Benedito de Pedreiras Maranhão Gomes de Sá

A DEFENSORIA PÚBLICA E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA EXECUÇÃO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto de Cooperação e Assistência Técnica do Centro de Ensino Unificado do Distrito Federal para obtenção do título de Especialista em Direito Público
Orientadora: Profª MSc. Edna Moreira Lima Machado

Brasília
2007

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Sá, Benedito de Pedreiras Maranhão Gomes de

A Defensoria Pública e as Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa na Execução Penal: Benedito de P. M. G. de Sá – 2006.
vi, 70 f.

Trabalho de conclusão de curso (especialização em Direito Público) - Centro Universitário do Distrito Federal, Instituto de Cooperação e Assistência Técnica, 2006.
Orientação: Profª MSc. Edna Moreira Lima Machado

1. Processual Penal. 2. Defensoria Pública I. Título

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Dedico este trabalho à minha esposa Maria José, por estar ao meu lado nos momentos mais importantes da minha vida.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

RESUMO

O presente estudo visa caracterizar a indispensabilidade da atuação da Defensoria Pública no processo de execução penal, à vista do princípio constitucional do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa, e tendo em conta as disposições da Lei de Execução Penal. A população carcerária, majoritariamente formada por pessoas desprovidas de mínimas condições econômicas e com insatisfatório nível de instrução, não dispõe de meios próprios para exercer efetivamente seu direito de defesa no decorrer da execução penal. O Estado democrático de direito tem o dever de prestar assistência jurídica aos necessitados, e a Constituição Federal estabelece que a Defensoria Pública é a instituição que tem esse mister. Trata-se de conquista relevante para a sociedade brasileira, e a ação da Defensoria Pública é fundamental para que a execução penal atinja seus fins, realizando-se com obediência aos ditames constitucionais e legais, sem vilipendiar o condenado ou ferir os elementares direitos da pessoa humana.

Palavras-chave: *Defensoria Pública. Execução Penal. Contraditório e ampla defesa***.**

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	**06**
CAPÍTULO 1 EXAME DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL	**10**
1.1 Evolução constitucional no Brasil do conceito de direitos fundamentais	**12**
1.2 Princípios constitucionais e direitos fundamentais	**15**
1.3 Afirmação histórica dos direitos fundamentais	**17**
CAPÍTULO 2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO PENAL	**20**
2.1 Conceitos de contraditório e ampla defesa	**21**
2.2 Contraditório e ampla defesa no processo penal	**22**
2.3 Execução penal	**25**
CAPÍTULO 3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL	**30**
3.1 Direitos preservados	**32**
3.2 Excesso e desvio de execução	**33**
3.3 Deveres e disciplina	**34**
3.3.1 Sanções	**35**
3.3.2 Recompensas	**37**
3.4 Procedimento disciplinar	**38**
3.5 Atuação jurisdicional	**42**
3.6 Agravo em execução penal	**43**
3.7 Modelo inquisitivo e acusatório na execução penal	**45**
CAPÍTULO 4 A DEFENSORIA PÚBLICA	**48**
4.1 Descrição da população carcerária	**51**
4.2 Efetivo da Defensoria Pública	**54**
4.3 Avaliação da atuação da Defensoria Pública	**57**
CONCLUSÃO	**63**
REFERÊNCIAS	**66**

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa avaliar a atuação da Defensoria Pública na concretização das garantias do contraditório e da ampla defesa, nos processos de execução penal.

A sociedade brasileira, rica em contrastes, tem na pobreza da maioria dos seus cidadãos nota característica. A proporção de desvalidos dentro da população carcerária não reflete o desequilíbrio numérico existente entre as classes sociais: na verdade, entre os encarcerados, a maioria absoluta não dispõe de recursos financeiros. A atuação desinteressada de profissionais da advocacia, na defesa de presos pobres, é pontual, através de ações de benemerência ou de filantropia, de efeitos muito reduzidos diante do número de internos que são carentes de assistência jurídica.

A atividade dos advogados é função essencial à Justiça, como é reconhecido na Constituição Federal. Esse reconhecimento reflete-se na imposição constitucional ao Estado, no sentido de que ofereça aos que não possam pagar a atuação da Defensoria Pública, como instituição essencial à atividade jurisdicional, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LVXXIV,[1] e do art. 134 da CF/88.[2] A população carcerária é, sem qualquer dúvida, constituída em sua maioria de desfavorecidos economicamente, e é perante estes que a Defensoria Pública se faz mais reclamada.

---

[1] Constituição Federal de 1988 – Art. 5º : (omissis)
LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[2] Constituição Federal de 1988 – Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A atuação da Defensoria Pública é constante, nas fases jurisdicionalizadas do processo penal. Este, como é cediço, não se encerra com a sentença condenatória. A fase de execução penal, onde se efetivará a sentença, recebe a atenção do Poder Judiciário, e a lei específica exige a participação da defesa em diversos momentos. As ações administrativas do Estado na execução penal, ainda não totalmente jurisdicionalizada, também deveriam atender aos ditames do princípio do devido processo legal, que se consubstancializam nas garantias da ampla defesa e do contraditório.

As garantias processuais nomeadas pertencem ao conteúdo do princípio do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. Este princípio é previsto expressamente na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, que diz: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O princípio do devido processo legal pode ser encarado sob um duplo enfoque: procedimental ou substantivo. Sob o primeiro prisma, considera-se a realização de atividades destinadas a satisfazer as exigências decorrentes dos princípios da legalidade, da igualdade, da publicidade. Dele se inferem todos os princípios processuais aplicáveis aos procedimentos processuais e administrativos. Assim, o princípio do juiz natural, as garantias de ampla defesa e do contraditório são corolários do devido processo legal.[3]

Visto pelo ângulo substantivo, do devido processo legal decorre a vedação do exercício arbitrário do poder pelo Estado, em detrimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Submete-se a ação do Estado a exame sob os critérios principiológicos da proporcionalidade e da razoabilidade. Nas palavras de Paulo Fernando Silveira, o substantivo processo legal é ferramenta indispensável para garantir a independência do Judiciário e, ao mesmo tempo, defender o indivíduo

---

[3] PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido Processo Legal: Aspecto Material**. Curitiba: Juruá, 2004. p.18.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

contra a tirania estatal, aferindo a justiça do conteúdo ou da matéria tratada na lei ou no ato administrativo.[4]

Este trabalho volta-se para o aspecto formal do devido processo legal, detendo-se no conteúdo traduzido pelas garantias da ampla defesa e do contraditório.

Cuidando-se de princípio fundamental constitucional, o devido processo legal é ser situado no contexto evolutivo do constitucionalismo brasileiro. Disso se ocupará a primeira parte desse trabalho.

A seguir, são expostas as linhas principais de conceituação do instituto, que se desdobrarão na definição das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Para localizá-las precisamente no objetivo desse trabalho, que é a sua efetivação no processo de execução penal, faz-se necessário examinar os tópicos correlatos da Lei de Execução Penal, especificamente aqueles que cuidam de procedimentos disciplinares.

A Defensoria Pública, instituição destinada a concretizar a norma constitucional que garante assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, e 134, CF/88), terá sua atuação examinada criticamente a seguir, consistindo esse tópico o objetivo geral desse trabalho. Perquire-se sobre a indispensabilidade da sua atuação no processo de execução penal, bem como sua eficiência na realização dos princípios garantísticos da ampla defesa e do contraditório em todas as fases da execução penal.

Este trabalho se valerá de pesquisas bibliográficas. Também serão utilizadas fontes de jurisprudência, como o acervo de julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais. Dados estatísticos obtidos pela rede mundial de computadores junto a órgãos oficiais instruirão o estudo, além de entrevistas com a Diretora da Secretaria da Vara de Execução Criminal do Distrito

---

[4] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 423.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Federal e com o Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal.

No primeiro capítulo será examinada evolução do conceito de direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro. Em tópicos específicos, será revistar a progressiva introdução nas Constituições pátrias dos conceitos de direitos fundamentais, e a interligação entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, bem como a afirmação histórica desses últimos.

No segundo capítulo será estudado o devido processo legal, dentro da execução penal. Em unidades próprias, serão vistos os conceitos de contraditório e ampla defesa, sua importância no processo penal e aspectos processuais da fase de execução penal na ação criminal.

No capítulo seguinte cuidar-se-á especificamente do conteúdo da Lei de Execução Penal, nos pontos que dizem respeito ao objeto deste trabalho, que são o objeto da execução penal, direitos dos sentenciados, excesso e desvio de execução, deveres e disciplina, sanções e recompensas, procedimento disciplinar e atuação jurisdicional e o recurso processual cabível contra as decisões judiciais proferidas nessa fase, que é o agravo em execução penal, sem descurar de observar as diferenças existentes entre os modelos inquisitivo e acusatório na atuação jurisdicional.

No quarto capítulo será estudada a instituição da Defensoria Pública. O seu público-alvo, para os fins desse trabalho, que é a população carcerária brasileira, será tratado em tópico próprio, bem como o efetivo da Defensoria, avaliando-se, a seguir, sua atuação.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1 EXAME DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

O enunciado do devido processo legal, princípio que informa o sistema jurídico nacional, deve ser visto como princípio constitucional jurídico-fundamental, o que implica dizer que terá força na interpretação de todas as regras inscritas na Constituição Federal do Brasil, e não somente sobre elas, mas também sobre todas as outras regras infraconstitucionais. Sendo princípio, guiará não somente a interpretação, mas também a aplicação das regras do ordenamento. Sua incidência não poderá ser afastada, podendo somente ser restringida quando em choque com outro princípio. Tem abrangência de aplicação bastante extensa, o que é evidenciado pelo número de princípios que são dele decorrentes, e que servirão para dar significação ao seu conteúdo.[5]

Este princípio foi inserido de forma expressa na Constituição Federal do Brasil de 1988, no art. 5º, que foi a primeira a referir-se expressamente ao "devido processo legal", nos casos de privação de liberdade ou dos bens. Preceitua a Constituição: "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O devido processo legal, no âmbito processual, significa, no dizer de André Ramos Tavares, "a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes".[6] Seu conteúdo identifica-se com a exigência de "paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa", no dizer de Danielle Anne Pamplona,[7] afirmação que André Ramos Tavares interpreta no sentido de que a exigência de paridade de armas tem como destinatário não somente o Estado, mas também a parte contrária; é, em realidade, o próprio contraditório. Continuando, afirma o mesmo autor que, por sua vez, a plenitude da defesa referida no conceito de devido processo legal, significa "o direito à defesa técnica, à publicidade da decisão, à citação, à produção ampla de

---

[5] PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido Processo Legal**. Curitiba: Juruá, 2004.p.25-26.
[6] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 627.
[7] PAMPLONA, Danielle Anne. op. cit., p. 27-8.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

provas, ao juiz natural, aos recursos legais e constitucionais, à decisão final imutável, à revisão criminal, ao duplo grau de jurisdição".[8]

No conceito de Gilson Bonato, o princípio do devido processo legal diz respeito diretamente com a razoabilidade e o enquadramento das leis nas preceituações constitucionais, a aplicação destas normas jurídicas através de instrumento hábil à sua interpretação e realização e, por fim, a paridade de forças entre os sujeitos processuais, visando a igualdade substancial. Numa análise voltada para o direito processual penal, o princípio se desdobra e diz respeito direta e prioritariamente sobre as garantias de acesso à justiça, do juiz natural, do tratamento paritário dos sujeitos processuais, da plenitude de defesa, da publicidade dos atos processuais, da motivação dos atos decisórios e da fixação de prazo razoável de duração do processo.[9]

Por seu turno, Paulo de Barros Carvalho refere que o postulado do devido processo legal, que anima a composição de litígios promovida pelo Judiciário, garante ampla liberdade às partes para exibir o teor de juridicidade e o fundamento de justiça das pretensões articuladas em Juízo, se aplicando também aos processos administrativos. É instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional.[10]

Cuidando-se de princípio constitucional, cujo conteúdo alcança a defesa de outros direitos fundamentais, os quais, como se verá adiante, também são proclamados na Constituição, seu exame demanda revolver, com perspectiva histórica, a evolução da Constituição ao tratar da idéia de direitos fundamentais, e a própria evolução desses direitos.

