

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

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

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

O CONDICIONAMENTO DO PRÉVIO RECOLHIMENTO PRISIONAL PARA A APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA

THE CONDITIONING OF PRIOR PRISIONAL COLLECTION FOR ASSESSMENT OF THE PRISON SITUATION

Vinícius Pedro Teló ¹
Lorena Gonçalves Oliveira ²
João Paulo Calves ³

Resumo

Objetiva-se apurar se a imposição de recolhimento prisional prévio como condição para alcançar a jurisdição é causadora de constrangimentos ilegais incompatíveis com o Estado Democrático de Direito com outras garantias constitucionais. A problemática é a persecução da (i) legitimidade da recusa do Estado em reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos antes que se prostre ao sistema carcerário, lhe tolhendo a capacidade de autodefesa, em especial a partir de uma análise do ordenamento jurídico orientada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). A justificativa perpassa, sobretudo, a necessidade de observância e efetivação dos direitos humanos, uma vez que se deve rechaçar os abusos de poder do Estados e se atentar às injustiças decorrentes do limbo jurídico criado pela hipótese problema. A pesquisa se orienta pelos métodos indutivo e dedutivo.

Palavras-chave: Execução penal, Direitos fundamentais, Direito de defesa

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to determine whether the imposition of prior prison incarceration as a condition for reaching jurisdiction causes illegal constraints that are incompatible with Democratic State of Law and other constitutional guarantees in Brazil. The problematic is the (il) legitimacy of State's refusal to recognize the individual as a subject of rights before he prostrates himself in the prison system, especially from an analysis of the legal system guided by the "Constituição Federal de 1988" (CF/88). The justification, in turn, permeates

¹ Pós-graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9106109975691575>

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Unigran Capital. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6673508873481114>.

³ Orientador. Mestre em direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS (2017). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2895289064880221>

the need for observance and enforcement of human rights in order to curb abuses of state power, as well as the need to pay attention to the injustices caused by the legal limbo of the hypothesis under analysis. The research is guided by inductive and deductive methods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal execution, Fundamental rights, Right of defense

1 INTRODUÇÃO

Todos os dias, no cotidiano forense do judiciário brasileiro, chegam aos tribunais estaduais e Cortes Superiores *habeas corpus* de pessoas apenadas ou custodiadas que objetivam, em essência, uma coisa: serem ouvidas por uma autoridade pública competente.

A compreensão de que seria legal a imposição de prévio recolhimento nasce da literalidade do art. 105 da Lei de Execução Penal (LEP), que dispõe: “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” (BRASIL, 1984).

A hipótese é de que a imposição do prévio recolhimento prisional para análise da situação carcerária pode ser considerada uma prática violadora de garantias fundamentais e de direitos humanos, que não subsiste a uma análise do ordenamento jurídico constitucionalizado.

Isso porque, a partir de uma análise do processo penal orientado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), parece incompatível com os direitos fundamentais do indivíduo o Estado se recusar a analisar a situação carcerária de um indivíduo até que ele seja recolhido ao regime fechado.

A violência interna do Estado guarda estreita relação com a efetividade dos direitos humanos dentro de seu território, bem como com a estrutura do Estado Democrático de Direito em si, o qual, em essência, deve limitar o (ab)uso de poder (DE MELLO, p. 29, 2016).

O Estado Democrático de Direito se submete à lei, devendo respeitá-la sob o risco de esvaziar sua legitimidade.

A imposição irrefletida de limitação de liberdade (imposição de prévio recolhimento prisional para análise da situação carcerária) para acesso ao judiciário é o que se busca demonstrar, indagar e rechaçar, havendo perfeito alinhamento com a linha de pesquisa de direitos fundamentais e justiça.

O objetivo geral da pesquisa é apurar se a imposição de recolhimento prisional prévio como condição para alcançar a jurisdição é causadora de constrangimentos ilegais incompatíveis com garantias constitucionais e ordenamento jurídico processual penal.

