

<sup>687</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 7571-7580.

<sup>688</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 99.

<sup>689</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 101.

<sup>690</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 101.

<sup>691</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 103.

<sup>692</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 7710-7713.

Dessa forma, apesar de reproduzir-se na execução penal, o programa inquisitivo deve ser restringido. Tal restrição é justificada pela manutenção do Estado Democrático de Direito, que se legitima por meio dos procedimentos que garantem a perpetuação do consenso social com o respeito às regras do jogo. Em defesa dessa legitimação, todos os valores ou interesses que busquem minar as regras procedimentais devem ser rechaçadas ou limitadas.<sup>693</sup>

Nesse sentido, concorda-se com Aroca com sua negativa de natureza processual ao programa inquisitivo.<sup>694</sup> Do ponto de vista dogmático não se pode conceber a existência de um processo regido por um juiz parcial, sem a participação das partes ou a divisão estrita dos papéis, que não respeita o contraditório e a ampla defesa, que decide sem observância do ônus probatório e de forma desmotivada. Entretanto, tais “processos” criam, validam e transformam direitos e aplicam, na prática, uma força coativa aos jurisdicionados. O que fazer com esses casos?

Por isso defende-se que a evolução ao programa acusatório depende principalmente dos tribunais e da dogmática jurídica. Como afirma Neves, “[...] a lei, tal como emitida pelo legislador, ainda é apenas um texto que delimita fronteiras variáveis de interpretação normativa. [...] o juiz é quem constrói a norma jurídica geral a partir dos sentidos extraíveis do texto legislativo”.<sup>695</sup> Já a dogmática constrói conceitos necessários à argumentação jurídica das decisões, ou se apresenta como defensora dos conceitos ante influências do ambiente. Ela opera como “[...] uma regra de demarcação ante um raciocinar em busca de fundamento”.<sup>696</sup>

Diante da possibilidade de interpenetração política ao sistema jurídico pela Constituição, tanto os Tribunais, com destaque às cortes superiores, como a doutrina, devem construir seus argumentos pautados “[...] por uma interpretação da Constituição que opera com “valores fundamentais” [...]”.<sup>697</sup> Isso porque a interpretação constitucional se apresenta sob uma dupla linguagem: enquanto direitos fundamentais, referindo-se ao rol de direitos subjetivos e a possibilidade de impetração da ação judicial, foca-se na justiciabilidade; enquanto valores fundamentais, como semântica de valores necessários a uma autolegitimação do

---

<sup>693</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 149-154.

<sup>694</sup> AROCA, **El principio acusatorio entendido como eslogan político**, 2015, p. 70, tradução nossa.

<sup>695</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 191.

<sup>696</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6169-6172.

<sup>697</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7692-7693.

sistema jurídico, no qual o sentido de validade do direito não se exaure, mas se permite a reivindicação em um nível de supra sentido.<sup>698</sup>

O foco do presente trabalho reside, ao mínimo, que a evolução ao sistema acusatório se funde na interpretação conforme os direitos fundamentais, positivados pela Constituição, expressa ou implicitamente<sup>699</sup>, garantidores de um processo de viés acusatório. “Os direitos fundamentais são sobreavaliados em sua interpretação de sua função jurídico-constitucional e entendidos como documentos de uma atitude valorativa geral com a qual o direito se compromete ao serviço do homem.”<sup>700</sup> De igual forma, a Constituição enquanto acoplamento estrutural entre a política e o direito deve ser respeitada na condição de filtro à irritação intersistêmica, compreendendo-se os direitos fundamentais como “[...] um direito de resistência frente ao legislador [...]”.<sup>701</sup>

O processo jurisdicional deve ser o local de imunização do sistema jurídico frente às irritações ambientais, o fazendo por intermédio do filtro constitucional e da defesa dos direitos fundamentais, em especial, as garantias procedimentais. Como afirma Luhmann, o sistema jurídico, para harmonizar a sua autodescrição à irritabilidade ambiental, se utiliza de diversos meios, como a positivação da validade do direito, a construção de uma dogmática jurídica dos direitos subjetivos, a criação de programas que reflitam valores unificados sob a forma de princípios, no proferimento de uma decisão que, apesar de balizada na incerteza, cumpre sua função, pois proferida em respeito às garantias processuais.<sup>702</sup>

Garantias processuais, com destaque ao programa acusatório, que deve abarcar não somente o processo de conhecimento, mas também a execução penal. A condenação do indivíduo não pode conduzi-lo a uma condição de não detentor de direitos fundamentais. A esses direitos, tanto materiais como processuais, deve-se dar concretude pela atuação jurisdicional, que deve servir à sua realização e, por

---

<sup>698</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8476-8481.

<sup>699</sup> Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero, incluem-se no rol de direitos fundamentais positivados, tanto aqueles que se encontrem expressamente descritos na Constituição ou em diplomas jurídico normativos constitucionais (como os tratados internacionais em que o Brasil seja parte), quanto aqueles implicitamente descritos ou não escritos, que decorram do regime e dos princípios constitucionais ou de direitos subentendidos nos direitos fundamentais expressamente positivados. Fundamenta-se tal possibilidade no §2º, do art. 5º da CF (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de direito constitucional**, 2018, l. 345).

<sup>700</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8632-8633.

<sup>701</sup> OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão**: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 76.

<sup>702</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8661-8670.

consequente, à autodescrição do sistema jurídico. Ao Judiciário não cabe ir de encontro aos direitos fundamentais e à Constituição.

Entretanto, como aponta Luhmann:

[...] é concebível que em muitos países em desenvolvimento se observe que as constituições servem, quase exclusivamente, como instrumento da política simbólica, pois ainda não se conseguiu fechar operativamente o sistema jurídico e torná-lo impermeável à influência da política e de outras forças sociais.<sup>703</sup>

A Constituição enquanto mero instrumento simbólico permite que a política aja como se o direito à limitasse ou irritasse, quando na verdade, o código lícito/ilícito deixa de cumprir o seu papel como segundo código do poder. As Constituições passam a ser vistas como cortinas de fumaça, criando a ilusão de que a política se fundamenta no sistema jurídico, quando na prática, o que limita o sistema político são os conflitos de poder e de interesses entre as elites políticas.<sup>704</sup>

Nesse cenário, os condenados são vistos como subcidadãos ou subintegrados ao sistema social, sendo-lhes negado acesso aos direitos fundamentais, lhes sendo cobrado com mais afincamento pelo aparato estatal [e de certa forma pelos demais cidadãos] os deveres e responsabilidades impostas. Do outro lado, os sobreintegrados dotam de direitos, mas não se submetem aos deveres.<sup>705</sup> Para Neves, o Brasil se encontra em uma situação em que, inobstante a adoção do modelo textual do Estado Democrático de Direito, esse não se concretiza na prática, já que os direitos fundamentais positivados não se concretizam a todos os cidadãos, criando-se uma cultura de favores<sup>706</sup> e clientelismo.<sup>707</sup>

Na execução penal, o Estado atua de forma desviante na concretização dos direitos fundamentais: seja agindo a partir de legislação inconstitucional, como na utilização desmedida do RDD ou na atuação oficiosa; seja atuando sem previsão normativa e inconstitucional, como na exigência do exame criminológico ou na regressão cautelar; ou seja aplicando de forma inconstitucional a legislação

---

<sup>703</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7669-7671.

<sup>704</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 7673-7681.

<sup>705</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 248-250.

<sup>706</sup> Vide o capítulo 03, quando se tratou da correlação dos direitos de execução penal como benefícios dos apenados.