---

[8] TAVARES, André Ramos. op. cit. . p. 627.
[9] BONATO, Gilson.(org) **Por um Efetivo Processo Penal**. *In* Direito Penal e Processual Penal: uma Visão Garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.126.
[10] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 153

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1.1 Evolução constitucional no Brasil do conceito de direitos fundamentais

A história constitucional do Brasil, que principia com a Constituição Imperial, outorgada por D. Pedro I, em 1824, não é pródiga em Cartas elaboradas em consonância com os princípios democráticos, com a participação livre de representantes do povo. A Constituição de 1891, promulgada logo após a Revolução Militar que destronou D. Pedro II, derrubando a Monarquia, é fruto de um golpe de estado. As Constituições de 1934, 1937, 1967 e 1969 foram elaboradas em períodos ditatoriais. Somente as Constituições de 1946 e 1988 podem ser consideradas democráticas. Mesmo à primeira se fazem críticas quanto à sua elaboração, pois mais de noventa por cento dos constituintes integravam a classe de proprietários rurais, decorrendo daí os seus defeitos: ausência de representatividade e falta de debate com a sociedade.[11]

A Constituição de 1988 trouxe diversas e significativas inovações, visando a contenção do poder do Estado em face das liberdades civis. Introduziu o Texto Constitucional avanço extraordinário na consolidação das garantias e direitos fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil, no dizer de Flávia Piovesan.[12] E acrescenta que, a partir daí, o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração ao orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.[13]

Deve ser rememorada, neste ponto, a conhecida formulação de Kant sobre o tema, no sentido de que o homem, por ser pessoa (e não coisa), constitui um fim em si mesmo, e, portanto, não pode ser considerado como simples meio, de tal sorte

---

[11] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 41.
[12] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana**, *in* LEITE, George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais – Consideração em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**,. São Paulo: Malheiros, 2003. p.190.
[13] *Ibidem* , p. 192.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que vedada sua instrumentalização, conforme citado por Ingo Wolfgang Sarlet.[14] A dignidade da pessoa humana precede o Direito, dele não necessitando para ser reconhecida. No entanto, não se pode esquecer o papel relevante que tem o Direito na sua defesa e promoção. De qualquer forma, é pacífico que todo homem possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro, em qualquer condição. Assim, assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos Poderes estatais. Como limite, impondo-se o respeito à sua inteireza e subsistência; como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições para seu pleno exercício e fruição.[15]

As Constituições anteriores trataram o tema dos direitos e garantias fundamentais de diversas formas. A Constituição de 1824 era encerrada com o enunciado das Garantias dos Direitos Civis e Políticos, uma Declaração de Direitos inspirada nos princípios do liberalismo, protegendo a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, elaborada por Assembléia Constituinte especialmente convocada, implantou a forma republicana de governo, a forma federal de Estado e o regime presidencial, inaugurando novo ciclo constitucional. A Declaração de Direitos garantia, a brasileiros e a estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, destacando-se nesse conjunto o *habeas-corpus,* para reprimir violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, e a garantia contra prisão arbitrária.

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 inaugura o novo federalismo e introduz no texto constitucional os direitos econômicos e sociais, que vão compor os novos títulos dedicados à Ordem Econômica e Social, à Família, Educação e

---

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira**. *in* Dos Princípios Constitucionais – Consideração em Torno das Normas Principiológicas da Constituição, organizado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 202-203.
[15] *ibidem*, p. 207.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Cultura. A instituição do mandado de segurança ampliou a proteção dos direitos individuais. O direito de propriedade passou a sofrer o contraste do interesse social ou coletivo, reduzindo a plenitude assegurada na Constituição de 1891. A Constituição de 1934, que o organizou sob a influência das idéias que alimentaram o constitucionalismo europeu do primeiro após-guerra, sucumbiu pouco depois, com o Golpe do Estado Novo.

A Carta de 10 de novembro de 1937 é a máscara constitucional desse golpe de Estado. Garantias individuais ficaram suspensas pela declaração do estado de emergência no próprio texto da Carta. Não se cumpriu sequer o preceito que determinava o plebiscito constitucional. Assim, enquanto durou a ditadura, foi regente de forma plena a Carta "polaca", como foi apelidada.[16]

A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 retomou a linha democrática de 1934. É texto que se distingue pelo equilíbrio das soluções adotadas, refletindo a homogeneidade que prevaleceu nas deliberações da Assembléia Nacional Constituinte. Retomou o rol de direitos na Constituição de 1934, prevendo também a inafastabilidade da jurisdição, tendo sido ela a primeira a mencionar, no caput do artigo 141, os direitos e garantias individuais, o trinômio vida-liberdade-propriedade.

A Constituição de 1967 veio no bojo do golpe militar de 1964. Os direitos e garantias constitucionais foram suspensos, mas conservou em seu corpo um rol de direitos individuais. Previa ainda ampla defesa, e, especificamente para os casos criminais, a observância do contraditório. Em 1968 foi editado o AI 5, pelo qual foram suspensas diversas garantias individuais, e a Constituição de 1969 trazia a mancha genética do arbítrio ditatorial.[17]

A Constituição de 1988 enfatizou a importância que tem a dignidade da pessoa humana, preferindo não a colocar entre os direitos e garantias fundamentais, antes guindando-a à condição de princípio (e valor) fundamental. Desse princípio se extrai o fundamento dos direitos e garantias fundamentais. Porque, na verdade, não

[16] HORTA, Raul Machado. **As Constituições Brasileiras**. *in* Revista Ajufe, Ano 8, nº. 25, set 1989.
[17] PAMPLONA, Danielle Anne. *op. cit.*,. p. 70 – 71.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

se pode falar em direito à dignidade humana, vez que esta precede ao ordenamento jurídico, e não pode por ele ser negada. O que pode ser visto é direito a reconhecimento, respeito, proteção, promoção e até mesmo desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, que podem ser traduzidos em outros tantos (e vários outros) direitos fundamentais. Segundo a mesma linha de raciocínio apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, conclui-se que o a dignidade da pessoa humana é elemento nuclear dos direitos fundamentais, e, paralelamente à sua dimensão jurídico-objetiva, têm sido extraídos direitos subjetivos fundamentais com vistas à sua proteção e promoção.[18]

1.2 Princípios constitucionais e direitos fundamentais

Como visto, os direitos fundamentais estão inseridos dentro daquilo que o constitucionalismo denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Sem eles a Constituição não seria mais do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal.[19]

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. Como afirma Eliana Calmon, deles se socorre o intérprete, para buscar a Justiça, ainda que não a encontre na lei.[20] Ampliando essas constatações diz Eliana Calmon, no mesmo estudo, que os princípios não têm abrangência puramente axiológica e ética; têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata, inexistindo princípios meramente programáticos na Constituição. Dentro do sistema de princípios e regras, existem as garantias,

---

[18] SARLET, Ingo Wolfgang., *op. cit.*. p. 216.
[19] GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. JusNavigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075. Acesso em 10 nov. 2006.
[20] ALVES, Eliana Calmon. **Princípios e garantias constitucionais do processo**.SED/CBID.Produção Intelectual dos Ministros do STJ. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/295. Acesso em 06 nov 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio.

Como se vê, é estreita a relação entre princípio e sistema. No dizer de Sérgio Sérvulo da Cunha, o princípio pode ter a acepção de "fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia de sua estrutura para seus elementos, relações e funções".[21] Ou seja, sistema é o conjunto articulado, ou funcionalmente integrado, cujo fator de integração é o princípio.

Como matriz, a força dos princípios se exerce na produção e estruturação do sistema. Nessa ótica, os princípios podem ser considerados como fundantes, se concernentes ao seu fundamento, à sua existência; estruturantes, se dizem respeito à sua organização, e estruturais, se voltados para a estrutura, que se irradiam para os seus elementos, relações e funções. Como exemplo dos primeiros, pode ser citado o princípio da consistência: os elementos da Constituição não podem se chocar um com o outro. Também são exemplo os princípios da soberania popular e da constitucionalidade.[22]

Os princípios constitucionais estruturantes, por sua vez, são aqueles que a singularizam, isto é, que dizem respeito ao cerne de determinada Constituição. O cerne constitucional designa o conjunto das disposições constitucionais imodificáveis, protegidas contra modificação, chamado de cláusulas pétreas.[23]

Princípios estruturais são todos aqueles que, não sendo estruturantes, fazem parte da Constituição. Não dizem respeito somente às relações entre os elementos da Constituição, mas também àqueles que se estabelecem entre normas, princípios estruturais, estruturantes e fundantes, Normas são instrumentais em relação a princípios, princípios estruturantes são instrumentais com relação a

---

[21] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35.
[22] *Ibidem*, p. 98.
[23] *Ibidem,* p.137.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

princípios estruturantes, e estes são instrumentais em relação a princípios fundamentais.[24]

Assim também leciona Willis Santiago Guerra Filho, ao explanar que os direitos fundamentais são consagrados por normas jurídicas com a natureza de princípio, que é uma norma jurídica que positiva um valor. Os direitos fundamentais têm seu núcleo essencial intangível definido pela determinação de respeito à dignidade humana, que é ofendida quando um sujeito é tratado como objeto por outro sujeito. A dignidade humana implica a igualdade de todos perante a lei (justiça distributiva), e é o princípio fundamental estruturante do Estado de Direito. O princípio fundamental geral da legalidade decorre do princípio fundamental estruturante do Estado de Direito, que decorre, por sua vez, do princípio estruturante fundamental da dignidade humana.[25]

1.3 Afirmação histórica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais do homem e os direitos humanos são expressões que constituem aparentemente um pleonasmo. Cuida-se do que é inerente ao homem, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. O que parece ser a nota distintiva, segundo a doutrina jurídica germânica, é que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais, como leciona Fábio Konder Comparato.[26]

---

[24] *Ibidem*, p. 141.
[25] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teses sobre direitos fundamentais, princípios jurídicos e estado democrático de direito**.*in* Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Coordenadores Agassiz de Almeida Filho e Danielle da Rocha Cruz. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 667-673.
[26] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Os sistemas jurídicos tradicionais, como o *civil law* (Europa continental e suas colônias), ou o *common law* (Inglaterra e suas colônias), desde a antiga Roma, ocuparam-se quase exclusivamente sobre atos isolados. Por outro lado, o constitucionalismo moderno, que nasceu sob a égide do pensamento liberal, procurou disciplinar as ações do Estado, com respeito aos indivíduos, e baseou-se na tríade axiológica dos princípios afirmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade).

O núcleo do princípio axiológico da liberdade é a idéia de autonomia, isto é, de submissão de cada qual às normas por ele editadas ou aceitas. Uma sociedade livre é aquela que obedece às normas por ela mesma editadas, e aos governantes que ela escolhe, que, por sua vez, obedecem às normas gerais vigentes na sociedade.[27]

O princípio da igualdade (ou da isonomia) diz que todos os seres humanos são iguais perante a lei, vedada, entre eles, qualquer discriminação.[28]

A seu turno, o princípio da solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidade de qualquer indivíduo ou grupo social. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da espécie humana. Com base nesse princípio, passaram a ser reconhecidos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção aos mais fracos e mais pobres, ou seja, todos aqueles que não tem recursos próprios para viver dignamente.[29]

É forçoso reconhecer que a evolução da consciência ética coletiva dá gigantescos saltos após hecatombes e catástrofes produzidas, se não executadas, pelo próprio Homem, como guerras e genocídios, que alcancem grandes parcelas da humanidade. O sofrimento da espécie humana, infligido por seres que a ela

---

[27] COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. , p. 62
[28] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. op. cit., 125.
[29] COMPARATO, op. cit., p. 62.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pertencem, tem sido constante na História. Parece mais amiudado nos tempos recentes, nos dois últimos séculos. Mas é impressão, distorção causada pela proximidade. O que é certo é o movimento histórico de ampliação e aprofundamento do reconhecimento dos direitos fundamentais, que tem caráter irreversível. Parece juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, dado o caráter universal das Declarações, convenções e pactos que modernamente agregam praticamente todas as nações do planeta.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO PENAL

O devido processo legal, originariamente uma garantia de natureza meramente processual, pelo seu intrínseco valor e pela incorporação ao direito constitucional nascente, feito pela Revolução Francesa e pela Revolução Americana, disseminou-se por toda a Europa e América, constituindo-se hoje um dos pilares do que se aceita como Estado de direito, como princípio constitucional fundamental, seja no aspecto processual, seja no aspecto substantivo.

Em função de um sistema jurídico, um princípio é enunciado modelar, segundo o qual se produz, organiza e estrutura esse sistema. Assim, com vistas ao arranjo sistêmico, outros elementos normativos de hierarquia inferior devem conformar-se à prescrição do princípio. Seu conteúdo, todavia, não deixa de ser declaratório, ao traduzir um valor prioritário para a sociedade.[30]

J.J. Gomes Canotilho, citado por Danielle Anne Pamplona, divisa para os princípios duas funções: como fundamento de regras jurídicas, intitulada de função normogenéticas, e função sistêmica, que tem o sentido de imprimir no ordenamento jurídico a característica de sistema. Em outra parte, o mesmo autor, ainda citado na mesma obra, traz outra classificação, que divide os princípios em jurídico-fundamentais (valores fundamentais de um povo), políticos constitucionalmente conformadores (tratam de valores que dizem respeito à forma e estrutura do Estado), constitucionais impositivos (impõem ao Estado certas tarefas, incluindo a atividade legislativa) e os princípios garantia, que se destinam a proteger direitos dos cidadãos. Apesar de estes últimos não possuírem densidade normativa tão grande quanto as normas legais, têm plena eficácia e sujeitam a atividade administrativa ou legislativa à sua obediência.[31]

O princípio do devido processo legal pode ser visto dentro do sistema jurídico nacional sob dois aspectos: o processual e o substantivo.

