

**V CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO DO VETOR NORTE**

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

A532

Anais do V Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line]
organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Raphael Moreira Maia, Sílvio Teixeira da Costa Filho e Camila Ramos
Celestino Silva – Belo Horizonte: FAMINAS, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-367-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Resistência Democrática no Brasil pós pandemia.

1. Direito. 2. Pandemia. 3. Democracia. I. V Congresso Internacional de Direito do Vetor
Norte (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

As mudanças tecnológicas, políticas, culturais dos últimos anos trouxeram impactos em todas as esferas da vida. E, sem dúvida, a pandemia do COVID-19 acrescentou ainda mais mudanças, abalos e dúvidas. E isso repercute na esfera pública, na esfera política e na esfera do Direito.

Por isso, o Congresso Internacional do Vetor Norte, em 2021, chegou a sua quinta edição sob o tema central "O Direito e a resistência democrática no Brasil pós pandemia".

A proposta do V Congresso Internacional do Vetor Norte foi proporcionar discussões e debates para pensar a democracia e cidadania de forma ampla, de modo a contemplar as noções macro e públicas como constitucionalismo e questões micro e privadas: como direito sucessórios, testamentos emergenciais e etc.

Isso, pois entende-se que a cidadania e autonomia do cidadão está em conhecer seus direitos no espaço público e espaço privado, bem como partiu-se da ideia que defender o conhecimento emancipador é defender o Estado Democrático.

Nesse sentido, propôs-se grupos de trabalho e painéis que debatessem as repercussões desse novo normal nos nossos Direitos públicos e privados, repercussões essas que antecedem a COVID-19, se afluíram na pandemia e certamente continuarão no pós-pandemia.

Dessa forma, buscou-se levar aos congressistas a experiência de imersão reflexiva sobre direitos políticos, direitos sociais e direitos privados para esse momento em que se começa ver a luz no fim do túnel da pandemia, de modo que possamos avançar e não retroceder como sociedade democrática.

E dessa experiência de fomento de reflexão e pesquisa acadêmica, mas, sobretudo, de compartilhamento de conhecimento, alcança-se o presente fruto: os presente anais são a reunião desses debates, ideias, críticas, reflexões presentes na V Congresso Internacional do Vetor Norte.

Organizadores

Raphael Moreira Maia

Sílvio Teixeira da Costa Filho

Camila Ramos Celestino Silva

INQUISITIVO DESDE O PRINCÍPIO: UMA ANÁLISE DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE A ADOÇÃO DE UMA ESTRUTURA ACUSATÓRIA

INQUISITIVE SINCE THE BEGINNING: AN ANALYSIS OF THE INSTALLATION OF THE CRIMINAL EXECUTION PROCESS IN VIEW OF THE ADOPTION OF AN ACCUSATORIAL STRUCTURE

Carlos Henrique Meneghel De Almeida ¹
Fiammetta Bonfigli ²

Resumo

O presente estudo tem por proposta analisar como a normatização do princípio acusatório impactará no início do processo executivo, à luz da teoria dos sistemas autopoieticos. Enquanto parte do processo penal, tal alteração também afetará a ordem procedimental da Execução Penal. Entende-se que a mudança legislativa realizada, implica em uma releitura da instauração do processo de execução penal, obstando a atuação oficiosa do magistrado.

Palavras-chave: Princípio acusatório, Execução penal, Instauração do processo

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze how the normalization of the accusatorial principle will impact the beginning of the criminal execution process, based in the theory of autopoietic systems. As part of the criminal procedure, such a change will also affect the procedural order of Criminal Execution. This legislative change implies a re-interpretation of the establishment of the criminal execution process, setting magistrate's role.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Accusatorial principle, Criminal execution, Prosecution

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo e Servidor Público efetivo do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, no cargo de Analista Judiciário - Execução Penal.

² Professora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Possui Pos-doutorado em Direito (PPG em Direito) na Universidade La Salle Canoas (RS) (2017)

1 OBJETO E PROBLEMA

A lei nº 13.964/2019 inseriu o ar. 3º-A no CPP que preconiza a adoção da estrutura acusatória ao processo penal, impedindo que o magistrado atue de forma a substituir a função do órgão acusador, papel que, no Brasil, a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público ao estabelecer a competência privativa para iniciar a ação penal, conforme art. 129, I.