<sup>707</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 244-245.



constitucional, como no processamento administrativo das faltas disciplinares e na motivação das decisões.<sup>708</sup>

O código lícito/ilícito, enquanto não complementado por programas, se fragiliza ante a potência do código político, o procedimento se converte em mero ritual do qual não resta incerteza nos resultados, e a constitucionalidade e legalidade são postas de lado. A Constituição como acoplamento estrutural é bloqueada, e a autonomia reprodutiva dos sistema jurídico e político bloqueada. Fala-se não em autopoiese dos sistemas, mas em uma alopoiese social do direito.<sup>709</sup>

O Brasil se mostra como representante de uma modernidade periférica que não se construiu ante o surgimento de sistemas sociais autônomos, mas, sim, “[...] como hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional.”<sup>710</sup> Os procedimentos legitimadores do Estado Democrático de Direito, especialmente o jurisdicional, é constantemente corrompido por critérios extrajurídicos, afastando-o da constitucionalidade. Esse panorama alopoiético é amplificado pela generalização da desigualdade entre sobreintegrados e subintegrados que implode a Constituição, tanto como mecanismo interno autorreprodutivo do sistema jurídico, como acoplamento estrutural.<sup>711</sup>

Portanto, o horizonte acusatório não se concretizará com a mera produção de legislação, como ocorreu com a edição da Lei 13964/2019. Como afirma Neves, em países periféricos, como o Brasil, “[...] os textos constitucionais e legais são degradados semanticamente por injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, não se desenvolvendo no decorrer do processo concretizador suficiente força normativa nos termos textuais.”<sup>712</sup> A exemplo, Gloeckner anuncia, em análise à inclusão do art. 3º-A no CPP, que a determinação de que o aparato inquisitório do processo penal teria estrutura acusatória, acabaria com a consequente “naturalização de práticas manifestamente inquisitórias como se acusatórias fossem [...]”.<sup>713</sup>

---

<sup>708</sup> OLIVEIRA, **Juízo e prisão**, 2018, p. 47-74.

<sup>709</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 236-239.

<sup>710</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 238.

<sup>711</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 240 e 251.

<sup>712</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016, p. 241.

<sup>713</sup> GLOECKNER, Crônica de um suicídio anunciado, 2020, p. 43.

O Brasil, em especial a Execução Penal, precisa superar as condições desjuridicizantes, erigindo sistemas funcionais autopoieticos. O direito, enquanto sistema social, opera, se executa e desempenha uma função na sociedade, diferenciando-se para tanto por sua reprodução autopoietica própria, operando de forma fechada, mas cognitivamente aberto.<sup>714</sup> Para tanto, deve funcionar a diferenciação e correlação entre codificação e programação.

A aplicação dos códigos e programas jurídicos não podem distinguir-se em razão do indivíduo/organização sujeito ao sistema jurídico. Não se pode passear entre o “legalismo” e a impunidade.<sup>715</sup> Volta-se a discussão e a diferenciação entre sobreintegrados e subintegrados. Como aponta Luhmann, “é possível supor que o problema tomado como ponto de partida consista na deficiente inclusão de grandes estratos da população na comunicação dos sistemas funcionais.”<sup>716</sup>

A exclusão social da população carcerária impõe a essa parcela uma dificuldade para o exercício de seus direitos, subordinando-os de forma rigorosa às regras coativas. Forma-se um tratamento diferenciado dos excluídos na aplicação do código jurídico a depender de certas situações, que de modo correspondente, comportam-se em conformidade ou em desacordo com ele.<sup>717</sup> Cria-se “[...] uma miscelânea social de códigos e critérios de comportamento, com efeitos autodestrutivos e heterodestrutivos em todas as esferas de ação, especialmente no que concerne ao direito.”<sup>718</sup>

Essa inclusão/exclusão social retira do texto constitucional a sua condição de expectativa normativa congruente generalizada, não permitindo ao direito a realização da sua função de estabilizar tais expectativas. Com isso, os direitos fundamentais constitucionais não se concretizam. Como afirma Luhmann, “Não se trata apenas de ter valores; deve-se tê-los e, além disso, pressupor que os outros também os tenham.”<sup>719</sup>

Destarte, a mera evolução sistêmica pela variação, seleção e estabilização não conduzirá a aplicação de um programa acusatório na execução penal. Somente com

---

<sup>714</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8879-8950.

<sup>715</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016,, p. 254.

<sup>716</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 9421-9425.

<sup>717</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 9440-9444.

<sup>718</sup> NEVES, **Entre Têmis e Leviatã**, 2016,, p. 256.

<sup>719</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 8978-8979.

a superação das relações de subintegração e sobreintegração, com a generalização da cidadania e com a construção do direito pautada na legalidade e constitucionalidade, assentada em uma complexa alteração social, poder-se-á falar na concretização dos direitos fundamentais constitucionais, incluídos aí os princípios atinentes ao programa acusatório. Por enquanto, “o direito da sociedade moderna deve subsistir sem um futuro certo.”<sup>720</sup>

#### 4.3. POR UMA EXECUÇÃO PENAL ACUSATÓRIA

A análise de que há uma alopoiese dos sistemas sociais, em especial do jurídico, não pode, por si só, significar a rendição da dogmática jurídica à reprodução do programa inquisitivo. Há que se resistir! Como aponta Streck, diante da crescente supressão do direito pela política, a dogmática tem duas opções: uma fatalista, onde se aceita a realidade como ela é, se adapta e à utiliza da melhor forma possível; e outra oposicionista, em defesa da autonomia do direito, assumindo a doutrina um papel prescritivo.<sup>721</sup>

Opta-se pela postura oposicionista. Deve-se continuar a dogmática a produzir conceitos, cada vez mais consensuais, capazes cada vez mais de pressionar os tribunais a agir em conformidade com o processo democrático constitucional e modificar as suas decisões. É claro que isso não blindará a execução penal da prática inquisitiva. Não é o objetivo que o inquisitório desapareça. Para que o acusatório permaneça em constante crescimento, há de diferenciá-lo. Para existir o lícito, deve permanecer o ilícito.

O direito surge como o sistema imunológico da sociedade, não se prestando a corrigir erros pautados nas falsas concepções do que é lícito. Ele não é o remédio da sociedade. Ele se presta a minimizar os riscos estruturais das perturbações ambientais.<sup>722</sup> São os conflitos que permitem que o direito aprenda. A disputa entre o acusatório e inquisitório deve continuar, para que cada vez mais a doutrina e os

---

<sup>720</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 9022-9023.

<sup>721</sup> STRECK, Lenio Luiz. E ainda se ensina processo penal nas faculdades?: uma homenagem a Thiago Fabres. In: ROCHA, Claudio Jannotti *et al* (orgs.). **Direito, processo e justiça em debate**. V. 2. Curitiba: Editora CRV, 2020, p. 289.

<sup>722</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, I. 9168-9172.

Tribunais afirmem e validem o programa acusatório como lícito e de acordo com a Constituição, criando “anticorpos” que refutem as práticas inquisitivas.

Há esperança de mudanças. Como assevera Prado:

Uma cultura que expressa, ainda que sutilmente, sua preferência por uma estrutura processual estranha aos modelos garantistas, se por um lado pode incentivar a produção de leis e decisões incompatíveis com a direção constitucional, reservando a esta incômoda posição de mera promessa, por outro não está imobilizada, petrificada e, portanto, imune aos resultados sociais decorrentes da implementação da opção democrática no âmbito do processo penal.<sup>723</sup>

Essas mudanças perpassam principalmente pela construção de uma dogmática penal e processual penal que adotem um modelo social inclusivo dos condenados, como verdadeiros portadores de direitos fundamentais, propondo e fornecendo argumentos jurídicos às agências judiciais.<sup>724</sup> A dogmática deve se sustentar através da “[...] fixação de conceitos como formulação passível de ser repetida”<sup>725</sup>, focada na construção do discurso jurídico constitucional.

A aplicação do direito sob o manto constitucional demanda a legitimação pelo procedimento jurisdicional. As penas somente podem ser impostas e executadas por meio de um processo jurisdicional. Aquiesce-se com Aroca que afirma que o somente pode-se falar em jurisdição quando o tribunal ou juiz é um terceiro, independente e imparcial, podendo-se agregar outras garantias que visem dar efetividade a tais características, e somente se pode falar em verdadeiro processo, quando duas partes, parciais, se apresentam perante esse tribunal jurisdicional com condições de enfrentarem-se entre si em pé de igualdade, dispondo de direito ao contraditório e à ampla defesa.<sup>726</sup>

A jurisdição da execução penal, pautada por uma teoria redutora dos danos, deve servir como limitadora do poder punitivo estatal.<sup>727</sup> Essa limitação é realizada pela concretização dos direitos fundamentais processuais englobados no programa acusatório, quais sejam, o princípio da jurisdição, o princípio acusatório, o princípio da presunção da inocência e o princípio da contraditório e da ampla defesa. Para tanto, diante das operações inquisitivas apontadas no capítulo 03, passa-se a análise do

---

<sup>723</sup> PRADO, **Sistema acusatório**, 2005, p. 79.

<sup>724</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Prólogo. In: Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16-17.

<sup>725</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 6181-6182.

<sup>726</sup> MONTERO AROCA, El principio acusatorio entendido como eslogan político, 2015, p. 87.

<sup>727</sup> ROIG, **Execução penal**, 2017.

cenário de um horizonte acusatório na execução penal, com propostas elaboradas por nós.