---

[30] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *op. cit.* , p. 10.
[31] PAMPLONA, Danielle Anne. *op. cit.*, p. 25-27.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O devido processo legal processual, ou procedimental, refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão encarregados da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos que devem ser aplicados sempre que alguém sofrer restrição de direito por parte do Estado, na definição de Paulo Fernando Silveira.[32]

Por sua vez, Maria Rosynete Oliveira Lima afirma que o conteúdo do devido processo legal material (ou substancial) significa que o Estado não pode, a despeito de observar a seqüência de etapas de um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de seus direitos fundamentais, devendo haver razoabilidade na restrição.[33]

2.1 Conceitos de contraditório e ampla defesa

A este estudo diz respeito, mais especificamente, o conteúdo do princípio do devido processo legal procedimental, que se realiza no exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedimental) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. A extensão do campo de aplicação desse princípio aos procedimentos administrativos foi feita expressamente no texto constitucional.[34]

---

[32] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 242.
[33] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 200.
[34] Constituição Federal do Brasil, art. 5º: LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O princípio do contraditório decorre do princípio fundamental da isonomia. Deve ser assegurada, pelo Estado, a paridade de força dos litigantes. Se a alguém é imputada a autoria ou a responsabilidade por um fato, a ele deve ser dada a oportunidade de refutar a imputação, perante um terceiro, imparcial, encarregado de zelar pelo equilíbrio de forças, que definirá o que de direito.[35]

O princípio da ampla defesa traduz a liberdade que tem o indivíduo de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, ou seja, permite a abertura de espaço para que o litigante exerça o seu direito de se defender sem qualquer restrição. No ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse princípio é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.[36]

2.2 Contraditório e ampla defesa no processo penal

No que concerne ao processo de conhecimento penal, que se instaura com a denúncia, e vai até o trânsito em julgado da sentença, já se pacificou o entendimento sobre a indispensabilidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, por parte dos acusados, para a sua validade. E mais ainda, o exame do direito processual penal brasileiro revela que ele considera indispensável, sob pena de nulidade, a defesa técnica do réu, assegurando-lhe contrariar a acusação, produzir provas e manifestar, acerca delas, juízo crítico.

Por conseguinte, para tornar efetiva a garantia constitucional insculpida no art. 5º, LV, da CF/88, é imperioso assegurar ao acusado, no decorrer do processo penal, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, devendo o seu procurador, constituído ou dativo, empenhar-se efetivamente em sua defesa, sob

---

[35] PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Contraditório e Ampla Defesa: Direitos Humanos e Principais Garantias Constitucionais**. Revista dos Tribunais. Ano 90, vol 784 fev 2001. p. 467.
[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 552.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pena da posterior declaração da nulidade do processo, na forma da Súmula 523 do Pretório Excelso.[37]

O reconhecimento da necessidade da efetiva atuação da defesa técnica em processo penal veio mais uma vez à luz em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte ementa:

> PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. ENTORPECENTE. TRÁFICO. PRELIMINAR. DESÍDIA DO ADVOGADO EM RECORRER. DESINTERESSE DEMONSTRADO. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PREJUÍZO RECONHECIDO. REABERTURA DE PRAZO PARA RECURSO. MÉRITO. RECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 16 DA LEI 6.368/76. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPEDIMENTO. SÚMULA 7 DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO NESTA PARTE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO.
> Consoante a Súmula 523 do STF, a deficiência da defesa só anula o processo se houver prova do efetivo prejuízo para o réu, o que restou demonstrado, *in casu*.
> A desídia do Defensor, a acarretar a perda do prazo recursal, é hipótese de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, tratando-se de matéria de ordem pública.
> Inviável perquirir, na via eleita, se o entorpecente apreendido pela polícia, na posse do paciente, destinava-se a seu uso, quando afirmado pelo Tribunal juízo contrário.
> O habeas corpus, mercê de seu rito célere e conseqüente cognição sumária, não comporta o exame de questões que exijam incursão no conjunto fático-probatório. Não conhecimento nesta extensão.
> Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, concedida a ordem.[38]

A defesa é prerrogativa aplicável tanto no processo judicial quanto no administrativo, como visto anteriormente. A defesa técnica é obrigatória, razão pela qual a CF/88 considerou o advogado indispensável à administração da Justiça. Na mesma senda filosófica, a Constituição previu a estruturação de órgãos especializados, as defensorias públicas, para a defesa de pessoas carentes.

Essa garantia também compreende a autodefesa, assim entendida como o exercício do direito de audiência e o direito de presença. O primeiro é a possibilidade de o acusado poder formar, no exercício do contraditório pessoal, o convencimento

---

[37] LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **Ampla Defesa e Processo Penal**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm? http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/proc_penal/thompson_flores.htm . Acessado em 12 dez 2006.

[38] Hábeas Corpus n. 37.368 - PR (2004/0109079-0). Diário da Justiça de 12 set 2005, pp. 374-375.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

do Juiz no ato do interrogatório. Já o segundo mostra-se na oportunidade de posicionar o acusado perante as alegações e provas produzidas.[39]

O processo penal é o meio onde se exerce a jurisdição criminal, que visa a averiguação da conformidade do fato à hipótese legal de ilicitude, para imposição da sanção nela prevista, com os contornos individuais do caso concreto, e a efetivação da medida sancionatória.

Na primeira fase do processo penal, trata-se do injusto. Ainda antes, cuida-se da investigação da ocorrência do delito, sua autoria, ações pré-processuais. É desenvolvido inquérito, de caráter inquisitivo, isto é, de busca e valoração de provas, no qual não é exercido o contraditório. Passada esta, desenvolve-se o processo penal de conhecimento, regido pelo modelo acusatório. De forma sucinta, este modelo se caracteriza pelo posicionamento passivo do juiz enquanto sujeito processual. Também nele se encontra a possibilidade das várias garantias processuais, tais como ampla defesa, traduzida em oportunidade de produzir e impugnar provas, e manifestar-se através de defesa técnica, ou seja, por meio de profissionais habilitados; a garantia do contraditório, que implica igualdade das partes e possibilidade de impugnação de provas; duplo grau de jurisdição, que assegura o reexame, se requerido, das decisões desfavoráveis.

Proferida a decisão, e transitada esta em julgado, segue o processo para a fase de execução, que é o estágio da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, agora denominada pretensão executória, no dizer de Fernando Capez.[40]

---

[39] PAGLIARINI, Alexandre Coutinho, *op. cit.*, p. 468.
[40] CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**., 11 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 16

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2.3 Execução penal

A execução penal tem por objeto a pena concretamente aplicada pelo juiz em sentença condenatória, ou a medida de segurança aplicada na absolvição imprópria. Transitando em julgado a sentença penal torna-se certo para o Estado o direito de aplicar a norma penal nela concretizada. Se a sentença for absolutória própria, pouco se há de fazer, mas se a decisão for absolutória imprópria ou de condenação, passa o Estado, formada a coisa julgada, a atuar no sentido de aplicar o preceito sancionatório do tipo penal definido pela sentença nos estritos limites da decisão jurisdicional.[41]

A hipótese de sentença absolutória imprópria ocorre quando é declarada a inexistência de culpabilidade do acusado, por ser ele inimputável. Mesmo sendo absolvido o acusado, será aplicada uma medida de segurança.[42]

Há basicamente três teorias que buscam justificar a cominação e a aplicação da pena: a *absoluta* ou *retributiva*, a *relativa* ou *preventiva*, e a teoria *mista* ou *eclética*.

Pela teoria *absoluta* ou *retributiva*, a pena apresenta a característica de retribuição. Afirma Haroldo Caetano da Silva que, por essa teoria, a pena é a ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade: é um fim em si mesma.

Segue o mesmo autor, com o esclarecimento sobre a teoria *relativa* ou *preventiva*:

> Segundo a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática

[41] MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de Processo Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 682.
[42] BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 32.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinqüir e possa ser corrigido.[43]

Por sua vez, Antonio Miguel Feu Rosa leciona sobre o tema nos seguintes termos:

> O crime não é somente o pressuposto, mas o motivo da pena, que se apresenta, portanto, de sua parte, como conseqüência jurídica do ilícito, e só como tal. Essa é imposta: *quia peccatum est* (porque pecou). Todas as teorias que têm esta idéia fundamental chamam-se teorias absolutas.

Prossegue o autor citado, mais adiante:

> A segunda concepção fundamental olha para o oposto: o crime é somente pressuposto, não razão da pena, sobretudo só um sintoma para a existência de um motivo penal, que está fora dela. A pena é, portanto, não conseqüência do ilícito, mas meio para remoção do motivo penal: não é destinada, *quia peccatum est,* mas *postquam peccatum est*, *ne peccetur* (Para que o que pecou, não volte a pecar).
> Estas teorias, cujos pensamentos fundamentais se encontram todos junto aos filósofos gregos, chamam-se teorias relativas. Receberam particular desenvolvimento com a doutrina do direito natural sobre origem e fim do Estado.

E arremata:

> A terceira concepção fundamental apresenta-se como um aperfeiçoamento da primeira, mas, no seu segundo aspecto, como ligação da primeira com a segunda.
> Ela visa a isso: o crime é um fundamento, e a represália, um fim da pena, a farantia da autoridade da lei frente ao crime ou, portanto, segundo fim, é o bem estar futuro da sociedade.
> São as chamadas teorias sincréticas ou de conciliação. Estão perfeitamente corretas quando argumentam: do crime deriva somente um direito penal, não um dever penal; pois que a pena é um mal também para o Estado, que este não pode assumir sem motivo de necessidade.
> A pena encontra, assim, apesar de sua natureza de mal, sua justificação no fato que é destinada a evitar um mal maior, que a impunidade do crime produziria.[44]

A seu turno, Aléxis Augusto Couto de Brito considera que a orientação político-criminal da pena justifica-se de forma teórico-política. O poder estatal emana do povo para assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica e a pena deve se referir a isso. A pena é um mal; quando aplicada, toda pena se revela um castigo.

---

[43] SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 31.
[44] ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 17-19.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O fulcro da questão não reside no seu predicado de aplicada ou sofrida pelo condenado. O foco está na fundamentação de sua aplicação. Citando Carnelutti, diz que a pena não poderá eliminar os delitos já cometidos, mas apenas evitar novos delitos. O conceito de retribuição deságua, incondicionalmente, no conceito de prevenção. Conclui que a finalidade da cominação abstrata é a prevenção geral. A aplicação concreta da pena tem por fundamento a culpabilidade, e por finalidade o exercício da prevenção geral e especial. E a execução da pena carrega a função de ressocializar o condenado.[45]

A execução da pena, tanto no Brasil como na maioria dos países de influência romano-germânica, sempre foi considerada como atividade meramente administrativa. A conseqüência destas conclusões, foi, como ressalta René Ariel Dotti, citado por Aléxis Augusto Couto de Brito:

> a atrofia dos direitos e das garantias individuais de maneira a tornar arbitrário o processo de execução do Direito Criminal em oposição à segurança que sempre se emprestou no campo do direito privado quando o excesso ou o abuso de execução poderiam ser prontamente corrigidos.[46]

A instituição da figura do juiz de execução penal é uma das conseqüências da evolução da legislação penal, motivada pelo progresso das ciências criminológicas. Essa mudança veio inserir na execução penal a mutabilidade da sentença, em razão do caráter dinâmico do tratamento reeducativo; o princípio da legalidade para garantia da execução e o reconhecimento dos direitos humanos do sentenciado. Explana Jason Albergaria, sobre essa alteração, vinda com a Lei de Execução Penal de 1984:

> Com a jurisdicionalização da execução penal, são protegidos os direitos da pessoa humana do preso. No Estado Democrático de Direito, a situação entre o Estado e o sentenciado não se define como situação de poder, mas como relação jurídica, com direitos e deveres para cada uma das partes, a qual terá sempre a proteção do órgão judiciário. Efetivamente, da sentença passada em julgado, emerge uma nova relação jurídica, em que o sentenciado não figura apenas como objeto de obrigações, mas, sobretudo, como sujeito de direitos subjetivos.[47]

---

[45] BRITO, Aléxis Augusto Couto de. ob. cit., p. 34-35.
[46] BRITO, Aléxis Augusto Couto de. ob. cit., p. 47
[47] ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 249.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Continua o mesmo autor, sobre a jurisdicionalização da execução penal:

> O desenvolvimento dessa relação jurídica entre Estado-Administração e o sentenciado está sob o constante contato da autoridade judiciária, em obediência ao princípio da jurisdicionalidade da execução penal. Realmente, com a intervenção do juiz na execução penal, perdeu-se o seu caráter administrativo, tornando-se jurisdicional a natureza jurídica da execução. [48]

A jurisdicionalidade existente nessa fase processual, segundo os dispositivos que a ela dizem respeito no Código de Processo Penal e na Lei 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal), revela que não é simples procedimento administrativo em que as decisões são tomadas livremente pela direção do estabelecimento penal; é, de fato, atividade complexa, como será visto adiante, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Por nele haver decisiva intervenção jurisdicional, consoante o art. 2º da LEP,[49] ao processo de execução penal se aplicam os princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e da publicidade.