Por fim, o método é o dedutivo, pois se parte da máxima de que o ordenamento jurídico deve sofrer um processo de constitucionalização para ser legítimo e, desse modo, observar de que modo os institutos da execução penal e do processo penal aplicáveis à hipótese são afetados.

2 COMPREENDENDO A PROBLEMÁTICA

Uma das situações mais comuns que levam as defesas de apenados a manejar o *habeas*

corpus – remédio processual previsto constitucionalmente, “com a finalidade de proporcionar meios para a limitação do exercício do poder estatal diante da liberdade individual” (GIACOMINI, 2021, p. 69) – é a negativa, pela autoridade judiciária competente, de expedição de guia de recolhimento definitiva até que o apenado evadido ou não localizado tenha o mandado de prisão contra ele expedido cumprido.

Conforme previamente explicado, a problemática surge a partir da interpretação restritiva do ordenamento jurídico, que, com base tão somente na literalidade do art. 105 da Lei n.º 7.210 de 1984 (LEP), entende que seria legal o condicionamento da expedição da guia de recolhimento ao prévio recolhimento prisional.

A guia de recolhimento é um documento imprescindível para formar o título executivo judicial, apto a instaurar o processo de execução penal, conforme art. 107 da LEP. E é justamente no processo de execução penal que são discutidas questões da execução da pena, como a detração de pena, o regime inicial adequado de cumprimento de pena da pessoa que passou tempo presa cautelarmente, da remição de sua pena, caso haja, etc.

Assim, enquanto não é expedida e autuada a guia de recolhimento, o indivíduo apenado fica em um limbo, correndo o risco, inclusive, de ter o mandado de prisão contra ele expedido cumprido, sendo recolhido ao regime fechado de cumprimento de pena, sendo que, caso analisada fosse a sua situação, poderia ter iniciado sua pena em regime semiaberto. Em linguagem direta, foi preso em regime de pena injusto, configurando um constrangimento ilegal incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Passará dias no regime fechado quando sequer deveria lá estar, até que a guia de recolhimento seja expedida pela autoridade judiciária sentenciante, autuada pela autoridade da execução da pena, sua defesa requeira e, então, seja realizada a análise de sua situação carcerária.

Sobre a gravidade desse problema – ser submetido a regime de cumprimento mais grave do que o devido –, vale lembrar o que disse o ex-ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, que em novembro de 2012 afirmou que no Brasil “Temos um sistema prisional medieval que não é só violador de direitos humanos, ele não possibilita aquilo que é mais importante em uma sanção penal que é a reinserção social” (SANTIAGO, 2022).

Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do julgamento – ainda não concluído – da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347/DF concluiu e atestou que no Brasil o sistema carcerário vive um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), pela quantidade e intensidade de violações a garantias constitucionais que ocorrem diariamente.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua sexta turma, esporadicamente tem agido para cessar os constrangimentos ilegais explicados neste trabalho, como é o caso do *Habeas Corpus* n.º 709.780/SP, de relatoria do Ministro (Min) Sebastião Reis Júnior, decisão publicada no Diário de Justiça eletrônico (DJe) em 08.02.2022, que concedeu ordem de *habeas corpus* para determinar ao juízo sentenciante a “imediata expedição de guia de execução definitiva, independentemente do prévio recolhimento de R B B S ao cárcere, com vista a viabilizar o exame de eventuais benesses executórias formuladas em seu favor”.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O RANÇO INQUISITORIAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Não são novas as discussões acerca do nível que é legítimo ao Estado ingerir no *status libertatis* dos cidadãos submetidos à criminalização secundária. Na verdade, a história da dogmática penal e do processo penal cuidam em grande parte disso.