#### **4.3.1. A delimitação dos papéis na execução penal e atuação imparcial do juiz**

O primeiro limite que se deve estabelecer à reprodução do programa inquisitivo em substituição do programa acusatório se localiza no próprio início do processo de execução penal. A regra contida no art. 105, e repetida nos arts. 147 e 171, todos da LEP, que permite que o juiz inicie de ofício do processo de execução penal deve ser relida sob a ótica do programa acusatório. Ao juiz não cabe demonstrar demasiada atividade sob o risco de romper com a sua imparcialidade.<sup>728</sup> Como resume Luhmann:

Nenhum tribunal deve, ele próprio, dar início a um processo, ainda que as calamidades só façam aumentar em seu redor. Desse modo, garante-se que a tomada de decisão do tribunal seja algo concreto e que o desenvolvimento de regras se dê paralelamente, ainda que se possa ver de maneira clara que em alguns campos a “jurisprudência” pode ser mais importante do que a legislação.<sup>729</sup>

O Ministério Público, na qualidade de parte e de órgão acusador, é que deveria interpor promoção requerendo o cumprimento da decisão condenatória, com a expedição do mandado de prisão, se for o caso, e a emissão de guia de execução criminal, dando início ao processo de execução, como prescreve o art. 164 da LEP no caso da pena de multa. Ao juiz caberia, após a manifestação da outra parte, avaliar se os requisitos necessários para o início do processo executivo se fazem presentes, como o trânsito em julgado da condenação, a inexistência de causas extintivas da punibilidade (prescrição intercorrente, por exemplo), o recolhimento à prisão em estabelecimento prisional adequado, dentre outros.

Preenchidos os requisitos, determinaria o magistrado a expedição da guia de execução e o início da execução penal. Ressalta-se que, nos casos de o condenado já se encontrar preso, em havendo demora do órgão acusador na impetração de pedido de cumprimento da sentença, poderia a defesa do apenado ingressar com petição requerendo o início imediato da execução penal, de forma a resguardar o gozo

---

<sup>728</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 113.

<sup>729</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4853-4856.

dos direitos progressivos ou referentes ao regime estabelecido, como as saídas temporárias. Por interpretação extensiva do art. 195 da LEP, o próprio condenado, seu cônjuge, parente ou descendente teriam também capacidade postulatória para requerer o início da execução.

De igual forma, entende-se que o art. 195 da LEP também precisaria ser reinterpretado, de forma a excluir o vocábulo “de ofício”. Todo e qualquer pleito com o escopo de tutelar, resolver algum conflito e fiscalizar a execução da pena deveria ter natureza judicial em ampla aplicação do art. 194 da LEP. A função administrativa da pena deve restar associada ao cumprimento da legalidade estrita e do controle jurisdicional, não podendo usurpar a função do juiz da execução da pena enquanto solucionador de conflitos.

Se ao juiz não cabe agir oficiosamente, deve o Ministério Público assumir o seu papel constitucional de acusador. Diferente do que prescreve o art. 67 da LEP, o Ministério Público é parte no processo de execução penal<sup>730</sup> e não mero *custos legis*, apesar de também cumprir esse papel. Como aponta Lopes Jr e Rosa, o juiz somente se imiscui na função acusatória, porque o Ministério Público não assume o seu protagonismo.<sup>731</sup> Antes de fiscalizar, o Ministério Público deve requerer. A LEP comete uma inversão topológica, ao colocar a função fiscalizatória como primeva. A principal função do Ministério Público na execução penal deveria ser a de requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo.

Para o fechamento do *actum trium personarum*, à defesa deveria ser assegurada todas as possibilidades de resistência à atividade acusatória e de postulação dos direitos atinentes à execução penal.<sup>732</sup> Aqui deve ganhar destaque o papel da Defensoria Pública. Ante o cenário atual no qual a maioria dos encarcerados não detém de condições financeiras para contratar advogados, exige-se cada vez mais o fortalecimento e a estruturação de uma Defensoria Pública capaz de fazer frente a concretização dos direitos fundamentais dos condenados.

---

<sup>730</sup> Roig argumenta que o Ministério Público é parte na medida em que deve contradizer os incidentes e a concessão de direitos, podendo inclusive interpor recursos (ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 294).

<sup>731</sup> LOPES JR; ROSA, A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória, 2020, p. 58-59.

<sup>732</sup> LOPES JR., Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista, 2007, p. 382.

Como aponta Roig, a Defensoria Pública modernamente atuaria na execução penal de três formas distintas, além da tradicional representação do condenado desassistido: 1) Nos termos do art. 81-A da LEP, deve velar pela regularidade da execução da pena, tanto no sentido jurídico, em respeito aos programas condicionais do sistema do direito, quanto ético, enquanto protetora da condição de sujeito jurídico do condenado; 2) Por comando do art. 196 da LEP, deve agir tecnicamente em busca do melhor interesse do condenado necessitado, devendo ouvi-lo para identificação desse interesse; 3) Na defesa e tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos condenados (dimensão protetiva da vulnerabilidade do coletivo), tanto positivamente para garantir o gozo de direitos dos executados; quanto negativamente, para cessar graves violações de direitos humanos.<sup>733</sup>

Diante da importância da Defensoria Pública para a execução penal acusatória, na qualidade de “guardiã dos vulneráveis”<sup>734</sup>, a sua estruturação e atuação constante são necessárias, constituindo verdadeiro dever do Estado propiciar a defesa dos condenados.<sup>735</sup> Dentro do horizonte acusatório, o fomento da Defensoria Pública permitiria a inclusão dos subcidadãos no sistema social, ao menos no tocante à defesa de seus interesses, reestabelecendo a aplicação do código jurídico a todos, sendo fundamental à autopeise do sistema jurídico.

A separação adequada dos papéis limitará o magistrado da execução penal à sua função de julgar e dar uma solução aos conflitos a ele apresentados. De igual forma, não deveria o magistrado da execução atuar como gestor probatório. O art. 196, §1º e 2º da LEP não poderiam ser lidos de forma literal. Às partes caberia o papel de requisitar a produção probatória, remanescendo ao juiz a função de cumprir as diligências (intimação das testemunhas, designação de audiência, designação de perito etc.) para a obtenção das provas requeridas.

#### **4.3.2. A adoção do processo judicial de julgamento da falta grave**

---

<sup>733</sup> ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 306-308.

<sup>734</sup> PAVARINI; GIAMBERARDINO. **Curso de Penologia e Execução Penal**, 2018, p. 357.

<sup>735</sup> ROIG, **Execução penal**, 2017.

Primeiramente, como já apontado no capítulo 03, a defesa pela aplicação do princípio da jurisdição não pode ser contaminada pela sua perversidade. O exercício da jurisdição é o meio adequado para frear o arbítrio punitivo estatal, bem como resolver os conflitos que se apresentem à execução penal. Não pode a jurisdição servir de um obstáculo à efetivação de tais direitos.<sup>736</sup>

Assim, em uma execução penal acusatória, não se poderia exigir a atuação jurisdicional para a concessão de direitos decorrentes da mera aplicação da lei. Se tomarmos os direitos à progressão de regime, os requisitos legais, tanto objetivos, quanto subjetivos, são facilmente apuráveis, constituindo a atuação jurisdicional mero entrave burocrático ao gozo de direitos. Como aponta Luhmann, “A decisão está sempre relacionada a uma alternativa [...]”<sup>737</sup> Ela demanda a possibilidade de uma escolha entre um ou mais caminhos. Do contrário, a decisão já estaria decidida, cabendo ao judiciário apenas chancelá-la.<sup>738</sup>

A LEP é clara: cumprida a fração de pena exigida e ostentando bom comportamento carcerário terá o apenado direito à progressão. Práticas como a adotada pela 1ª Vara de Execuções Penais de Curitiba/PR<sup>739</sup> que automatizam com a utilização de ferramentas de tecnologia da informação a concessão de direitos devem ser replicadas em todas as varas de execução do Brasil. Cumpre salientar que isso não representa a “administrativização” da execução penal, mas apenas um método eficiente para resguardar os direitos dos condenados.<sup>740</sup>

Também não deveria o juízo da execução penal exigir requisitos que não constem do arcabouço legal, como por exemplo, com a realização do exame criminológico. Diante do presente trabalho, nunca se rejeitou a possibilidade de os tribunais criarem/transformarem direitos, desde que de acordo com os códigos e programas jurídicos. Assim, apesar de defender-se a sua ilicitude ante a não previsão legal e à contrariedade aos demais programas do sistema jurídico, a realização do

---

<sup>736</sup> SHIMIZU, A jurisdicionalização perversa na execução penal, 2019, p. 39.