Anota Gama Malcher que foi efetivamente criado pela Lei de Execução Penal o *processo de execução*, fazendo distinção do processo de conhecimento. E argumenta:

> Isso ocorre porque a sanção penal se desdobra mediante medidas coercitivas que o Estado-Administração desenvolve visando à ressocialização do condenado, legitimadas pela sentença. No exercício dessa coerção que está limitada pela lei (em sentido amplo) e pela sentença, podem surgir, para o condenado, pretensões (tais como suspender a pena mediante certas condições, livrar-se condicionalmente, reduzir sua pena, faze-la extinguir-se, reabilitar-se, etc...) conflitantes com a pretensão do Estado de aplicar o preceito sancionatório segundo a lei e a sentença; ou ainda, pode o Estado-Administração estar aplicando a sanção em desacordo com os Direitos Individuais do condenado, que só está obrigado (pela lei) a submeter-se, nas condições estabelecidas legalmente e pela sentença, ao cumprimento devido da pena. Serão controvérsias novas, novos conflitos de interesse, e como tal só jurisdicionalmente poderão ser decididas: surgem daí os chamados *Processos de Execução*.[50]

Em outro sentido, entende Júlio Mirabete que o processo de execução penal é uma fase do processo penal; deve-se utilizar a expressão processo de execução,

---

[48] *ibidem*, p. 250.
[49] Art. 2º - 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.
[50] MALCHER, José Lisboa Gama. ob. cir., p. 682.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

para designar o conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e medidas de segurança como derradeira etapa do processo penal.[51]

O objeto da execução penal é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, consoante está no art. 1º da LEP. Isso traduz claramente a submissão do processo de execução ao princípio da legalidade, que não é apenas a atividade da aplicação da lei na exata medida do fato praticado, mas à legalidade da inteira repressão: a atividade estatal orientada à supressão da liberdade, autorizada pelo exercício do monopólio da força física legítima de que falava Max Weber – está por ela condicionada.[52]

Conforme proclamado na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, deve ser evitada a hipertrofia da punição, pois essa não só viola medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

A verificação do atendimento da execução ao arcabouço garantista do sentenciado é o objeto da ação do juiz, do Ministério Público e da defesa do réu, para que se verifique a aplicação e a interpretação dos dispositivos da Lei de Execução Penal, em consonância com os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal, dando efetividade ao princípio fundamental da dignidade humana.

O presente estudo, que versa sobre a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na execução penal, será primordialmente centrado no procedimento disciplinar previsto nos artigos 59 e 60 da LEP, a qual será objeto de capítulo próprio.

---

[51] MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2005.pp. 34-35.
[52] CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal – O Contraditório e a Ampla Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3, n. 9, janeiro-março 1995

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é regida pela Lei 7.210, de 11/7/1984 (Lei de Execução Penal), que, em seu artigo 1º, apresenta os objetivos dos atos por ela regrados: efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. A LEP determina como deve ser executada e cumprida a pena de privação de liberdade e restrição de direitos. Contempla, juntamente com os conceitos tradicionais da justa reparação pelo crime cometido e o caráter social preventivo da pena, a idéia de reabilitação.

Na definição de Renato Marcão, o objeto da execução penal é fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria. A Lei de Execução Penal adotou a teoria mista ou eclética, em que a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Punir e humanizar são os objetivos da execução.[53]

Para Fernando Capez, a execução aproxima-se da doutrina mista, tendo finalidade precipuamente utilitária e preventiva, embora conserve seu caráter aflitivo, por meio da efetivação da sanção imposta na sentença condenatória. Pune-se o delinqüente, ao mesmo tempo em que se busca sua recuperação. A finalidade preventiva, explicitada como "proteção dos bens jurídicos e re-incorporação do autor à comunidade" está expressa na Exposição de Motivos da lei.[54]

Andrei Zenkner Schmidt ressalva que, com o desenvolvimento do constitucionalismo, movimento que entende ser vinculada a atividade estatal, em seus diversos níveis, a uma ética escorada nos direitos fundamentais (direitos individuais e sociais) arrolados expressa ou implicitamente na constituição dirigente,

---

[53] MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 2.
[54] CAPEZ, Fernando. *op. cit.* . p. 19..

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

também todo fundamento punitivo, observado no curso da execução penal, deve se adequar às garantias fundamentais do cidadão.[55]

Ao passar em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado uma complexa relação jurídica, com direitos, expectativas de direitos e legítimos interesses, de parte a parte. Daí que se fala em "jurisdicionalização da execução penal", o que significa a intervenção do juiz para solucionar os conflitos porventura emergentes do exercício do direito público subjetivo do Estado de punir e os direitos atinentes à liberdade do cidadão.[56]

Apesar de jurisdicionalizada, em seus momentos decisórios principais, como alteração de regime de cumprimento de pena, aplicação de sanções por infrações disciplinares de natureza grave e outras semelhantes, a execução material da pena também é administrativa. É sujeita, evidentemente, ao crivo do Judiciário, mas *a posteriori*. A LEP estabelece os direitos e deveres dos presos, deixando à discricionariedade da legislação estadual o arrolamento de alguns pontos, como fixação de faltas leves e médias, e à Administração local o estabelecimento dos regulamentos das penitenciárias.

A própria LEP estipula que haverá excesso ou desvio de execução, sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares, na dicção do art. 185. Os atos e os termos da execução estão submetidos ao princípio da legalidade, de modo que não podem ser transpostos os limites da pretensão executória estabelecidos na sentença condenatória transitada em julgado ou na LEP, que afirma, categoricamente, que são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3, *caput*).[57] A hipertrofia da punição, proclama o item 20 da Exposição de Motivos da LEP, não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência pela formação de focos criminógenos que propicia.

---

[55] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina da Execução Penal.** in Crítica a Execução Penal, Salo de Carvalho (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 313.
[56] MIRABETE, Júlio Fabrini. *op. cit.* p. 32.
[57] Ibidem , p. 779.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A relação jurídica que se instala na execução penal, na qual o internado sofre sujeição especial, com a restrição de sua liberdade de locomoção, não lhe retira a condição de sujeito de direito, surgindo para a Administração uma série de responsabilidades que dizem respeito à pessoa humana do preso e a seus direitos e interesses jurídicos não atingidos pela condenação.[58]

3.1 Direitos preservados

A LEP relaciona, em seu art. 41, transcrito abaixo, os direitos do preso, que se somam a todos os demais implícitos e decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição Federal adota, bem como os previstos em outras leis e regulamentos ordinários, desde que não atingidos pela condenação ou procedimentos civis e administrativos, ou atingidos pela privação da liberdade de locomoção.[59]

> Art. 41 - Constituem direitos do preso:
> I - alimentação suficiente e vestuário;
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
> III - Previdência Social;
> IV - constituição de pecúlio;
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
> VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
> VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
> VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
> IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
> X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
> XI - chamamento nominal;
> XII - igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena;
> XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
> XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
> XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

---

[58] MIRABETE, Júlio Fabrini. ob. cit. , p. 41
[59] MIRABETE, Júlio Fabrini. ob. cit. , p. 43

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
> Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

O preso, portanto, somente sofre restrições nos direitos atingidos pela sentença condenatória. O seu confinamento, que dela decorre, implica em obediência às normas da vida em internamento, mas lhe são garantidas condições dignas de permanência na reclusão, bem como assistência aos diversos aspectos da existência, que lhe permitam desenvolver sua ressocialização, com trabalho, recreação e descanso. A Lei de Execução Penal apenas prevê possível suspensão ou restrição dos direitos elencados nos incisos V, X e XV, por ato motivado do diretor do presídio. Os demais direitos são insuscetíveis de limitação.

3.2 Excesso e Desvio de Execução

A execução da pena no direito penal do Brasil se atém ao princípio da legalidade. A pena tem que estar perfeitamente determinada na condenação. Não pode ser aumentada; pode, todavia, ser diminuída, ou abrandado o regime de cumprimento, em obediência a uma escala estipulada na própria lei. A Lei de Execução Penal vem dar garantias ao condenado, relativamente à possibilidade de excessos e erros que importem em aumento injustificado no cumprimento da pena, além do fixado na sentença. E, também, contra alterações indevidas no curso da execução. Chama-se a isso excesso ou desvio de execução.

O assunto é tratado nos art. 185 e 186 da LEP:

> Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.
> Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução;
> I - o Ministério Público;
> II - o Conselho Penintenciário;
> III- o sentenciado;
> IV- qualquer dos demais órgãos da execução penal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Há *excesso de execução* quando o condenado sofre violação nos seus direitos, e *desvio*, quando recebe ou deixa de receber algo a que não tem direito, o que pode ser até um benefício ou uma autorização.[60]

3.3 Deveres e disciplina

Constituem deveres do condenado os tópicos arrolados no art. 39, que se transcreve a seguir.

> Art. 39. Constituem deveres do condenado:
> I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
> II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
> III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
> IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
> V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
> VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
> VII - indenização à vitima ou aos seus sucessores;
> VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
> IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
> X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Como conseqüência lógica do desatendimento ao quadro de deveres, a LEP prevê medidas de caráter disciplinar. O poder disciplinar, na pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Disciplina significa a manutenção de um conjunto de regras de condutas dos diversos membros pertencentes a um agrupamento, para proporcionar seu bem-estar e o bom andamento dos trabalhos. Através da disciplina, a ordem do estabelecimento será mantida, o que é indispensável ao cumprimento das

---

[60] ROSA, Antonio José Miguel Feu. Ob. cit. p. 426

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

finalidades da pena.[61] Também pode ser conceituado como "regime de ordem imposta ou livremente consentida".[62]

A Lei de Execução Penal define a disciplina desejada, em seu artigo 44.[63]

As faltas disciplinares classificam-se em graves, médias e leves. As primeiras estão descritas na LEP, em seu art. 50. São elas:

> I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina;
> II – fugir;
> III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> IV – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
> V – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 da LEP.

Os deveres mencionados no inciso V são, respectivamente, obediência aos servidores e respeito aos outros, e execução do trabalho, das tarefas e ordens recebidas.

3.3.1 Sanções

Orientada pelo princípio da reserva legal, a LEP estipula taxativamente quais são as sanções aplicáveis, dispondo:

> Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
> I - advertência verbal;
> II - repreensão;
> III- suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único);
> IV- isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 desta Lei.

---

[61] BRITO, Aléxis Augusto Couto de. ob. cit., p. 155.
[62] SILVA, Haroldo Caetano da. ob.cit., p. 63.
[63] Art. 44. A disciplina consiste na colaboração das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.
Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

As infrações leves e médias são descritas em ordenamento estadual. A elas só podem aplicar-se as sanções de advertência e repreensão, por decisão motivada, após instauração de procedimento para apuração da infração, assegurado o direito de defesa (art. 59 da LEP).

Considera-se falta leve aquela que, por sua natureza, não implica em prejuízo ao recluso na obtenção de notas para sua conduta carcerária; falta média é aquela que, por sua natureza, implica na obtenção de nota e constitui para a punição disciplinar; e falta grave é aquela que, por sua natureza, implica imediata punição disciplinar.[64]

A advertência e a repreensão são reservadas às infrações leves e médias. A advertência costuma figurar como a admoestação verbal, reserva a infrações leves ou praticadas de forma culposa. A repreensão, normalmente aplicada por escrito, destina-se a reiteração de falta leve ou à prática de falta média.[65]

São cominadas às infrações graves as sanções de suspensão ou restrição de direitos, isolamento ou inclusão no regime disciplinar diferenciado. Essa última só poderá ser aplicada por prévio e fundamentado despacho do juiz competente, ouvido o Ministério Público e a defesa. As demais serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento. Além disso, a falta grave, além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, justifica regressão de regime, consistente na transferência do condenado para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é comparada à prática de fato definido como crime (art. 118, I, da LEP) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juízo da execução para decidir sobre a regressão e a perda dos dias remidos, se houver.