A execução penal, doravante posicionamentos em sentido diverso¹, possui natureza jurisdicional compondo o processo penal brasileiro, aplicando-se o art. 3º-A do CPP e a necessidade de observância da estrutura acusatória em seu processamento, cujo princípio impõe, como alude Mauro Fonseca Andrade (2013, p. 265), que o processo somente se inicie por uma acusação realizada por pessoa ou ente distinto do julgador.

A LEP, entretanto, adota, em seus art.s 105, 147 e 171, o princípio inquisitivo. Ao estabelecer que o juiz dará início à execução penal de ofício², ordenando a expedição da guia de execução independentemente de pedido das partes, opta pelo sistema inquisitivo na medida em que permite que o juiz assuma a figura de acusador (no caso executor), possibilitando o início do processo por ato de ofício. A aplicação literal dos dispositivos da LEP que estabelecem a instauração do processo executivo não se coaduna com o novel art. 3º-A do CPP.

Acrescenta-se a recente decisão do STF no julgamento da ADI 3150 (2018, online) que, ao analisar a legitimidade do Ministério Público para realizar a cobrança da pena de multa, estabeleceu que o órgão acusador é o de detentor da prerrogativa de iniciar a execução da pena, em respeito ao princípio acusatório, ao art. 129, I da CF/88 e ao art. 164 da LEP³. Questiona-se então se a determinação normativa contida no art.3º-A do CPP implicaria em uma releitura do processo de execução penal, a começar pelo seu encetamento? Poderia, em um processo com estrutura acusatória, o magistrado iniciar a execução de ofício?

¹ Roig (2017, p. 115-116) explica que estabeleceu-se na doutrina uma tripla corrente acerca da natureza jurídica da execução penal, onde uma primeira parcela, encabeçada por Adhemar Raymundo da Silva, defende a natureza administrativa da execução penal não se falando de atividade jurisdicional uma vez encerrada a fase de conhecimento do processo; 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, restando o âmbito jurisdicional apenas aos incidentes de execução penal. Uma última parcela, [ao qual adota-se] balizada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, defende que toda a Execução Penal é jurisdicionável.

² No caso do art. 147, a LEP estabelece que o iniciar-se-á a execução da pena de ofício pelo magistrado ou à requerimento do Ministério Público.

³ Tal decisão, ao determinar que a multa conserva a sua natureza penal devendo ser executada no juízo de execução penal após pedido do Ministério Público ensejou a alteração do art. 51 do CP pela Lei nº 13964/2019.

O presente estudo se mostra relevante na luta da aplicação de um processo penal democrático por completo. Enquanto, durante o processo penal de conhecimento, há uma acalorada discussão e um forte clamor (mesmo que muitas vezes ineficaz) dos juristas pela aplicação de um processo penal constitucional, de cunho acusatório, na execução penal há um verdadeiro silêncio da comunidade acadêmica no enfrentamento desse tema. Enquanto etapa de um processo sincrético, esse trabalho lança um olhar para a Execução Penal brasileira na esperança da estabilização do sistema acusatório em todo o processo penal brasileiro. Somente com o árduo esforço da dogmática jurídica na interpretação dos textos jurídicos pela aplicação de um sistema de execução penal acusatório e constitucional dar-se-á estabilidade ao sistema jurídico democrático.

Não obstante a inserção de tal princípio garantista no bojo de uma reforma que retirou direitos da população carcerária⁴, defende-se que a previsão do art. 3º-A reforça a adoção do devido processo legal constitucional a todo o processo penal, inclusive à execução penal, que também terá estrutura acusatória, devendo as normas constantes da Lei de Execuções Penais serem relidas à luz das características desse princípio. Inobstante, atenta-se que, à luz da Teoria dos Sistemas autopoieticos do sociólogo alemão Niklas Luhmann (2016), a edição de uma norma representa apenas um simbolismo das expectativas, não configurando uma certeza de condutas, mas um norte para as pretensões e decisões.

Dentro da Teoria Luhmanniana, a decisão tem um papel legitimador do direito à medida em que a lei, enquanto expectativa generalizada congruente, somente se afirmará como direito após a validação perante os códigos e programas do sistema, ocorrendo seu fechamento operativo (LUHMANN, 2016, Locais do Kindle 4864-4865). E a argumentação do direito é realizada através da construção de conceitos pela dogmática jurídica.

Destarte, a consistência do direito será obtida somente pela atuação da dogmática jurídica e das decisões judiciais. Se ambas continuarem a interpretar o art. 3º-A, não como princípio normativo organizador de um sistema processual – uma estrutura das estruturas segundo a teoria sistêmica Luhmanniana (2016), mas como mera norma dominada por uma perspectiva autoritária, o ideário democrático sucumbirá a uma autopoiese inquisitiva antigarantista.