<sup>737</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4877.

<sup>738</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 4884-4885.

<sup>739</sup> Segundo Pavarini e Giamberardino, a prática laureada com o Prêmio Innovare consiste na notificação automática da Vara de Execução pelo sistema informatizado com 30 dias de antecedência da data prevista para adimplemento do direito progressivo, sendo instaurado automaticamente o incidente, e concedido prazo às partes e, não havendo impugnação, haverá o deferimento do direito desde logo (PAVARINI; GIAMBERARDINO. **Curso de Penologia e Execução Penal**, 2018, p. 360).

<sup>740</sup> PAVARINI; GIAMBERARDINO. **Curso de Penologia e Execução Penal**, 2018, p. 360.



exame criminológico somente poderia ser determinada quando pleiteada pelo Ministério Público de forma fundamentada, com a respectiva manifestação da defesa, por decisão fundamentada do magistrado, pautada unicamente em argumentos jurídicos.

A jurisdição da execução penal também deveria atuar claramente na apuração das denominadas faltas disciplinares. Aqui, deve-se realizar alguns apartes antes de prosseguir à discussão. Primeiramente, assim como Schmidt, entende-se que o estabelecimento de sanções voltadas ao dever do condenado de disciplinar-se revela-se inconstitucional<sup>741</sup>, mas o presente estudo tem por foco a análise processual da execução penal, se atendo a este aspecto.

Em segundo lugar, deve-se diferenciar a aplicação de sanção disciplinar administrativa, restrita ao ambiente interno do cárcere, com a restrição de direitos atinentes à vida carcerária, da sanção judicial que efetivamente altera a pena a ser cumprida e prolonga o tempo de restrição de liberdade. Inobstante o dever de respeito daquela ao devido processo legal e a possibilidade de controle jurisdicional quanto à sua legalidade e proporcionalidade, o foco do presente capítulo está na sanção judicial.

Não se coaduna com o programa acusatório a aplicação de sanção restritiva da liberdade (já que o reconhecimento da falta grave implica na interrupção do prazo necessário à obtenção dos direitos progressivos) que não é realizada por um processo judicial, iniciado pelo órgão acusador, garantido o contraditório e a ampla defesa, onde as provas se produzam perante um juiz imparcial, que decidirá conforme as regras do ônus da prova.

Para a aplicação judicial dos efeitos nocivos da falta grave deveria ser aplicado procedimento correlato ao procedimento judicial. À autoridade administrativa caberia unicamente o poder de apuração prévia dos indícios de autoria e materialidade. Mesmo assim, o PAD deveria ser acompanhado desde a sua instauração pela defesa técnica do apenado, podendo esta recorrer ao judiciário para garantir a obtenção de provas necessárias à defesa, bem como apontar eventuais ilegalidades.

Uma vez concluído o PAD deveria ser encaminhado ao Ministério Público, que avaliaria sua regularidade e se haveriam motivos suficientes ao processamento,

---

<sup>741</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. p. 207-268, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

oferecendo promoção pela designação de audiência de instrução (e não de justificação), indicando provas que gostaria de produzir e requerendo o reconhecimento da falta grave e as consequências advindas da mesma, como a regressão de regime e a perda dos dias remidos.

O juiz diante da promoção ministerial, designaria audiência e intimaria a defesa para manifestar-se previamente sobre eventual ilegalidade do PAD ou hipóteses de absolvição sumária, como prescrição ou excludentes de ilicitude, culpabilidade e tipicidade. Em não sendo hipótese de nulidade do PAD ou absolvição sumária, na data e horário designados para audiência, seriam ouvidas, nessa ordem, se houver, as testemunhas de acusação, de defesa, os peritos, para então realizar o interrogatório do condenado.

Ao final da audiência, de forma oral, as partes reforçariam seus argumentos e realizariam o pedido pelo reconhecimento ou não da falta grave. Caso houvesse a solicitação das partes, o magistrado poderia abrir vistas (primeiro ao Ministério Público e depois à defesa) para apresentarem seus pedidos por escrito. O juiz então decidiria de forma fundamentada, com base nas provas produzidas em juízo, aplicando-se as regras do ônus da prova, absolvendo o condenado em caso de dúvida. O juiz também deveria sopesar as provas produzidas, não sobrevalorando o depoimento dos agentes penitenciários em detrimento da subvalorização do depoimento dos apenados.

Em se tratando de falta grave em razão de cometimento de novo crime, o reconhecimento em sede de execução penal somente poderia ser realizado com o trânsito em julgado da ação penal instaurada para processar a nova infração, não se devendo aplicar a tese do STJ de que bastaria o recebimento da denúncia. Entretanto, entende-se que, em caso de demora no julgamento do processo de conhecimento, poderia o Ministério Público requerer a imposição de medida cautelar, como a suspensão temporária, por prazo razoável, dos direitos da execução penal do apenado (como a saída temporária) ou o monitoramento eletrônico, para fins de assegurar o cumprimento da pena. O juiz da execução, após oitiva da defesa, decidiria de forma fundamentada, encaminhando ao juízo de conhecimento informação solicitando urgência na tramitação do processo em caso de réu preso.

#### **4.3.3. A inconstitucionalidade evidente do RDD**

Em continuidade à análise do horizonte acusatório, não há compatibilidade constitucional da execução penal acusatória com o RDD. Seja porque corrói a finalidade da execução da pena de promover uma harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP), ou porque impõe cumprimento de pena de forma cruel e desumana, ou ainda porque ignora as partes processuais da execução penal, estabelecendo uma medida securitária avessa ao devido processo legal e ao programa acusatório.<sup>742</sup>

Primeiramente, cumpre salientar que o RDD representa uma forma de tratamento diferenciado segundo características do autor ou de uma classe de autores, e não de acordo com o fato realizado, o que indica a aplicação de um direito penal do inimigo.<sup>743</sup> Não à toa, Roig informa que a essência do RDD não é meramente disciplinar, mas de domínio sobre o espaço carcerário. O que se busca é o controle sobre os presos. E ambientes de controle são terrenos férteis para a discriminação dos inimigos.<sup>744</sup> Essa diferenciação mina também o instrumento limitativo da força punitiva estatal, o processo. Como assevera Ana Paula Pinho, [...] a todo modelo de Direito Penal de autor (substancialista) corresponde um outro de Processo Penal inquisitório (decisionista) [...].<sup>745</sup>

Somente por esse motivo, uma execução penal acusatória não comportaria a existência de tal instituto. Os magistrados de execução deveriam refutá-lo de pronto ante a sua inconstitucionalidade. Não obstante, em se mantendo a sua existência, não poderia ser aplicado sob meras suspeitas de participação. A restrição grave imposta pelo RDD exige uma certeza do juiz da execução penal, não só da sua participação em organização ou associação criminosa ou milícia, mas também de que tal participação subverte a ordem e a segurança do estabelecimento criminal.<sup>746</sup>

---

<sup>742</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. Ed. p. 283-292. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>743</sup> BUSATO, Paulo Cesar. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. Ed. p. 293-303. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>744</sup> BUSATO, Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo, 2007.

<sup>745</sup> PINHO, Ana Cláudia. A Constituição é meu lugar de paz: carta a uma jovem garantista. In: **Consultor Jurídico**. 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista>. Acesso em: 06 mar. 2022.

<sup>746</sup> BUSATO, Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo, 2007.

A essa certeza necessitaria a produção probatória pelo requerente da medida, de acordo com o princípio do estado de inocência ou do ônus da prova, que seria submetida ao contraditório e à possibilidade de produção de prova em contrário pela defesa do apenado, devendo o magistrado da execução penal valorá-la de forma fundamentada.<sup>747</sup> Essa certeza deveria ser alcançada por meio de provas lícitamente obtidas, não demandando mero relatório circunstanciado da autoridade penitenciária. A conduta do apenado deveria ser individualizada, apontando claramente o porquê que se justificaria tal medida gravosa, acompanhada das provas que fundamentem o pedido, podendo ser realizada a oitiva do envolvido em juízo se necessário.

Em respeito ao princípio acusatório, as partes não poderiam ficar avulsas ao procedimento. Dever-se-ia cumprir à risca o §2º do art. 54 da LEP que exige a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa, não podendo a inclusão ser realizada de ofício pelo juiz. Ao juiz, repita-se, caberia o papel de frear o abuso estatal e garantir a defesa dos direitos fundamentais, não de contribuir para a exclusão de cidadãos do sistema jurídico.