---

[64] ROSA, Antonio José Miguel Feu. ob. cit., p. 159-160.
[65] BRITO, Aléxis Augusto Couto de Brito. op. cit.., p. 163.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3.3.2 Recompensas

Todo sistema penitenciário deve conter adequado catálogo de medidas que tendam a manter a ordem e a disciplina no âmbito penitenciário, a fim de que se possa desenvolver a contento o processo destinado à re-inserção ou adaptação social do condenado. Ao lado das sanções, aplicáveis aos transgressores da ordem disciplinar, devem figurar recompensas, o que estimulará a aceitação das normas internas e a manutenção de um comportamento adequado ao ambiente da instituição. Preconizam as Regras Mínimas da ONU que em cada estabelecimento deverá ser instituído um sistema de privilégios adaptados aos diferentes grupos de presos e aos diferentes métodos de tratamento a fim de incentivar a boa conduta, desenvolver o sentido de responsabilidade e promover o interesse e a cooperação do condenado durante o seu recolhimento.[66]

Nesse mesmo sentido segue a LEP, em seu artigo 55, que dispõe que "as recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho".

Anota Júlio Fabrini Mirabete:

> Assim, os atos do condenado que ponham em relevo sua boa conduta, seu espírito de trabalho e sentido de responsabilidade no comportamento pessoal e nas atividades organizadas do estabelecimento e co cumprimento integral de seus deveres são estimulados mediante um sistema de recompensas, previstas expressamente no art. 56. A Lei nº. 10.792, de 1º-12-2003, prevê no art. 5º, inciso V, como matéria a ser disciplinada nos Estados, a elaboração de programa de atendimento diferenciado aos presos e condenados incluídos no regime disciplinar diferenciado que contemple recompensas para o bom comportamento durante o cumprimento da sanção, visando a sua reintegração ao regime comum. [67]

Essas regalias, observa Feu Rosa, serão concedidas segundo os méritos e atitudes dos condenados, de acordo com o modo como suportam a pena. E acrescenta:

---

[66] ONU – Organização das Nações Unidas. Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm. Acessado em 12 dez 2006.
[67] MIRABETE, Júlio Fabrini. ob. cit. , p. 157.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> Trata-se do comportamento geral, assiduidade e aplicação ao trabalho, aos estudos e à formação profissional, assim como o senso de responsabilidade manifestado pelo recluso com respeito às regras disciplinadoras da vida na prisão.
> As medidas estimuladoras devem intervir, não somente em consideração à oportunidade objetiva e finalidade desse tratamento, mas também tomando em conta esforços empreendidos pelo recluso em prol de sua readaptação.[68]

As recompensas, elencadas no art. 56 da LEP, são o elogio e a concessão de regalias. No parágrafo único do artigo citado está disposto que " a legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias".

Na obra citada, comenta Mirabete:

> O elogio é uma espécie de distinção, é o reconhecimento direto da boa conduta do sentenciado, marcando o mérito do condenado e servindo de estímulo para que persevere na reta intenção de emendar-se e readaptar-se futuramente à vida social. Deve ficar constando no prontuário do condenado e pesará na aferição de seu comportamento carcerário.
> Também é recompensa a concessão de regalias, que deverão ser previstas na legislação local e nos regulamentos. Tratando-se de privilégios, evidentemente não podem ser elas o exercício de direito já garantido pela legislação, mas de um *plus* com referência aos demais que não o fizeram por merecer. [69]

3.4 Procedimento disciplinar

O processo de apuração da infração é procedimento administrativo presidido pela autoridade administrativa penitenciária. Concluído o procedimento, garantido o direito de defesa, e apurada a necessidade de imposição de sanção traduzida em suspensão ou restrição de direitos, ou isolamento, a decisão será proferida pelo diretor do estabelecimento, a autoridade administrativa ou o conselho disciplinar, devidamente fundamentada. Deverá expor os elementos que comprovam a

---

[68] ROSA, Antonio José Miguel Feu. ob. cit., p.163.
[69] MIRABETE, Júlio Fabrini. ob. cit. , p. 158.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

existência e a autoria da falta, em como as razões referentes às circunstâncias do fato e do autor que conduziram à fixação em espécie da sanção e sua duração.[70]

Isso porque, a rigor, a execução material da pena, ainda que possuindo um caráter jurisdicional, é controlada e conduzida pelo Poder Executivo, o que significa que a disciplina será mantida através do comando direto da autoridade administrativa, consoante prescrito no art. 48 da LEP.[71]

Caso se conclua pela necessidade de imposição da sanção referente ao inciso V do art. 53 da LEP (inclusão em regime disciplinar diferenciado), o requerimento circunstanciado nesse sentido será encaminhado ao juiz da execução, que, caso o defira, o fará em despacho fundamentado, precedido de manifestações do Ministério Público e da defesa.

O procedimento disciplinar, por tratar-se de processo administrativo, está sujeito, logicamente, ao princípio do devido processo legal. Como anotado por Renato Marcão, a prática de falta disciplinar causa repercussões danosas aos destinos da execução, impondo ao condenado os mais variados ônus na expiação de sua pena. Disso resulta a necessidade de apuração detalhada, com respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.[72]

Anota Andrei Zenkner Schmidt que a CF/88, em seu art. 5º, inciso LV, assegura a todos os acusados, em processos administrativos e judiciais, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Afirma ainda que essa e a releitura que deve ser dada ao art. 59 da LEP, com as conseqüências principais de que todo preso tem o direito a ser representado por advogado durante a tramitação do processo disciplinar; caso ele não tenha condições de constituir um, o Estado deverá proceder à respectiva nomeação; antes de proferida a decisão, é cogente a abertura de prazo

---

[70] MIRABETE, Júlio Fabrini. ob. cit. , p. 168.
[71] Art. 48 - Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.
Parágrafo único - Nas faltas graves, a autoridade representará ao juiz da execução para os fins dos arts. 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra *d*, e 2º desta Lei.
[72] MARCÃO, Renato. Ob. cit., p. 130.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

para a apresentação das alegações da defesa, por escrito; e toda decisão deverá ser fundamentada.[73]

Assim que for apurada a falta disciplinar, deverá ser instaurado um procedimento administrativo para sua apuração, que poderá ser um Processo Administrativo, no caso de faltas graves, ou uma Sindicância para as demais faltas, afirma Aléxis Augusto Couto de Brito. Ambas diferenciam-se pelo rigor e formalismo, mais marcantes no Processo Administrativo. Aplicam-se ao preso os mesmos institutos e garantias de qualquer acusado em procedimento judicial ou administrativo, em especial a ampla defesa e o contraditório. A decisão deverá ser motivada, e o seu fundamento deve se escorar na legalidade.[74]

Quando se trata de sindicância para apuração de falta grave, a jurisprudência tem entendido, de forma consistente, que deve ser exercitado pelo condenado os consectários da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, confira-se:

> HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DISCIPLINAR. PRESO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE.
> 1. O contraditório e a ampla defesa, por mandamento constitucional (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), devem ser assegurados também no procedimento administrativo disciplinar.
> 2. Ordem concedida.
> (HC 9.750, Rel Min. Hamilton Carvalhido, 6ª. Turma)[75]

Em breve escorço, o julgado acima examinou decisão de Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que cassara a decisão do Juiz da Vara de Execuções Criminais, na qual declarara nulos os procedimentos administrativos instaurados para apuração de faltas disciplinares cometidas pelo paciente. No corpo do voto, salientou o Ministro Hamilton Carvalhido trechos da decisão do Juiz de primeiro grau, e ao final concedeu a ordem de *habeas corpus*, para restabelecer a sentença. Segue abaixo o texto destacado pelo Ministro Relator:

---

[73] SHMIDT, Andrei Zenkner, *op. cit.* , p. 311.
[74] BRITO, Aléxis Augusto Couto de. op. cit. , p. 171.
[75] HC 9.750, Rel Min. Hamilton Carvalhido, 6a Turma, Diário da Justiça de 19 fev 2001, p. 239

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> De antemão, cabe relembrar que ao condenado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença.
> A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, determina: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.
> Como se vê, duas regras devem ser observadas: o contraditório e a ampla defesa.
> Com isso, o procedimento administrativo caminha, cada vez mais e principalmente após a nova Carta Magna, para a jurisdicionalização, devendo obedecer, em síntese, às regras que regem o processo penal.
> O contraditório, como se sabe, é a possibilidade de uma parte opor-se a qualquer ato produzido pela parte adversa, enquanto a ampla defesa é possibilitar ao réu condições de se defender de forma eficaz.
> Portanto, o contraditório está inserido no conceito ampla defesa e assegurar apenas o primeiro é cercear o sentenciado de se defender a contento, privando-o de mostrar sua verdade acerca dos fatos a serem julgados.
> A ampla defesa se dá pela autodefesa e pela defesa técnica, que não se confundem nem se excluem, sob pena de nulidade do procedimento.
> O fato de ter, o sentenciado, se autodefendido no procedimento administrativo não elide a mácula da ausência do defensor técnico, pois só com a presente atuante desse é estará assegurado a paridade dos argumentos entre a acusação e a defesa.
> A autodefesa é até renunciável; porém, a defesa técnica, além de obrigatória, é um direito do sentenciado e independe de sua vontade. Tanto assim é que ao magistrado incumbe avaliar a atuação do defensor e, se necessário, declarar o réu indefeso, indicando outro profissional que o defenda de forma eficaz.
> Insisto, o procedimento administrativo está jurisdicionalizado e deve, sob pena de nulidade, observar todas as regras que regem o processo judicial.

Transcreve-se, a seguir, decisão ilustrativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no mesmo sentido:

> O procedimento disciplinar de apuração da falta grave (sindicância) é modalidade de processo administrativo, coberto pela cláusula constitucional da ampla defesa e do contraditório, que exige não só que, a final, seja dada oportunidade ao defensor do reeducando para que se pronuncie, mas também que haja efetiva presença do padroeiro do investigado durante a instrução, para que possa produzir prova, contrapor-se, reinquirir testemunha, praticar, enfim, todos os atos inerentes à ampla defesa. Não se compadece o direito brasileiro, quer em se tratando de processo judicial, quer de processo administrativo, com a ausência de defesa técnica, sobretudo quando, neste último, a sanção aplicável possa ser de sérias proporções(TJSP, AG 271.800-3/5-00, 3ª Câm., rel. Des. Walter Guilherme, j. 20-04-1999, v.u. RT 767/577).[76]

Resta aos apenados, em caso de desatendimento ao princípio do devido processo legal, no desenvolvimento dos procedimentos administrativos destinados a

[76] MARCÃO, Renato. ob. cit. , p. 130

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

subsidiar as decisões judiciais sobre aplicação de sanções relativas a infrações de natureza grave, punidas com a regressão de regime, regime diferenciado de cumprimento de pena, perda de dias remidos, a apresentação de agravo em execução penal, previsto no art. 197 da LEP, ou *habeas corpus*.

3.5 Atuação jurisdicional

Com a predominância do caráter jurisdicional da execução penal, o juiz passa a ser o *dominus* do processo executivo. Fundamentalmente, deve-se a transferência da supervisão da execução ao Judiciário, antes reservada ao Poder Executivo, à evolução do direito penitenciário, e das ciências criminológicas. A mudança trouxe para o direito penal o caráter mutável da sentença; tendo em vista o caráter dinâmico das atividades reeducativas, com vistas à reinserção do condenado na sociedade, tornou-se necessário a intervenção constante do juiz. Não pode o funcionário da Administração alterar a coisa julgada. Somente o Poder Judiciário tem competência para impor nova forma de dar efetiva concretização da sentença.

Além disso, o princípio da legalidade, que reina absoluto no direito penal, traz como conseqüência a intervenção jurisdicional na execução criminal, como esclarece Jason Albergaria, citando Siliwowiski:"

> O pirncípio *nulla poena sine lege* introduziu-se no domínio penitenciário para evitar arbítrios e abusos possíveis, exigindo como garantia essencial a instituição de um juiz encarregado de resolver os conflitos e litígios.[77]

Precisamente, a solução de conflitos, surgidos como agressão aos direitos da pessoa humana do sentenciado, é que imprime o caráter jurisdicional à execução penal, sendo o reconhecimento desses direitos o principal fator da intervenção judicial.

---

[77] ALBERGARIA, Jason. Ob. Cit., p. 256.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Como se observa no art. 66 da LEP, as atribuições do juiz são de decisão, controle e inspeção. São de decisão as dos incisos I a V; de controle, as dos incisos VI a IX; e de inspeção, as dos incisos VII e VIII.

O poder de decisão do juiz tem por objeto a individualização da execução penal, ao determinar o acesso às diferentes fases do regime progressivo. Compreende também as diferentes hipóteses de trabalho externo, freqüência a curso, ligação a casa de albergado, regime de semiliberdade, execução odo período de prova do livramento condicional, sursis, e outras.Efetivamente, cabe ao juiz da execução penal decidir sobre a progressão ou regressão do regime a que o condenado estiver sujeito. É principalmente mediante o regime progressivo que o juiz participa da execução penal, como dominus do processo de reeducação.