Este trabalho, que se deriva da dissertação em construção apresentada ao mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, sob a orientação da Professora Doutora

⁴ A Lei nº 13.964/2019 aumentou os percentuais para progressão de regime, vedou a saída temporária para alguns crimes e ampliou as hipóteses de inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Fiammetta Bonfigli, se enquadra nos objetivos do Grupo de Trabalho proposto, uma vez que apresenta uma análise do sistema processual da Execução Penal Brasileira e sua correlação com o Processo Penal.

2 OBJETIVOS

O presente estudo tem por escopo central analisar como a inclusão do art. 3º-A no CPP, que normatizou o princípio acusatório, impactará na leitura dos arts. 105, 147 e 171 da LEP que dispõem sobre o início do processo executivo. Para tanto, necessário compreender como os sistemas processuais penais se autorreproduzem sob a ótica da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, além de identificar as características do sistema acusatório, especialmente sob a concepção de princípio normativo, e as expectativas geradas pela inclusão do art. 3º-A no CPP, e estabelecer os efeitos da adoção de tal princípio na interpretação dos artigos que dão azo à abertura do processo da Execução Penal.

3 METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa bibliográfica aplicada qualitativa explicativa que se utiliza do método dedutivo, para compreender, a partir de um marco teórico do estudo dos sistemas jurídicos e dos sistemas processuais, os efeitos interpretativos da publicação de novo texto legal. Abordar-se-á inicialmente a premissa teórica do estudo da Teoria dos Sistemas desenvolvida por Luhmann e a visão do Direito como sistema autopoietico, e o papel dos sistemas processuais penais (inquisitivo e acusatório) nessa teoria e no direito, sem a pretensão de esgotar o tema ou aprofundar-se demasiadamente, ante a complexidade da teoria e o escopo do trabalho. Após, analisar-se-á quais as características que implicam em estabelecer que o processo penal terá uma estrutura acusatória, principalmente sob uma concepção teórica de princípio normativo.

Por fim, refletir-se-á sobre as novas leituras a serem aplicadas aos art. 105, 147 e 171 da LEP à luz dessa alteração legislativa e como os tribunais superiores legitimam uma cultura inquisitória. Para tanto, serão analisadas as decisões dos Tribunais superiores brasileiros proferidas após a vigência da Lei nº 13.964/2019 (23/01/2020) pesquisadas utilizando a fórmula "EXECUÇÃO PENAL" E (GUIA) E (EXPEDIR OU EXPEDIÇÃO).

4 REFERENCIAL TEÓRICO

O presente trabalho se escora em três parâmetros científicos. O primeiro de que o sistema

jurídico se revela um sistema altamente complexo, já que múltiplas possibilidades de ações se apresentam, e devem ser contingenciadas de modo a reduzir tal complexidade, através da seleção de determinadas expectativas, construindo-se estruturas no sistema. “O direito, desse prisma, é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas (CAMPILONGO, 2011, p. 21)”. E esse mecanismo, ao realizar suas operações dentro do seu código binário de pertencimento (lícito/ilícito) se diferencia do ambiente e cria a sua unidade e identidade. Há, destarte, uma relação circular, auto referencial, 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, que se mantém aberto cognitivamente ao ambiente, o que permite a sua evolução e autopoiese. Essa autopoiese somente se procederá pela existência de programas. Os programas se revelam como elementos que atribuem um valor de validade/invalidade jurídica. Nos dizeres de Schwartz (2013, l. 80-82) “Se uma ação coincide com o programa, ela é correta; em caso contrário, incorreta. Juridicamente, nesse caso, ocorrerá sanção”. Os sistemas processuais penais, apesar da nomenclatura, revelam-se como programas dos programas do sistema jurídico que limitam e direcionam como se obter uma decisão justa, na medida em que o processo jurídico é o caminho percorrido para revalidar o próprio sistema jurídico, atinente à sua função, qual seja, atender às expectativas normativas.

A segunda premissa teórica é a de que, inobstante a formação da dicotomia acusatório-inquisitivo dos sistemas processuais penais, não há um consenso doutrinário acerca de quais características apontam para um sistema ou outro, existindo, com ressalvas à própria dicotomia, seis sentidos ou concepções teóricas do que evidencia um sistema acusatório ou inquisitório (LANGER, 2001). A alteração realizada pela Lei nº 13.964/2019, ao incluir o art. 3º-A no CPP, indicando possuir uma estrutura acusatória sem realizar novas alterações no corpo legislativo, se aproxima do sentido teórico dos sistemas processuais enquanto princípios normativos, na medida em que se revela uma norma finalística, prospectiva e com proposta de complementação das demais regras jurídicas processuais (ÁVILA, 2005, p. 70).