#### **4.3.4. O respeito ao estado de inocência e a regressão cautelar como medida excepcional**

O processo de execução penal acusatório também tem por característica o zelo pelo estado de inocência do apenado para fatos alheios à condenação criminal. Assim, o instituto da regressão cautelar deveria ser rebatido, ou, ao menos, limitado a situações excepcionalíssimas, nas quais, indisponíveis outros meios de se assegurar a continuidade da execução penal. Em todo o caso, dever-se-ia exigir um lastro probatório mínimo produzido pela acusação, se furtando o magistrado de buscar oficiosamente pelos motivos da medida cautelar.

A regressão cautelar deveria se equiparar, ao mínimo, à prisão preventiva, em seus argumentos teóricos e não práticos. Se o fundamento da mesma é o poder geral de cautela dos magistrados, à ela deveria ser dado o mesmo tratamento das medidas cautelares, exigindo-se, primeiramente, a demonstração pela acusação do *fumus boni*

---

<sup>747</sup> ROIG, **Execução penal**, 2017, p. 263-264.

*iuris* e do *periculum in mora*. Como aponta Giacomolli, “Quando a perspectiva de análise partir da presunção de inocência, a regra é a manutenção da liberdade, sem restrições [...]”.<sup>748</sup> Aplicada à execução penal, deve-se entender tal princípio como indicador da regra do menor dano possível ao condenado.

Destarte, primeiramente, dever-se-ia optar por outras medidas cautelares antes da regressão cautelar de regime, como a suspensão de alguns direitos. Por exemplo, no caso de imputação de falta grave a apenado do semiaberto, poder-se-ia suspender, por prazo razoável, a saída do estabelecimento prisional (trabalho externo e saídas temporárias), de forma a garantir a execução penal, isso se demonstrado o risco de fuga. Ou poder-se-ia colocar o apenado em monitoramento eletrônico. Diante da sua ineficácia ou em caso de descumprimento, o juiz, por analogia ao art. 282, §4º do CPP, regressaria cautelarmente o regime ou expediria o mandado de prisão.

A maioria dos casos de regressão cautelar na execução penal decorrem das fugas e do descumprimento das condições do regime aberto. Ora, se a finalidade da regressão cautelar é a prisão do condenado, porque não somente expedir o mandado de prisão, com a conseqüente apresentação ao juízo da execução criminal? A regressão a regime mais gravoso apenas impõe um sofrimento ao apenado sem o devido processamento da falta, imputando-lhe, desde já, a condição de culpado.

Em sendo hipótese de aplicação de medidas cautelares, esta deveria ser requerida pelo Ministério Público, com a demonstração dos motivos ensejadores da medida e adequação da medida ao fato imputado ao apenado. Jamais deveria ser concedida de ofício pelo juiz. Mesmo nos casos de requerimento da autoridade administrativa, esse deveria ser encaminhado ao Ministério Público para manifestação prévia. O juiz, salvo casos de urgência e ineficácia da medida, deveria intimar a defesa para manifestar-se sobre o pedido do Ministério Público.

O juiz, após a manifestação das partes, verificados os indícios de autoria e materialidade da falta grave, bem como a comprovação da necessidade da medida para assegurar o processamento, decretaria a medida cautelar de forma fundamentada. Nos casos de contraditório diferido (urgência e ineficácia da medida), o juiz deveria justificar e fundamentar a decisão com elementos do caso concreto que atestem a excepcionalidade. No caso da regressão cautelar, por analogia ao art. 315,

---

<sup>748</sup> GIACOMOLLI, **O devido processo penal**, 2016, p. 121.

§1º, o juiz deveria indicar em sua decisão a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida.

#### **4.3.5. O dever de motivação das decisões em execução penal**

Por fim, mas sem excluir outras atitudes que poderiam conferir à execução penal um cariz acusatório, a reprodução do programa acusatório na execução penal exige que todas as decisões sejam devidamente fundamentadas, apoiadas em argumentos jurídicos. O dever de motivação das decisões reflete no respeito a todos os princípios do programa acusatório.

O princípio da jurisdição se mostra resguardado na medida em que a explanação dos argumentos jurídicos trazidos pelas partes confere impessoalidade ao magistrado. A atuação impessoal é uma forma de desencargo da personalidade e ideias pessoais do magistrado, como meio de não contaminar o processo jurídico com seus sentimentos e ideologias.<sup>749</sup> Ao prolatar sua decisão com base nos argumentos das partes, escancara a existência do conflito de ideias, e coloca a jurisdição como centro do sistema jurídico na condição de solucionadora imparcial.

O princípio do acusatório é evidenciado pela correta separação dos papéis, onde cada parte se manifesta, expõe seus argumentos, que são considerados em um ambiente dialético de disputa. O magistrado observa as partes em condição de igualdade, expondo detalhadamente o porquê concorda com uma parte em detrimento da outra, se mantendo imparcial e equidistante.

O princípio do estado de inocência ou do ônus da prova se revela na própria aplicação da regra de decisão. Ao motivar a decisão, não encontrando o magistrado motivos para o deferimento do pleito, deve impor o ônus probatório à parte requerente. Nos casos de falta grave e do RDD, deve-se manter o estado de inocência do condenado se não apresentados motivos e provas pelo deferimento. Ademais, é na motivação que o magistrado opera a valoração do conteúdo probatório.

---

<sup>749</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo procedimento**, 1980, p. 82.

O princípio do contraditório demonstra-se presente na medida em que o magistrado sopesa todos os argumentos produzidos pelas partes, debatendo um a um, como forma de aplicação de um contraditório substancial, capaz de influenciar na decisão, e não meramente formal. A recusa em enfrentar os argumentos da outra parte acresce o sentimento de injustiça da decisão, criando a impressão de que as partes são apenas sujeitos figurativos do processo.<sup>750</sup>

Portanto, todas as decisões em execução penal deveriam ser amplamente fundamentadas. Haveria defeitos de fundamentação, nos termos do art. 315, §2º do CPP, quando as decisões: não explicassem a relação do ato normativo com a causa, limitando-se a indica-lo ou reproduzi-lo; empregassem conceitos jurídicos indeterminados; invocassem motivos genéricos passíveis de justificar qualquer decisão; não enfrentassem os argumentos trazidos pelas partes; não demonstrassem a adequação do caso concreto aos fundamentos determinantes de precedente; ou deixassem de aplicar o argumento da parte acerca da existência de precedente sem demonstrar a distinção ou superação do entendimento.

A motivação *per relationem* deveria ser evitada pelo magistrado da execução penal. Em caso de alusão aos argumentos da parte, deveria justificar de forma racional o porquê da escolha de um argumento em detrimento do outro. Também deveria justificar racionalmente o porquê da refutação dos demais argumentos, em respeito ao contraditório. Expressões como “adoto o parecer de fls. ao qual utilizo como razão de decidir” deveriam ser seguidas de uma explanação jurídica detalhada da justificativa pela escolha de tais argumentos. Como aponta Luhmann, decidir não é simplesmente aplicar uma regra, mas distinguir; a decisão somente estará fundamentada em termos de distinção e de não distinção.<sup>751</sup>

---

<sup>750</sup> MADUREIRA, **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**, 2017, p. 115-116.

<sup>751</sup> LUHMANN, **O direito da sociedade** [livro eletrônico], 2016, l. 5811-5812.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a complexidade do mundo contemporâneo, tida como a infinidade de opções para além do que se pode executar, é preciso selecionar quais ações ou experiências permitirão o estabelecimento de uma relação de sentido ou de uma função. A partir desse sentido ou função as estruturas do sistema se diferenciam de seu ambiente (constituindo tudo que não pertença ao sistema), formando a unidade sistêmica em torno dessa diferença, reduzindo a complexidade social.

Para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, em um determinado momento, uma das operações se destaca das demais, diferenciando-se, em um movimento recursivo, se relacionando com outras operações do mesmo tipo por um lapso temporal, e por conseguintes, criando estruturas, que produzem mais operações, constituindo uma rede diferenciada de operações, um novo sistema. Essa recursividade operativa distingue-se, por meio de um código binário de pertencimento, de outras operações, separando o sistema do ambiente.