Na dicção do art. 197 da LEP, das decisões do juiz no processo de execução penal caberá agravo.

3.6 Agravo em execução penal

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não mais se discute a matéria de direito penal nela decidida, salvo se havendo erro judiciário se abrir uma nova instância através de revisão criminal, a qual, porém, não impõe efeito suspensivo à sentença revisanda. Continua, todavia, uma complexa relação processual entre o Estado e o sentenciado,o que impõe a intervenção do magistrado da execução.

Conforme anota Heráclito Antonio Mossin, poderão ser estabelecidas controvérsias com relação à pena, quanto a sua soma ou unificação, detração e remição, suspensão condicional, além da progressão do regime prisional (ou sua regressão), bem como de outros incidentes na execução, que reclamam um

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

pronunciamento jurisdicional.[78] Contra a decisão proferida na apreciação do incidente caberá, na dicção do art. 197 da LEP, o recurso de agravo: "Das decisões proferidas pelo juiz caberá agravo, sem efeito suspensivo".

Todas as decisões proferidas na fase de execução penal são recorríveis por meio de agravo, exceto, é claro, aquelas de mero expediente. Como preleciona Mossin, citando Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

> Como é de clareza evidente, todas as decisões de natureza jurisdicional do juízo da execução são recorríveis por agravo: "Das decisões proferidas em execução, na fase executória do processamento criminal, o recurso cabível é o agravo (inominado), porque previsto expressamente na lei específica. O que fixa a natureza do recurso é a fase em que é proferida a decisão atacada, tanto que a extinção da punibilidade pode ser guerreada pelo recurso em sentido estrito, se proferida na fase de conhecimento (art. 581, VII) ou pelo agravo, se originária da fase executória".[79]

O prazo para interposição do recurso é de cinco dias, consoante o art. 586 do Código Penal,[80] atentando-se para os termos da Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal: "É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal." O início da contagem do prazo "submete-se à regar geral consubstanciada no art. 798, § 5º, do Código de Processo Penal, onde o espaço recursal será contado a partir: (a) da intimação; (b) da audiência ou sessão em que foi proferida a decisão,se a ela a parte estiver presente; (c) pelo dia em que a parte tomar ciência inequívoca da sentença ou despacho".[81]

A legitimidade recursal é do sentenciado ou do seu representante legal, através de defensor constituído ou dativo, se a decisão lhe causar gravame. Por outro lado, se o prejuízo for do Estado, o titular recursal será o órgão do Ministério Público.

Portanto, o sentenciado ou seu representante legal, para recorrer, pedindo reforma de decisão de conteúdo jurisdicional, deve fazê-lo por meio de advogado,

---

[78] MOSSIN, Heráclito Antonio. **Recursos em Matéria Criminal**. 2 ed; São Paulo: Atlas, 1997. p. 280.
[79] MOSSIN, Heráclito Antonio. op. cit., p. 318
[80] Art. 586 – O recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias.
[81] MOSSIM, Heráclito Antonio. ob. cit. , p. 320.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

por envolver matéria que demanda, sempre, conhecimento da ciência do direito e que, por essa razão, não pode ser delegada a pessoas leigas.[82]

Corrente expressiva de processualistas defende a possibilidade de recurso ser manifestado pessoalmente pelo interessado, mas, formulado o agravo, deve o recurso ser arrazoado pelo advogado.[83]

3.7 Modelo inquisitivo e acusatório na execução penal

A parte jurisdicionalizada da execução penal, como se vê, tem um sistema estruturado, e que traz a previsão, nos seus procedimentos, de revisão e acompanhamento, sendo obrigatória a intervenção da defesa técnica, da manifestação da defesa e do Ministério Público, ou da audiência do próprio reeducando antes de ser proferida a decisão restritiva dos direitos do condenado, por meio de sanção. Caso desatendido qualquer dos preceitos que traduzem a efetivação das garantias da ampla defesa e do contraditório, certamente será decretada a nulidade do ato objurgado, com amparo no princípio da supremacia das normas constitucionais, que inquina de invalidade atos ou normas que com ela se choquem.

Apesar dessa garantia, repetida em inúmeros julgados das Cortes Superiores, e que se verifica nos Tribunais estaduais, levanta-se severa crítica à estrutura normativa do processo de execução penal, em que se afirma não estar voltada para garantir plenamente o direito dos apenados, diante de sua instrumentalidade mínima garantista, uma vez que sua sistematicidade é inquisitiva. Salo de Carvalho, em artigo publicado na coletânea “Crítica à Execução Penal”,

---

[82] *Ibidem*, p. 319

[83] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* . **Recursos no Processo Penal**.4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

sustenta a total impossibilidade lógico-científica da existência de um sistema jurídico misto, seja processual penal, materialmente penal ou penalógico.

O modelo acusatório caracteriza-se pelo posicionamento passivo do juiz enquanto sujeito processual, tanto no que concerne à iniciativa das ações quanto à gestão de provas. Com isso verifica-se a sua separação das partes, principalmente do órgão acusador, propiciando condições para sua imparcialidade, que é um dos elementos processuais para a concretização do devido processo legal.

Por outro lado, o sistema inquisitorial, no qual o juiz procede à busca e valoração das provas, chegando à decisão após instrução escrita e secreta, denomina-se sistema inquisitivo.[84]

Salo de Carvalho entende que é ineficaz jurisdicionalizar o processo de execução se este sistema for concebido através de premissas inquisitoriais. Somente se pode atingir determinado grau de garantias se for dado, ao processo de execução penal, feição acusatória, visto que só dessa maneira se otimiza a ampla defesa, o contraditório, a oralidade, e a livre apreciação da prova, permitindo o imparcial convencimento do julgador.[85]

No entendimento de Dyrceu Dias Cintra Jr., a jurisdicionalização plena do processo de execução penal também não ocorre, pois o contraditório formado no processo judicial é sacrificado, considerando que os processos administrativos são feitos por uma das partes interessadas na execução, que é o juiz, que na execução penal impulsiona o seu desenrolar, o que compromete a imparcialidade.[86]

Como visto anteriormente, o segregado pode sofrer certas sanções, como isolamento e privação de algumas atividades, sem qualquer controle jurisdicional. A restrição e suspensão de direitos (art. 41, parágrafo único, da LEP) – que atingem direitos importantes para a finalidade básica de re-inserção social do condenado,

---

[84] CARVALHO, Salo de. **Da necessidade de efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal** *(*in* CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Pena*l.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 491

[85] idem, p. 495.

[86] CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. **Execução Penal e Dignidade Humana.** *in* Revista do Advogado. Ano XXII, n. 67, Ago 2002. p. 68

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

como o contato com a família e com os meios de informação ou uma racional proporcionalidade entre trabalho, descanso e recreação – atribuídas ao diretor do estabelecimento, não passam pelo crivo jurisdicional, como regra. [87]

A prática de falta grave implica graves conseqüências para o condenado à pena privativa de liberdade. Entretanto, a ocorrência dela é apurada sem a intermediação do juiz, pelo diretor do presídio. O juiz toma conhecimento posterior do fato consumado.

O procedimento administrativo disciplinar, seja ele meramente instrutório, para subsidiar a decisão do juiz da execução penal, em casos de imposição de sanções por falta grave, que se traduzam em regressão de regime, revogação de saída ou perda do direito ao tempo remido, seja claramente decisório, para definição, por parte do diretor do estabelecimento, de sanções aplicáveis a faltas graves sujeitas à restrição de direitos ou isolamento, deve se pautar pela obediência ao princípio do devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Estas garantias só se realizam plenamente no mundo processual, por meio da defesa técnica, no momento processual adequado, ou seja, no decorrer do processo, e não ao final, como mera satisfação à necessidade de pronunciamento da defesa. É o que deflui da conjugação do art. 2º, da LEP, e do disposto no art. 261 do Código de Processo Penal.[88]

---

[87] CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 68.

[88] Lei n. 10.792/03 – Art. 2º - A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais de Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Decreto-Lei nº 3.689/41 – Art. 261 - Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4 A DEFENSORIA PÚBLICA.

A Constituição Federal de 1988, como visto anteriormente, reconheceu expressamente direitos fundamentais, tornando-se, de fato, um diploma que consagra os avanços das conquistas sociais, sendo o reflexo da vontade da nação após anos e anos de obscurantismo político, no qual se amordaçaram parcelas da população e foram suprimidos direitos; o efeito da energia contida nos movimentos abortados, nas reivindicações silenciadas, traduziu-se em fragoroso clamor por tudo que fora negado e se acresceu mais na responsabilidade do Estado, não só se redefinindo o seu papel, tornando-o garantidor das liberdades civis, como orientando o seu aparelho como instrumento para a realização de direitos políticos e sociais. A Constituição brasileira de 1988 não pode ser vista como uma constituição programática, mas sim como documento que traz em seu bojo normas impositivas de realização de valores fundamentais às sociedades democráticas, organizadas em Estados de direito.

Inicialmente, há que ser visto que a própria Constituição brasileira afirma, no parágrafo primeiro do seu art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dentre esses direitos e garantias destaca-se, para os fins deste estudo, o postulado de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”, conforme consta no inciso XXXV do citado artigo 5º, que verbaliza o princípio da inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário.

Também no mesmo artigo, no inciso LXXIV, a Constituição estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Mais adiante, no artigo 134, a Constituição diz que é a Defensoria Pública o órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa judicial das pessoas pobres. Diz também que a União organizará a Defensoria Pública da União

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

e a do Distrito Federal e cada Estado organizará a sua, na forma de lei complementar.[89]

Da conjunção desses dispositivos, chega-se à constatação que todas as pessoas devem ter amplo acesso à Justiça; para aquelas que não dispõem de recursos financeiros, é o Estado que deve garantir esse acesso através da Defensoria Pública.

A Lei Complementar nº 80, de 12/01/1994, organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como estabeleceu normas gerais para sua organização nos Estados. Em seu artigo 1º estabelece:

> Art. 1º. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.

E a seguir:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
> [...]
> VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
> IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;

Daí se segue que, a toda evidência, a função da Defensoria Pública é corolário do dever constitucional do Estado de prestar assistência jurídica aos economicamente desprivilegiados, bem como, no universo repressivo, policial e penitenciário, deve atuar *ex officio*, independentemente de nomeação ou chamamento, como sentinela e combatente na preservação dos direitos e garantias individuais; e zelar, em prol dos seus assistidos, pela aplicação dos princípios do

---

[89] Constituição Federal de 1988. Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.),
§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

contraditório e da ampla defesa, no desenrolar de processos judiciais e administrativos.

O processo de execução penal é atividade estatal preponderantemente jurisdicional, na qual devem estar presentes todas as garantias do devido processo legal, entre as quais se arrolam a garantia do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do duplo grau de jurisdição, somente exercitáveis quando, ao lado da defesa pessoal, feita pelo próprio sentenciado, se somar a defesa técnica do profissional do direito.[90]

A Lei de Execução Penal, em seus arts. 10 e 11, estipula:

> Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
> Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.
> Art. 11. A assistência será:
> I - material;
> II - à saúde;
> III -jurídica;
> IV - educacional;
> V - social;
> VI - religiosa.

A assistência jurídica acima citada, nos termos do art. 15 da LEP, "é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado".

E acrescenta a mesma Lei, no art. 16, que "as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais".

Dois elementos característicos do sistema penitenciário chamam obrigatoriamente a atuação da Defensoria Pública. São eles: primeiramente, a absoluta carência de recursos financeiros que marca a maioria dos encarcerados, e, em segundo lugar, a inobservância estrita dos ditames constitucionais que delimitam os direitos e garantias individuais, no decorrer do processo de execução penal.

---

[90] CAPEZ, Fernando. ob. cit., p. 36.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4.1 Descrição da população carcerária

A população carcerária no Brasil, como no resto do mundo, é formada basicamente por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade. Pesquisas sobre o sistema prisional indicam que mais da metade dos presos têm menos de trinta anos; cerca de 95% são pobres e do sexo masculino, e dois terços não completaram o primeiro grau, com cerca de 12% analfabetos.[91] Os dados são de relatório do Human Rights Watch, organização não-governamental de atuação mundial, constantes de relatório cuja divulgação deu-se em 1998.