A dogmática penal, numa lógica de dentro do sistema, busca dar racionalidade à criminalização e à penalização pelo e do Estado, através da dissecação do fato criminoso em seus elementos (ação humana, típica, ilícita e culpável – sob a perspectiva finalista, pretensamente adotada pela legislação brasileira), estabelecendo limites para o reconhecimento de um fato como um fato criminoso e passível de aplicação de pena. Entretanto, o objeto da discussão proposta no presente trabalho não abarca a dogmática penal, uma vez que a proposta é analisar a situação das pessoas presas, seja definitivamente ou provisoriamente, não havendo necessidade ou utilidade em um aprofundamento teórico nesse sentido.

O processo penal, por sua vez, tem como razão de existir a contenção do poder punitivo do Estado. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2022, p. 12):

Por fim, o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, Decreto-lei n.º 3.689 de 1941, tem orientação inquisitorial e disposição autoritária, tendo em vista o momento histórico em que foi promulgado, durante o Estado-novo da era Vargas. Leciona nesse sentido Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho (2014, p. 191): “Como se sabe, Código brasileiro é produto de

uma ditadura – a de Getúlio Vargas – que prometia, na Exposição de Motivos, ‘urge seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social’”. Vale dizer, nada obstante, que é um decreto-lei e, embora tenha sofrido diversas alterações ao longo dos anos, até os dias atuais não passou pelo crivo democrático.

E é por questões como essa, de um histórico autoritário de processo penal e uma histórica marcada pela expansão do punitivismo que vigem anomalias jurídicas em nosso ordenamento como o art. 105 da LEP, que impõe o prévio recolhimento prisional para a posterior expedição da guia de recolhimento.

Ocorre que o CPP e a LEP – e na verdade toda a legislação infraconstitucional do país –, devem ser interpretados a partir da CF/88. Logo, naquilo em que as normas infraconstitucionais vão de encontro com a Carta Magna, deve-se afastar a incidência. Vide Aury Lopes Júnior (2021, p. 36):

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório, como por exemplo:

- titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I);
 - contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV);
 - devido processo legal (art. 5º, LIV);
 - presunção de inocência (art. 5º, LVII);
 - exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).
- Essas são algumas regras inerentes ao sistema acusatório, praticamente inconciliáveis com o inquisitório, que dão os contornos do modelo (acusatório) constitucional.

Se na própria submissão a um processo penal já se impõe pena e misérias (CARNELUTTI, 2013), na submissão à execução penal sem amplitude de defesa, sem devido processo legal e sem várias outras garantias constitucionais, ainda mais nos presídios brasileiros, onde as misérias da pena definitiva são ainda mais vastas e plurais, mais alarmante é a situação do indivíduo que deve primeiro se submeter para depois se defender.

Desse modo, o condicionamento do prévio recolhimento prisional para a apreciação da situação carcerária dialoga diretamente com a compreensão de que o sujeito deve primeiro abdicar de sua própria liberdade, uma vez que será encarcerado previamente, para apenas aí ser

considerado sujeito de direitos novamente e ter sua condição carcerária apreciada pelo Poder Judiciário.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a imposição do prévio recolhimento prisional como condição para acessar a jurisdição é uma prática violadora de garantias fundamentais e de direitos humanos.

A análise do processo penal à luz da Constituição Federal de 1988 revela a incompatibilidade dessa imposição com os direitos fundamentais do indivíduo. O Estado Democrático de Direito, ao submeter-se à lei, deve respeitar os direitos dos cidadãos e evitar abusos de poder.

Portanto, a imposição da restrição à liberdade como requisito para acessar a justiça é questionável e contrária aos princípios constitucionais, em especial diante da adoção do sistema acusatório.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 30/12/2022.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal** – LEME: CL EDIJUR, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho **D. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

GIACOMINI, João Matheus. **Habeas Corpus no Brasil: restrições à garantia fundamental pelo Supremo Tribunal Federal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campo Grande, 2021.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590005. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 28 dez. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** - 33. Ed. Rev. E atual. Até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016.

SANTIAGO, Tatiana. **Ministro da Justiça diz que 'preferia morrer' a ficar preso por**

anos no país. G1, São Paulo, 13 de novembro de 2012. Disponível em:
<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html> Acesso em 29.12.2022.