O conceito amplo de sistema focado apenas na existência de um conglomerado de elementos que se relacionam entre si em torno de um único princípio não é suficiente para reduzir a complexidade social. O sistema demanda uma contínua seletividade distintiva oriunda de uma recursividade operativa, formando um todo completo e orgânico com um fim específico. A operação distintiva dos sistemas sociais é a comunicação.

O direito caracteriza-se como um subsistema do sistema social, diferenciado em razão de sua função de criar uma generalização congruente de expectativas normativas. O direito a partir do próprio sistema jurídico e do procedimento jurídico cria operações distintas (comunicações jurídicas) pela aplicação de seu código binário de pertencimento (lícito/ilícito) e dos seus programas de validação. Caberá à decisão jurídica, após o devido procedimento, validar o código jurídico pela programação disponível, reduzindo a complexidade do ambiente.

O processo se revela como um subsistema social que servirá de instrumento à validação do próprio sistema jurídico. Esse subsistema é dotado de estruturas (expectativas) que garantirão a obtenção de uma decisão objetiva e justa. Assim, os ditos sistemas processuais penais não constituem propriamente sistemas ou



subsistemas, mas se revelam como programas do sistema processual. Acusatório e inquisitório representarão um conjunto de normas jurídicas que caracterizarão a estrutura do sistema processual.

Apesar do dissenso doutrinário, delimitou-se que a imparcialidade do juiz e a efetiva separação das funções de julgar, acusar e defender seriam elementos centrais na caracterização desses programas, dos quais decorrem a aplicação ou não dos princípios da jurisdição, acusatório, do estado de inocência e do contraditório e ampla defesa. A aplicação cumulativa desses princípios garantiria a imparcialidade do julgador e a efetiva separação das funções, caracterizando o programa acusatório. A negação a esses princípios revelaria a adoção do programa inquisitivo.

Quando analisados à execução penal, observou-se que, inobstante findar-se a fase de conhecimento, perdurava o papel jurisdicional para a aplicação da pena estabelecida, bem como para garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais não afetados pela sentença condenatória. Assim, ao juízo da execução penal caberia a adoção de um papel imparcial, separando-se efetivamente as funções processuais.

Entretanto, como se demonstrou, os Tribunais Superiores têm validado diversas operações que denotam a negação aos princípios componentes do programa acusatório, indicando a reprodução do programa inquisitivo. Verificou-se que a oficiosidade presente já na instauração do processo de execução penal, que se inicia por ato de ofício do magistrado, além da possibilidade de abertura pelo próprio juiz de qualquer incidente de execução, à mercê da atividade acusatória do Ministério Público, viola o princípio acusatório.

Ademais, a formação de um *locus* disciplinar entre a administração prisional e o encarcerado exclui o judiciário da análise de uma série de restrições a direitos fundamentais dos condenados privados de liberdade. O judiciário, quando chamado a garantir tais direitos, mostra seu lado perverso ao criar mais entraves à assunção dos direitos progressivos. Acrescenta-se a formação de um processo administrativo disciplinar pela própria unidade prisional, cujas provas são obtidas diretamente pela autoridade administrativa, ao arrepio da ampla defesa e do contraditório, cabendo ao judiciário o papel meramente homologatório da atividade administrativa e ao Ministério Público a função de expectador e fiscal, frustrando o princípio da jurisdição e do acusatório.

Atentou-se ainda que a aplicação de regimes cruéis de cumprimento de pena como o RDD, sob o argumento falacioso de garantia da ordem, retira a participação das partes, estabelece uma presunção de culpa e funda-se em características pessoais do condenado em detrimento de comprovações fáticas, violando os princípios do acusatório e contraditório, do estado de inocência e caracterizando a aplicação de um direito penal de autor.

Evidenciou-se ainda que a denominada regressão cautelar de regime criada e referendada pelos Tribunais viola o princípio do estado de inocência, pois permite a antecipação dos efeitos nefastos da regressão de regime sem a oitiva do condenado ou da sua defesa técnica, corroborando a reprodução inquisitiva. Ademais, a regressão “cautelar” se revela verdadeira medida antecipatória de tutela, pois antecipa os efeitos de uma decisão punitiva regressiva de regime.

Por fim, a ausência de motivação nas decisões judiciais de execução penal constata a violação ao princípio do contraditório substancial. A utilização da motivação *per relationem* na execução penal com a permissão das Cortes de vértice afasta a necessidade de confronto de todos os argumentos trazidos pelas partes, violando o dever judicial de fundamentar suas decisões explicando o porquê do não acolhimento da tese contrária.

O horizonte acusatório somente poderá ser alcançado a partir de uma evolução sistêmica que observa um processo sequencial de variação, seleção e restabilização. Entretanto, a seleção e restabilização não dependem simplesmente da modificação legislativa. Faz-se necessário o trabalho conjunto dos Tribunais e da dogmática jurídica para a realização da evolução sistêmica, virando a chave da inquisição.

Concomitantemente, necessária a coevolução do sistema político tendo a Constituição Federal função central para a realização dessa evolução social, enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Somente pelo canal máximo de filtragem das irritações sistêmicas entre política e direito, da redução da desigualdade entre os cidadãos e do respeito aos direitos fundamentais, em especial das garantias processuais da jurisdição, acusatório, estado de inocência e contraditório e ampla defesa, poder-se-á perseguir uma execução penal acusatória.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. **Código Processual Criminal Alemão** (StPO). 07 abr. 1987. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html). Acesso em: 06 mar. 2022;
- ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel; BELCHIOR, Daniel Ferreira de Melo. A tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela. In: **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**. Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Anais do I Encontro Virtual do CONPEDI, p. 104-120, Florianópolis: CONPEDI, 2020;
- ALMEIDA, Carlos Henrique Meneghel de; BONFIGLI, Fiammetta. Em busca da verdade: uma análise das concepções de verdade nas comissões de verdade e no processo penal brasileiro. In: **Redes**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 8, n. 3, p. 17-47, dez. 2020, p. 21
- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo** (monografias) . Edições Almedina. Edição do Kindle, 2014;
- AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo na execução penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 81/2009, p. 161 – 194, Nov-Dez-2009;
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2013;
- ARMENTA-DEU, Teresa. Beyond accusatorial or inquisitorial systems: a matter of deliberation and balance. In: **Visions of Justice: Liber Amicorum Mirjan Damaška - Studies in International and European Criminal Law and Procedure**. V. 26. p. 57-76. Berlim: Duncker & Humblot, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/308405127\\_BEYOND\\_ACCUSATORIAL\\_OR\\_INQUISITORIAL\\_SYSTEMS\\_A\\_MATTER\\_OF\\_DELIBERATION\\_AND\\_BALANCE](https://www.researchgate.net/publication/308405127_BEYOND_ACCUSATORIAL_OR_INQUISITORIAL_SYSTEMS_A_MATTER_OF_DELIBERATION_AND_BALANCE) . Acesso em: 06 mar. 2022;
- ARNAUD, Andre-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Traduções de Dalmir Lopes Jr, Daniele Andréa da Silva Manão e Flavio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;
- AROCENA, Gustavo A.. Las directrices fundamentales de ejecución de la pena privativa de la libertad em el derecho argentino. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLI, núm. 122, p. 565-596, mayo-agosto de 2008;
- ATIENZA, Manuel. El futuro de la dogmática jurídica. In: **El Basilisco**, Madrid, número 10, p. 63-69, mai-out 1980, Disponível em: <https://philpapers.org/rec/ATIEFD>. Acesso em: 06 mar. 2022;

AVENA, Norberto. **Execução penal**: esquematizado (livro digital). 1. Ed. São Paulo: Forense, 2014;

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Unlocking Luhmann**: a keyword introduction to systems theory. Tradução de Katherine Walker. Bielefeld: Bielefeld University Press, 2021;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. Coleção Obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2002;

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 5. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 95-118, 2018;

BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**: promulga a convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689** (Código de processo penal). 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Portaria nº 275, de 10 de maio de 2016**. Publicado no D.O.U. em: 13/05/2016, Edição: 91, Seção: 1, Página 67. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22808718/do1-2016-05-13-portaria-n-275-de-10-de-maio-de-2016-22808585](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22808718/do1-2016-05-13-portaria-n-275-de-10-de-maio-de-2016-22808585). Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. 8 set. 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3150**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13 dez. 2018, Processo Eletrônico DJe-170 Divulgado em: 05 ago. 2019, Publicado em: 06 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750449016>. Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.414 Alagoas**. Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 31 mai. 2012, Processo Eletrônico DJe-114 Divulgado em: 14 jun. 2013. Publicado em: 17 jun. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5104 MC Distrito Federal**. Relator(a): Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21 mai. 2014, Processo Eletrônico DJe-213. Divulgado em: 29 out. 2014. Publicado em: 30 out. 2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00304. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20 jun. 2018, Processo Eletrônico DJe-241 Divulgado em: 04 nov. 2019. Publicado em: 05 nov. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Décima primeira questão de ordem na ação penal 470**. Relator(a): Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13 nov. 2013, Acórdão Eletrônico DJe-034. Divulgado em: 18 fev. 2014. Publicado em: 19 fev. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5296988>>. Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos declaratórios nos embargos infringentes na ação penal 481**. Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20 mar. 2014, Acórdão Eletrônico DJe-154. Divulgado em: 08 ago. 2014. Publicado em: 12 ago. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6493077>>. Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291**. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28 out. 2015, Processo Eletrônico DJe-094, Divulgado em: 10 mai. 2016. Publicado em: 11 mai. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 124464**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 13 mar. 2020, Processo Eletrônico DJe-082. Divulgado em: 02 abr. 2020. Publicado em: 03 abr. 2020; Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752386407>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 163092 AgR**. Relator(a): Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 08 fev. 2019, Processo Eletrônico DJe-033. Divulgado em: 18 fev. 2019. Publicado em: 19 fev. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749176522>  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 163720**. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 24 ago. 2020, Processo Eletrônico DJe-276. Divulgado em: 19 nov. 2020. Publicado em: 20 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=75443790>  
5. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 175639 AgR**. Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 04 mai. 2020, Processo Eletrônico DJe-128. Divulgado em: 22 mai. 2020. Publicado em: 25 mai. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752733048>.  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 176048 AgR**. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30 nov. 2020, Processo Eletrônico DJe-285. Divulgado em: 02 dez. 2020. Publicado em: 03 dez. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754564360>.  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 187635 São Paulo**. Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 30 jun. 2020, Processo Eletrônico DJe-168 Divulgado em: 02 jul. 2020. Publicado em: 03 jul. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343642465&ext=.pdf>.  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25787**. Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08 nov. 2006, DJe-101. Divulgado em: 13 set. 2007. Publicado em: 14 set. 2007 DJ 14 set. 2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, p. 217-254, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486706>.  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.300 Distrito Federal**. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 22 jan. 2020, Processo Eletrônico DJe-019. Divulgado em: 03 fev. 2020. Publicado em: 06 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138713&ext=.pdf>.  
Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Quarto agravo regimental no inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14 mar. 2019, Acórdão Eletrônico DJe-182. Divulgado em: 20 ago. 2019. Publicado em: 21 ago. 2019. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 972598 Rio Grande do Sul**. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04 mai. 2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe-196. Divulgado em: 05 ago. 2020. Publicado em: 06 ago. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753393432>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 776823**. Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 07 dez. 2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-033. Divulgado em: 22 fev. 2021. Publicado em: 23 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755115565>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em Habeas Corpus 135554 AgR**. Relator(a): Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 16 set. 2016, Processo Eletrônico DJe-210. Divulgado em: 30 set. 2016. Publicado em: 03 out. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11765808>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 05**. Aprovada em Sessão Plenária de 07 mai. 2008. DJe nº 88 de 16 mai. 2008, p. 1. DOU de 16 mai. 2008, p. 1. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula741/false>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Tribunal Pleno. Aprovada em Sessão Plenária de 16 dez. 2009. DJe nº 238 de 23 dez. 2009, p. 1, DOU de 23 dez. 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Habeas Corpus 376643 PR 2016/0284700-5**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04 mai. 2017, DJe 09 mai. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602847005&dt\\_publicacao=09/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602847005&dt_publicacao=09/05/2017). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 501.313/SP**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06 out. 2020, DJe 09 out. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900888139&dt\\_publicacao=09/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900888139&dt_publicacao=09/10/2020). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Habeas Corpus 624.287/PE**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01 dez. 2020, DJe 07 dez. 2020. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202002959181&dt\\_publicacao=07/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002959181&dt_publicacao=07/12/2020). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 632.422/SP**. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23 mar. 2021, DJe 05 abr. 2021. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202003307958&dt\\_publicacao=05/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003307958&dt_publicacao=05/04/2021). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no Recurso especial 1773347/RO**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27 nov. 2018, DJe 10 dez. 2018, Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802738019&dt\\_publicacao=10/12/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802738019&dt_publicacao=10/12/2018). Acesso em: 06 mar. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso ordinário em Habeas Corpus 81.588/MG**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08 ago. 2017, DJe 23 ago. 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700479720&dt\\_publicacao=23/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700479720&dt_publicacao=23/08/2017). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental na revisão criminal 4.969/DF**. Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26 jun. 2019, DJe 01 jul. 2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901647918&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901647918&dt_publicacao=01/07/2019). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 360.113/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18 out. 2016, DJe 07 nov. 2016. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66083553&num\\_registro=201601600934&data=20161107&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66083553&num_registro=201601600934&data=20161107&tipo=51&formato=PDF). Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 367.843/RS**. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07 fev. 2017, DJe 15 fev. 2017.

Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602185962&dt\\_publicacao=15/02/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602185962&dt_publicacao=15/02/2017). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 389.493/PR**. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18 abr. 2017, DJe 26 abr. 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700390636&dt\\_publicacao=26/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700390636&dt_publicacao=26/04/2017). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal.

**Jurisprudência em Teses**. Edição n. 07. 19 fev. 2014. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2007%20-falta%20Grave.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2007%20-falta%20Grave.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – II. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 144. 20 mar. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20144%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20II.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20144%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20II.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – III. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 145. 03 abr. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20145%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20III.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20145%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20III.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Falta Grave em Execução Penal – IV. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 146. 17 abr. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20146%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20IV.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20146%20-%20Falta%20Grave%20em%20Execucao%20Penal%20-%20IV.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1378557/RS**. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23 out. 2013, DJe 21 mar. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301284915&dt\\_publicacao=21/03/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301284915&dt_publicacao=21/03/2014). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Seções III e IV. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 439**. Terceira Seção, julgado em 28 abr. 2010, DJe 13 mai. 2010. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 526**. Terceira Seção, julgado em 13 mai. 2015, DJe 18 mai. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 533**. Terceira Seção, julgado em 10 jun. 2015, DJe 15 jun. 2015 Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em 06 mar. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 534**. Terceira Seção. julgado em 10 jun. 2015, DJe 15 jun. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

BRITO, Alexis de Couto. **Execução penal (livro digital)**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019;

BRITO, Iure Simiquel. **O devido processo de execução penal**. Paco e Littera. Edição do Kindle. 2017;

BROWN, Georges Spencer. **Laws of Form**. reimpr., Nova York, 1979;

BUSATO, Paulo Cesar. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. Ed. p. 293-303. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan./abr. 2018;

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GARCIA, Marcos Leite. Direito e política: polêmica entre Habermas e Luhmann na defesa das correntes procedimentalista e sistêmica. In: **Conpedi Law Review**, Oñati, Espanha, v. 2, n. 3, p. 457-474, jan/jun. 2016;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Noeses, 2019;

CARVALHO, Salo de. Práticas Inquisitivas na Execução Penal: estudo do vínculo do juiz aos laudos criminológicos a partir da jurisprudência garantista do Tribunal de Justiça do RS. In: Salo de Carvalho. (Org.). **Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. 1ed. v. 1, p. 145-173, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 269-281, 2007;

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 417-428, 2007;

CARVALHO, Raphael Boldt de. **Processo penal e catástrofe**: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 2017. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2017;

CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. A criminologia da não-violência: fundamentos teóricos de filosofia restaurativa e o imaginário punitivo de um abril despedaçado. CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. ANGELO, Natieli Giorisatto de. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019;

CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na execução penal. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 9/1995, p. 115-132, jan-mar/1995;

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução de Caroline Graeff e revisão de Germano Schwartz. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 94-160, 2013;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. in: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-168, 1998;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. in: **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009;

COYLE, Andrew. Justice should not end at the prison gate. In: **Criminal Justice Matters**. nº 44. London: Centre for Crime and Justice Studies, Summer, 2001;

DAMASKA, Mirjan R., Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 231-306, 2018;

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Ano 3, Edição 5, p. 128-144, Ago-Set/2009;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal: la cárcel: una contradicción institucional. Tradução ao espanhol de Iñaki Rivera Beiras. In: **Revista Crítica Penal**

y Poder, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidade de Barcelona, nº 11, pp.1-10, Set. 2016;