Em estudo voltado para a verificação da ocorrência de excessos nas medidas disciplinares, incidentes na execução penal, no sistema penitenciário do Estado do Paraná, levantamento mostrou um quadro ainda pior que aquele retratado no relatório do HRW, como se pode ver do texto que transcrito a seguir:

> A situação sócio-econômica é muito precária, e via de regra são trabalhadores não qualificados, ocasionais e mal remunerados. É freqüente informarem que trabalhavam como sucateiro ou guardador de carros. Embora as ocupações declaradas com maior freqüência sejam pintor, servente de pedreiro, trabalhador rural e ajudante geral, menos de 25% dos entrevistados tinham alguma ocupação, e praticamente 50% estavam desempregados por ocasião do crime. Tal diferença é indicativo de distorção entre as ocupações declaradas e efetivamente exercidas.
> Pode-se afirmar que 85% dos reclusos são considerados muito pobres e cerca de 97% não tem como contratar advogado.
> Quanto a escolaridade, mais de 80% são analfabetos ou analfabetos funcionais. O conjunto daqueles que conseguiram concluir o Ensino Fundamental não atinge 10% do total de entrevistados.
> O grau de instrução da população carcerária é seriamente comprometido pelo alto índice de portadores de transtornos cognitivos, que reduz a capacidade de assimilar e adquirir informações, armazená-las, combiná-las, classificá-las e utilizá-las oportunamente. Numa estimativa em que se leva em consideração o histórico pessoal, é possível concluir que, a maioria absoluta dos entrevistados, foi afetada desde a infância por distúrbios da atenção e da aprendizagem. É provável que exista influência desses fatores psico-pedagógicos na conduta criminosa, especialmente entre os reincidentes e violentos. O dado numérico salta aos olhos: mais de dois terços dos entrevistados têm manifestações clínicas que indicam distúrbio de atenção.

---

[91] Human Rights Watch: **O Brasil atrás das grades. Uma análise do sistema penitenciário**. Disponível em http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/sistema2.htm. Acessado em 08 dec 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> A dependência química ocorre com freqüência elevada: o alcoolismo, em maior ou menor grau, associado ou não a outras formas de intoxicação, ocorre em cerca de 90% dos internos. Outros tóxicos são mencionados pelos entrevistados: tabagismo (mais de 90%); maconha e cocaína (75%); "crack" (50%). No caso de maconha e cocaína, referem-se ao uso temporário ou prolongado de uma ou ambas as drogas.[92]

A seguir é mostrado quadro geral da população carcerária do Brasil (Tabela 1), organizado pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

Nesse levantamento, feito pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, se revela que, dos 203.401 presos sob regime fechado, aberto ou semi-aberto, 9.393 deles, ou 4,6% são mulheres. Estão no regime fechado 155.280 detentos, ou 76 %; no regime semi-aberto, 35.670 presos, o que equivale a 17,5%, e gozam do regime aberto 12.451, ou 6,5% do total.

Essa aferição mostra um expressivo contingente de presos cumprindo pena sob regime mais gravoso, com menos de 25% em regime que permite o exercício de atividades produtivas. Regimes mais duros exigem maior rigor disciplinar, pois a tensão nos ambientes prisionais sobrecarregados de detentos, submetidos ao regime fechado, ocasiona levantes e insubordinações freqüentes, e a administração desse contingente diuturnamente trancafiado é exponencialmente exigida.

---

[92] PALMAS, Arnaldo de Castro. **Sobrepenas: Os Excessos na Execução Penal**. Disponível em <http://www.pr.gov.br/depen/monografias.shtml>. Acessado em 08 dez 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

TABELA 1 – QUADRO GERAL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen

Quadro Geral

F1 - Total Populacional no Sistema Penitenciário F2 - Déficit da População no Sistema Penitenciário	Valores sublinhados referem-se a Dez/2004	Valores em Vermelho referente a última data de preenchimento no InfoPen	Valores em Preto referente a Junho/2006	Valores com "-" não foram informados.

Referência:6/2006

UF	Fechado		Semi-Aberto		Aberto		Med. Seg. - Internação		Med. Seg. - Tratamento		Provisório		F1	Vagas - Sistema		F2	Presos da SSP		Vagas - Polícia		Mês Referência
	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.		Masc.	Fem.		Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	
AC	805	23	331	4	12	0	4	0	1	1	1118	75	2374	983	46	1345	-	-	0	0	06/06
AL	691	27	441	9	234	26	30	4	0	0	858	42	2362	0	0	2362	920	40	0	0	06/06
AM	586	41	255	25	192	18	4	0	0	0	1255	132	2508	1078	154	1276	797	20	0	0	04/06
AP	528	29	219	0	187	0	0	0	2	0	675	29	1669	800	94	775	8	0	0	0	06/06
BA	896	79	644	21	112	73	80	3	0	0	5066	170	7144	4905	253	1986	5585	0	-	-	06/06
CE	3692	175	646	40	1433	32	38	0	139	0	4001	171	10367	5769	374	4224	1014	-	-	-	06/06
DF	2895	127	2238	89	120	0	59	4	0	0	1738	141	7411	5337	318	1756	50	0	100	0	06/06
ES	2001	178	323	4	6	0	27	2	0	0	2355	258	5154	3196	269	1689	1303	48	816	48	06/06
GO	1905	100	420	40	201	32	21	4	0	0	3500	100	6323	3777	201	2345	3442	135	3006	160	06/06
MA	1398	42	415	7	49	0	0	0	0	0	1019	34	2964	1457	40	1467	2096	96	480	19	12/05
MG	3660	231	1504	68	279	17	44	0	22	2	1581	182	7590	0	51	7539	16242	779	0	0	04/06
MS	2129	368	730	39	466	27	26	0	11	0	4025	556	8377	3466	721	4190	1550	135	-	-	06/06
MT	5006	132	766	6	0	0	72	4	0	0	7662	514	14162	4481	180	9501	0	0	0	0	06/06
PA	1874	47	493	7	72	0	76	0	0	0	3386	121	6076	5335	108	633	1222	0	0	0	12/05
PB	3330	115	427	11	190	9	0	0	0	0	2158	59	6299	3957	123	2219	0	0	-	-	04/06
PE	7115	278	1257	77	978	42	289	25	0	0	6186	262	16509	8131	232	8146	0	0	0	0	06/06
PI	789	29	99	0	39	0	36	31	83	1	1108	14	2229	1970	135	124	-	-	-	-	06/06
PR	7921	414	1254	56	4286	268	315	21	0	0	2091	167	16793	6975	410	9408	-	-	3123	40	06/06
RJ	12536	779	2527	8	291	9	0	0	1389	0	5213	392	23054	19767	-	-	4592	109	-	-	12/05
RN	0	0	0	0	0	0	42	0	10	0	0	0	52	1872	67	-1887	1575	126	750	60	05/06
RO	2100	67	732	44	317	66	22	3	0	0	756	8	4115	2354	0	1761	575	15	266	0	06/06
RR	249	37	73	1	71	1	0	0	0	0	509	31	972	462	0	510	25	0	8	0	06/06
RS	13220	421	4589	169	1562	69	497	30	-	-	2782	276	23615	16037	965	6613	0	0	0	0	06/06
SC	4419	304	955	31	617	25	121	0	0	0	2335	288	9095	6659	489	1947	513	23	0	0	06/06
SE	791	30	184	3	15	0	33	2	0	0	583	42	1683	1269	20	394	-	-	240	10	06/06
SP	66908	3375	12755	459	-	-	-	-	623	78	36412	-	120601	85717	3275	31609	12610	4905	-	-	12/05
TO	370	18	180	4	8	0	0	0	0	0	575	37	1192	1598	0	-406	227	15	0	0	05/06
Total	147814	7466	34457	1213	11737	714	1836	133	2280	82	98947	4011	310690	197352	8525	101526	54346	6446	8789	337	06/06

Total Geral de Presos no sistema e na polícia:	371.482

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4.2 Efetivo da Defensoria Pública

A Lei Complementar nº 80, de 12/01/94, instituiu a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal, e deu normas gerais para a organização das defensorias dos Estados.

Atualmente, apenas o Estado de Santa Catarina não dispõe de Defensoria Pública. É preciso registrar, no entanto, que estados importantes como São Paulo[93] e Goiás[94] somente aprovaram a criação de defensorias no ano de 2005.

O segundo Diagnóstico da Defensoria Pública, feito pelo Ministério da Justiça e divulgado em 08 de dezembro de 2006,[95] revelou que a estrutura da instituição melhorou nos últimos dois anos, mas que ainda enfrenta dificuldades com relação à concretização da autonomia, estrutura, recursos e número de defensores. Enquanto no Brasil a média é de 1,48 defensor público para cada 100 mil habitantes, são 7,7 juízes e 4,22 membros do Ministério Público.

Apenas 39,7% das comarcas e sessões judiciárias (unidades de atendimento do judiciário) oferecem atendimento à população. Somente em seis unidades da federação todas as comarcas são atendidas pela DP, a saber, Roraima, Amapá, Alagoas, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Distrito Federal. Apenas o Maranhão (4,1%), São Paulo (7,1) e o Piauí (9,4%) ficaram com menos de 10% das comarcas atendidas.

Outro dado relevante para a ampliação do atendimento da defensoria foi o aumento em 23,8% no número de cargos de defensor público, no total de 6.575 vagas. Em contrapartida, foi constatado que apenas 55% dessas vagas estão preenchidas e que existem 3.624 defensores no Brasil.

---

[93] Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 988, de 09 de janeiro de 2006.
[94] Lei Complementar do Estado de Goiás nº 2, de 15 de março de 2005.
[95] Ministério da Justiça.**II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em < http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. Acessado em 09 dez 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

As menores taxas de preenchimento de cargos de defensores foram encontradas no Rio Grande do Norte (8%), no Piauí (12%), na Bahia (21%) e em São Paulo (22%). Já as instituições do Amapá e de Rondônia (100%), a defensoria pública da União (95%), do Rio Grande do Sul (93%) e do Rio de Janeiro (92%) têm os maiores índices de ocupação.

Como reconhece o Diagnóstico, a instituição de núcleos especializados no atendimento aos sentenciados é deficiente, em que pese sua importância.

> Com menor freqüência aparecem os núcleos especializados no atendimento ao sistema prisional (Acre, Ceará, Rio de Janeiro e São Paulo), em que pese estar presente a Defensoria Pública nos presídios da maioria das unidades da Federação, bem como nas varas de execução penal.
> Este serviço junto aos estabelecimentos prisionais é de grande importância para assegurar a assistência jurídica aos presos, tendo, ainda, importantes conseqüências para a garantia da ordem dentro dos presídios e a proteção dos direitos humanos.[96]

Consigna-se, no Diagnóstico referido, dentre outras, as seguintes conclusões, que são transcritas abaixo por serem pertinentes ao objetivo deste estudo:

> - Em que pesem os avanços, a autonomia da Defensoria Pública, introduzida na Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 45/04, ainda não está plenamente implementada em grande maioria das unidades da Federação;
> - O número absoluto de comarcas atendidas pela Defensoria Pública aumentou em 19,9%.Porém, o número de comarcas existentes no país foi ampliado em 27,2%. Portanto, o crescimento da cobertura do serviço pela Defensoria não foi suficiente para acompanhar o crescimento da cobertura do Poder Judiciário;
> - Em 6 unidades da Federação a Defensoria Pública atende a todas as comarcas e, em apenas 3 unidades, o alcance do serviço é inferior a 10% das comarcas;
> - Em regra, os serviços da Defensoria Pública são menos abrangentes nas unidades da Federação com os piores indicadores sociais;
> - O Brasil conta com 1,48 defensor público para cada 100.000 habitantes, enquanto dispõe de 7,7 juízes para cada grupo de 100.000 habitantes, e 4,22 membros do Ministério Público para o mesmo grupo de habitantes.[97]

---

[96] Ministério da Justiça.**II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em < http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. Acessado em 09 dez 2006. p. 80

[97] Ministério da Justiça.**II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em < http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. Acessado em 09 dez 2006. p. 106

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Em São Paulo, que tem o maior número de penitenciárias e onde estão cerca de 40% dos presos do país, segundo os dados do Ministério da Justiça, a Defensoria Pública conta com 87 defensores. Atuam especificamente na área criminal 35 profissionais do direito, incluídos procuradores do Estado, que prestam o serviço de assistência jurídica ao sentenciado, número que é reconhecido pelo Subdefensor-Geral Renato De Vitto, em entrevista à Agência MJ de Notícias, do Ministério da Justiça,[98] como incompatível com o contingente prisional paulista, uma vez que mais de 90% dos sentenciados não têm condições financeiras de constituir um advogado para patrocinar sua defesa.

Especificamente no Distrito Federal, o relatório de atividades da instituição, referente a 2005, aponta números eloqüentes sobre a reclamada presença da defensoria pública no âmbito da execução penal. Mostra, em síntese, quanto ao Núcleo de Execução Penal, 9.141 atendimentos registrados, 575 ações ajuizadas e 4.264 processos movimentados, com um quadro de 5 defensores e 29 estagiários,

[98] Agência MJ de Notícias, **Matérias Especiais – Ação integrada pretende acelerar processos.** Disponível em <http://www.mj.gov.br/noticias/especiais/2006/agosto/mtesp180806-acao.htm>. Acessado em 09 dez 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4.3 Avaliação da atuação da Defensoria Pública

O processo de execução penal, nos termos do art. 2º da LEP,[99] foi jurisdicionalizado. Ao fazê-lo, a legislação buscou, objetivamente, uma maior aproximação do Judiciário dos atos da execução, uma supervisão mais estrita, e uma condução do processo menos dissociada dos seus fins, que são, além da efetivação das disposições da sentença, a harmônica reintegração social dos condenados e internados.