Apesar do dissenso doutrinário, há alguns elementos que sempre estão presentes nos conceitos trazidos, diferenciando efetivamente os sistemas históricos e atuais, constituindo um denominado núcleo duro (ANDRADE, 2013, p. 41). Destarte, o princípio acusatório diferencia-se do princípio inquisitivo na medida em que esse prescinde a presença de um acusador distinto do julgador, permitindo-se o início do processo por outro meio que não a acusação, por ato de ofício do juiz, enquanto aquele exige uma separação obrigatória das funções processuais (acusar,

defender e julgar) e determina que somente a acusação instaure o processo (ANDRADE, 2013).

A terceira vertente teórica repousa na natureza jurídica jurisdicional da execução penal, adotada pela LEP conforme sua exposição de motivos⁵, que confere a essa a condição de processo judicial devendo ser regido pelo sistema processual adotado. Destarte, enquanto programa de programas, a adoção de um sistema acusatório pelo art. 3º-A do CPP impõe uma releitura dos art. 105, 147 e 171 da LEP de forma que a execução penal somente se inicie por ato do órgão acusador-exequente.

5 CONCLUSÕES

O direito representa um sistema autopoietico que se auto constitui por intermédio da relação de suas operações e estruturas. Sendo os sistemas processuais penais programas de validade da norma jurídica a ser interpretada e aplicada. A doutrina majoritária se finca em uma dicotomia sistêmica (acusatório-inquisitória), não havendo, entretanto, um consenso acerca do que configuraria um sistema ou outro. Todavia, há uma forte aceitação dogmática de que o sistema acusatório estaria representado pela total separação, não apenas formal, mas sim material, das funções de acusar, julgar e defender, garantindo a imparcialidade do julgador.

A Lei nº 13.964/2019 ao incluir o art. 3º-A no CPP estabeleceu expressamente o princípio acusatório como vigente, devendo toda a legislação processual, inclusive a Execução Penal, ser lida sob esse horizonte acusatório. Observa-se que o art. 105 da LEP é na verdade uma norma garantista, pois além de respeitar o princípio da presunção de inocência ao exigir o trânsito em julgado para início da execução, estabelece que o juiz somente ordenará a expedição da guia se: 1) condenado a pena privativa de liberdade; 2) o indivíduo estiver ou vier a ser preso.

O comando normativo à atuação jurisdicional é no sentido de iniciar a execução daquele já se encontrar cumprindo de alguma forma a pena corporal. Em 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,

⁵ 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’ (BRASIL, 1983).

não lhe sejam concedidos por falta de instrumento processual. Não se justificaria tal oficiosidade nos casos de cumprimento em regime aberto em prisão domiciliar, bem como quando substituída a pena por restritivas de direitos ou na imposição de medida de segurança diversa da internação.

Contudo, o que se observa é que o STF (2020, online) e o STJ (2021, online) estabeleceram o cumprimento de mandado de prisão como uma condição ao início da execução penal e à análise de pedidos que evitariam inclusive a necessidade do encarceramento, independentemente do regime estabelecido. A norma de cunho garantista é transmudada em uma barreira inquisitória à apreciação de direitos.

Defende-se assim que, sob um manto acusatório, o processo de execução da pena não poderá ser iniciado de ofício pelo juiz, devendo o magistrado ordenar a expedição da guia de execução somente após pedido do Ministério Público (ou da defesa nos casos de inércia ou demora do órgão exequente), devendo proceder a análise dos requisitos para expedição, dentre os quais o trânsito em julgado da condenação.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Exposição de motivos da lei de execuções penais** (exposição de motivos nº 213 de 09 de maio de 1983). 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaoodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 668.932/MG**. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101590571&dt_publicacao=14/06/2021. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 175639 AgR**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 22-05-2020 PUBLIC 25-05-2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752733048>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3150**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750449016>. Acesso em: 08 out. 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LANGER, Maximo. 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.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade [livro eletrônico]**. Trad. Saulo Krieger; trad. das citações em latim Alexandre Agnolon. Edição Kindle. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016. 2,0 Mb; ePUB.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. 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. 54-93, 2013.