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3/1993, p. 83 – 99, Jul – Set/1993;

FÖPPEL, Gamil. Jurisdicionalização do processo de execução penal. In: **Nova Criminologia**. 2004. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33050-41550-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33050-41550-1-PB.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2022;

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 36. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009;

GARCIA, Francisco Antônio. Filosofia e verdade. In: **Acta Scientiarum**, Maringá, v. 23, n. 1, p. 251-255, 2001;

GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. In: **Revista de Sociologia e Política**, n. 13, p. 59-80, 1999;

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016;

GIACOMOLLI, Nereu José. A prisão preventiva em face da Lei nº 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas À luz da Lei 13964/2019**. Florianópolis: Emais, p. 235-250, 2020;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. In: **Revista da EMERJ - Rio de Janeiro - v. 18 - n. 67 (Edição Especial) p. 378-408 - Janeiro/Fevereiro, 2015;**

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 11-30, 2018;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 145/2018, p. 319 - 366, Jul-2018;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: Emais, p. 35-43, 2020;

GONÇALVES, Guilherme Leite; BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann** (livro digital). São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181427/>. Acesso em: 06 mar. 2022;

GUERRA FILHO, Willis. Reapreciação da autopoiese do direito na pós-modernidade. In: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza/CE, v. 7, n. 11, p. 279-295, 2009;

GUIBOURG, Ricardo *et al.* **Introducción al Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993;

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. 771 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2015;

GÜNTHER, Gotthard. Cybernetic Ontology and Transjunctural Operations. in id., **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, vol. 1, Hamburgo, p. 249-328, 1976;

ICAS - Instituto de la Cultura y las Artes de Sevilla. **El Proceso** (Painel informativo do Centro Temático de la Tolerancia del Castillo de San Jorge), Sevilla (ES). Visita realizada em: 05 jul. 2016;

ICPCAST 12: princípio da presunção de inocência. Entrevistada: Vinicius Diniz Monteiro de Barros. Entrevistadores: Ícaro Leon e Pedro Figueiredo. [S. l.]: ICP Jovem, set. 2020. **Podcast**. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/7GEotN47D4Ft9iOTmxfw4r?si=4bfa13b1207d4352>. Acesso em: 06 mar. 2022;

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996;

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

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001;

KHALED JR., Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. In: **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010;

KHALED JR, Salah H. A ambição da verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. In: **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan - fev. 2015;

LANGBEIN, John H. et al. **History of the Common Law: The development of Anglo-American Legal Institutions**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009;

LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 133-150, 2018;

LANGER, Maximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona: Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.J; BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado**. p. 97-133. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001;

LANGER, Máximo. In the beginning was Fortescue: on the intellectual origins of the adversarial and inquisitorial systems and common and civil law in comparative criminal procedure. In: **Visions of Justice: Liber Amicorum Mirjan Damaška - Studies in International and European Criminal Law and Procedure**. V. 26. p. 273-300. Berlim: Duncker & Humblot, 2016;

LANGER, Maximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 307-332, 2018;

LEONEL, Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes. Execução provisória da pena no tribunal do júri: a fênix das prisões ex vi legis no pacote anticrime! In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020;

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2012;

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 2015;

LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica (Livro digital)**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 31-56, 2018;

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** (livro eletrônico). 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Guimarães da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – movimento sabotagem inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO, Rodrigo oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas À luz da Lei 13964/2019**. Florianópolis: Emais, p.45-60, 2020;

LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade**. V. 3. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011;

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980;

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983;

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Coordenação de Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998;

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011;

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade** [livro eletrônico]. Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. Edição Kindle. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016. 2,0 Mb; ePUB;

MADUREIRA, Cláudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**. Fórum: Belo Horizonte, 2017;

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**. Tomo I - Fundamentos. 2. Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.,1999;

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 14. Ed. São Paulo, Saraiva, 2016;

MARCHESI, Makena. **A jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sob o prisma da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vitória, 155p., 2015;

MARRONE, José Marcos. Há jurisdição na execução penal? In: **Revista Justitia**, São Paulo, v. 44, n. 116, 1982;

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

MEYER, Emilio Peluso Neder. O caráter normativo dos princípios jurídicos. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 231-254, jul./set. 2005;

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em: 06 mar. 2022;

MILLEMANN, Michael A. Prison disciplinary hearings and procedural due process - the requirement of a full administrative hearing. In: **Maryland Law Review**. Vol. 31, Issue 1, Article 5, g, 31. Mariland, 1971. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol31/iss1/5/>. Acesso em: 06 mar. 2022;

MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 151-186, 2018;

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol.1, n. 1, p. 66-87, 2015;

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 24, v. 97 p. 73-92, set-out. 2016;

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. In: CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. Ed. p. 283-292. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001;

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016;

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. In: **Direito em debate**. ano XIV, nº 25, p. 123-135, jan./jun. 2006;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão**: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018;



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). **Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos**: regras de Nelson Mandela. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral adotada a 17 de dezembro de 2015. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022;

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** (livro digital). 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018;

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

PINHO, Ana Cláudia. A Constituição é meu lugar de paz: carta a uma jovem garantista. In: **Consultor Jurídico**. 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista>. Acesso em: 06 mar. 2022;

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**: Código de Processo Penal. 17 fev. 1987. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-121701994>. Acesso em: 06 mar. 2022;

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005;

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

Procuradoria quer exame criminológico em 30 dias. In: **Consultor Jurídico**. 11 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-11/procuradoria-exame-criminologico-seja-feito-30-dias#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Minist%C3%A9rio,tratados%20internacionais%20assinados%20pelo%20Brasil>. Acesso em: 06 mar. 2022;

RICCIO, Giuseppe. Imparcialidade: entre situação subjetiva e paradigma de sistema. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 187-230, 2018;

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 10-53, 2013;

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. A "administracionalização" da execução penal. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. Ano 19 - n.º 21 - dezembro de 2006 - Rio de Janeiro - Defensoria Pública Geral, p. 270-280, 2006;

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. In: **Revista dos Tribunais**, v.842/2005, p. 413-436, dez. 2005;

SANTOS, Rogério Dutra. Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

SANTOS, Vanessa Sardinha. Simbiose. In: **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/simbiose.htm#:~:text=Simbiose%20%C3%A9%20um%20termo%20que,simbiose%20um%20sin%C3%B4nimo%20de%20mutualismo>. Acesso em: 06 mar. 2022;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** (livro eletrônico). 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. p. 207-268, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais: abordagem crítica. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

SCHÜTZ, Jenerton Arlan; SILVA JÚNIOR, Edinaldo Enoque da. O tipo ideal weberiano: presença e representação em obras de Zygmunt Bauman. In: **Revista Espaço Acadêmico**, 18 (210), 140-150. Maringá: Eduem, nov. 2018. Disponível em <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/43965>. Acesso em: 06 mar. 2022;

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 54-93, 2013;

SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 152/2019, p. 19 – 64, Fev, 2019;

SILVEIRA, Felipe Lazzari da; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). **Pacote anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019**. Florianópolis: Ematis, p. 15-34, 2020;

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Arquivo, história e memória: possibilidades de diálogo entre Luhmann e Foucault. In: **Lua Nova**, nº.97 São Paulo, Jan-Abr 2016;

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. In: **Nomos - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**. Fortaleza/CE. V. 37.1, p. 259-279, Jan-Jul/2017;

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica em Niklas Luhmann. Vídeo 03. **Youtube**. 01 nov. 2018. Disponível em: <https://youtu.be/OOWR22yh0ks>. Acesso em: 06 mar. 2022;

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Função e prestações do direito em Niklas Luhmann. **Youtube**. 30 abr. 2020. Disponível em: <https://youtu.be/30D2i5sOSKA>. Acesso em: 06 mar. 2022;

STRECK, Lênio Luiz. E ainda se ensina processo penal nas faculdades? In: ROCHA, Claudio Jannotti *et al.*(orgs.). **Direito, processo e justiça em debate: estudos em homenagem ao Professor Thiago Fabres de Carvalho**, v. 2. Curitiba, CRV, 2020;

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012;

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017;

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989;

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989;

VON FOERSTER, Heinz. Principles of Self-Organization: In a Socio-Managerial Context, in ULRICH, Hans; PROBST, Gilbert J. B. (org.). **Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts and Questions**, Berlim, p. 2-24, 1984;

WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel (org.). **Sociologia**. 7. Ed. São Paulo: Ática, 2003;

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas processuais penais**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 57-93, 2018;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Prólogo. In: Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.