O processo de execução é atividade que exige, na sua plenitude, a atuação jurisdicional. A instrumentalidade, inerente ao processo, está fundada na tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e também voltada para a efetividade do comando concreto emergente da sentença, no dizer da Ada Pelegrini Grinover, citada por Aury Lopes Jr.[100]

A estrutura dialética do processo está presente na execução penal, em que pesem as críticas que apontam características de processo inquisitivo nessa fase, uma vez que no momento inicial da execução é o juiz que tem a iniciativa. Do ponto de vista subjetivo, transfere-se para o magistrado da execução as responsabilidades geradas pela expectativa social, de que o condenado seja efetivamente castigado.[101]

No entanto, não há como deixar de reconhecer que há um interesse do Estado em fazer valer o poder de impor a sanção, já reconhecida como cabível, ao sentenciado. O titular da pretensão da perfeita imposição da pena não é o Juiz, e sim o Estado, que pode se opor à concessão de um benefício ou uma progressão

---

[99] Art. 2º 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.

[100] LOPES JR., Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo de Execução Penal**. *in* Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 444.

[101] PRADO, Geraldo. **A Execução Penal e o Sistema Acusatório**. *in* Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 444.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que entenda indevida, através do Ministério Público. O juiz, visto como imparcial, apenas vela pela correta aplicação da lei ao caso concreto.

Considerando a execução como uma relação processual, disso deriva considerar o apenado como sujeito da relação, e não objeto. Sendo sujeito, é titular de direitos e deveres, estabelecendo-se, para ele, a proteção do princípio do devido processo legal. Essa, como visto anteriormente, implica em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. E esta última, para sua plena realização, deve ser feita tanto pessoalmente, com a utilização da defesa presencial, através do exercício do direito de audiência, como por meio de defesa técnica, a ser exercida por profissional habilitado.

Neste ponto sobressai a atuação da Defensoria Pública. A assistência jurídica preconizada na LEP, em seu art. 11, em muitos lugares ainda não se estabeleceu. Como assinalado no relatório da organização não governamental Human Rights Watch, já citado, a assistência não é prestada, em muitos casos.

> Uma razão pela qual muitos presos não obtém os benefícios disponíveis previstos pela LEP é a escassez de assistência jurídica. Embora os defensores públicos devessem prestar assistência jurídica aos presos, eles pouco aparecem em muitos estabelecimentos prisionais do país.
> Muitos presídios ou possuem advogados como funcionários ou recebem visitas de defensores públicos externos, mas é evidente que a demanda por assistência jurídica excede em muito a oferta.
> Para compensar em parte a falta de assistência jurídica, muitos sistemas estaduais promovem mutirões através dos quais grupos de advogados e estudantes de direito visitam os presídios e avaliam a condição legal dos presos, determinando se eles se qualificam para benefícios de livramento condicional ou outros, A Ordem dos Advogados do Brasil normalmente promove tais eventos assim como faculdade de direito locais.[102]

É indispensável a atuação de defensor no desenrolar da execução penal, pela dificuldade que tem o sentenciado em requerer o que entende ser de direito, ou contrapor-se a medidas tomadas no desenrolar de procedimentos administrativos ou incidentais da execução. A fragilidade da formação intelectual havida por 95% dos condenados, que resulta em obstáculo intransponível ao entendimento completo do

---

[102] Human Rights Watch: **O Brasil atrás das grades. Uma análise do sistema penitenciário.** Disponível em http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/sistema2.htm. Acessado em 08 dec 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

significado dos atos judiciais, torna desproporcional a relação entre os pólos processuais. Nesse sentido, avulta o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 85.200, cujo Relator foi o Ministro Eros Grau:

> HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PACIENTE PRESA EM SÃO PAULO, RESPONDENDO À AÇÃO PENAL NO RIO DE JANEIRO. CONDENAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA: AUSÊNCIA DA RÉ NOS ATOS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ENTREVISTAR-SE COM A DEFENSORA NOMEADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. 1. Paciente condenada por crime de extorsão mediante seqüestro. Ação penal em curso no Rio de Janeiro. Paciente presa em São Paulo. Ausência de contato com o processo em que figurou como ré. Impossibilidade de indicar testemunhas e de entrevistar-se com a Defensora Pública designada no Rio de Janeiro. Cerceamento de defesa. 2. A falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal é inadmissível, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação entre a acusação e a defesa, com graves reflexos em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade. 3. A circunstância de que a paciente poderia contatar a Defensora Pública por telefone e cartas, aventada no ato impugnado, não tem a virtude de sanar a nulidade alegada, senão o intuito de contorná-la, resultando franco prejuízo à defesa, sabido que a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional é restrita ou proibida. Ordem concedida. [103]

A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para a realização dos direitos constitucionalmente reconhecidos não significa que se está diante de meras exortações à ação estatal. A grande tarefa dos profissionais do direito, nessa matéria, consiste em construir tecnicamente garantias públicas, adequadas à realização desses direitos. A concretização das garantias se fará por meio de políticas públicas, e estas são garantidas através dos instrumentos próprios a este fim, que são os orçamentos.[104]

A estrutura hoje existente é insuficiente para a realização dos fins que são constitucionalmente reservados à Defensoria Pública, que é proporcionar acesso à justiça aos que não possuem condições financeiras para contratação de advogados. A Associação Nacional dos Defensores Públicos defende a atualização da legislação da área e a garantia da autonomia financeira e administrativa da Defensoria. Para

---

[103] Habeas Corpus nº 85.200, Rel Min. Eros Grau, DJ 03 fev 2006, p. 31-35
[104] COMPARATO, ob. cit. , p. 339

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

tanto sugere ser assegurada, nos orçamentos dos estados, a mesma dotação do Ministério Público.[105]

A jurisdicionalização do processo de execução trouxe o sentenciado à condição de sujeito do processo, com os direitos e deveres daí decorrentes. A aplicação da LEP deve ser feita sob a lente da constitucionalidade, em face do princípio da supremacia da Constituição; portanto, devem ser garantidos no desenrolar do rito processual o respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Para a sua plena realização deve haver a efetiva participação da defesa técnica em todos os momentos do processo, ao lado do sentenciado.

A condição econômica da maioria dos penitentes não permite esperar que haja real assistência jurídica de profissionais do direito, contratados para esse fim. Os núcleos de assistência jurídica, previstos na LEP, a serem instituídos em cada penitenciária, ainda não se materializaram na maioria dos estabelecimentos. A atividade de levantamento da situação prisional dos sentenciados dá-se em muitos casos por meio de mutirões ou atividades curriculares de estudantes de cursos de direito, que elaboram os pedidos de benefícios legais.

A necessidade de efetiva assistência jurídica, realizada por profissional do direito plenamente habilitado, faz recair sobre a Defensoria Pública a responsabilidade de atuar com recursos mínimos diante da magnitude da tarefa, que é indispensável, contudo. A ressocialização do condenado, objeto da execução, ao lado da concretização da pena, impõe que seja demonstrado ao sentenciado a lógica do sistema legal, que nega a possibilidade de punição injusta ou ilícita, e o pronto reconhecimento dos direitos pelo Estado.

Caso a execução se dê ao arrepio dessa orientação, seu objeto será comprometido, e a estadia do sentenciado no presídio terá sido mais uma agravante nas condições criminógenas a que foi exposto o sentenciado.

---

[105] Defensoria Pública – Restrição orçamentária prejudica acesso à Justiça por carentes. *in* Agência Carta Maior. Disponível em http://agenciacartamaior.uol.com.br/templates/materia___id=10380 Acessado em 10 dez 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Incumbe, portanto, aos responsáveis pela assistência jurídica do preso a sua defesa, durante os procedimentos administrativos e judiciais que compõem o processo de execução penal, fazendo efetivas as garantias do contraditório e da ampla defesa, com vistas a evitar que a execução se dê em desacordo com o devido processo legal, princípio que remete ao valor fundamental do nosso sistema constitucional, que é o da dignidade humana.

Ao Estado é imposta, explicitamente, a obrigação de prestar assistência jurídica aos necessitados. A Defensoria Pública, em âmbito federal, distrital e estadual, é a encarregada dessa ação governamental de implementação do direito fundamental ao devido processo legal, em todas as instâncias.

Sua atuação, no entanto, não atinge o objetivo de levar a assistência devida a todos os que dela necessitam. Aliada à falta de recursos humanos e materiais, que deriva da escassez de recursos financeiros, a lentidão da implantação das Defensorias estaduais responde pela parcial inoperância.

As normas legais que tratam da instalação de Defensorias já foram emitidas em todas as unidades da Federação, à exceção do Estado de Santa Catarina. O chamamento de seus defensores para atuarem nos processos criminais é constante, em face das normas legais e princípios constitucionais, regularmente observados pelo Poder Judiciário. Assim, vê-se que a Defensoria Pública pugna por tornar eficazes os princípios do contraditório e da ampla defesa, no processo de execução penal, quando chamada a intervir. Também age de ofício, ao atuar junto à população carcerária, ouvindo os pedidos e encaminhando solicitações de benefícios.

O que decorre do cotejo das informações colhidas neste estudo é a falta de condições para o exercício pleno das atribuições da Defensoria Pública. A desproporção dos quadros existentes e o número de atendimentos que se faria necessário é gigantesca. O abandono dos sentenciados pelo Estado no que concerne à assistência jurídica, descumprindo o mandamento constitucional e a regulamentação da LEP, leva essa população à constatação de que se encontram excluídos totalmente da sociedade, e a execução da pena que cumprem segue em sentido contrário ao seu objetivo, que seria o de ressocializar o delinqüente.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Sem defesa, e sem atenção dos organismos estatais cuja finalidade é assisti-los, buscam os presidiários meios de subsistirem no ambiente adverso, eis que distante a regular aplicação da Lei de Execução Penal. O que vêem é a possibilidade de ingressarem em organizações criminosas, que substituem o Estado na distribuição da ordem possível. A disciplina, para ser seguida, reclama claros critérios de aplicação, para afastar as injustiças, e esta só pode ser combatida onde há pleno direito de defesa.

O corolário dessa linha de pensamento é que o Estado, ao deixar de dar plena eficácia ao preceito constitucional de garantir assistência jurídica aos necessitados, especificamente os reclusos em penitenciárias, permitindo-lhes gozar da garantia da ampla defesa e do contraditório, não só descumpre o que a Constituição Federal impôs, ainda sob a ressalva de que são auto-executáveis os direitos fundamentais, como, em sua inércia, atua contra a sociedade, ao permitir que se estabeleçam, se não se perpetuem, condições inumanas de confinamento, da qual saem pessoas que sofreram um tratamento totalmente divorciado do que é prescrito na Lei de Execução Penal, e por isso, bem distantes de qualquer ressocialização.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elegeu como princípios fundamentais para o Estado democrático de direito que pretende se constitua a República Federativa do Brasil, os seguintes: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ao valorizar os princípios citados, entre eles o da dignidade da pessoa humana, a Constituição deixa claro que o homem é o objeto da ação do Estado, o seu fim último. O conceito de dignidade humana é conceito aberto, e os direitos e garantias fundamentais arrolados no art. 5º da CF/88 procuram mediar a sua efetivação no mundo jurídico. A sua eficácia se dará, de forma plena, em um Estado constitucional democrático, pois se constituirão em comandos impositivos e auto-executáveis.

Em que pese o disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da CF/88, que diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata, ainda há que ser levado o Estado a assumir a empreitada de concretizá-los, através da atuação de suas instituições especificas. Não poucas vezes as alegações de dificuldades orçamentárias, de eleição de prioridades outras, da reserva do possível, postergaram a materialização dos meios necessários à realização dessa tarefa.

O inciso LV do artigo 5º da CF/88 diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A assistência judiciária gratuita aos necessitados está prevista no inciso LVXXIV do art. 5º, e a Defensoria Pública, como encarregada deste mister, é indicada no art. 134 da CF/88.

Portanto, a ampla defesa e o contraditório, princípios que atuam nos litígios administrativos e judiciais, devem ser exercidos por meio da Defensoria Pública, no

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

que concerne aos economicamente desamparados, sendo dever do Estado oferecer essa possibilidade aos carentes.

Aos encarcerados por força de sentença transitada em julgado, sofrendo os efeitos da execução penal, devem ser estendidas essas garantias. Os condenados somente têm restringidos os direitos atingidos pela sentença. Assim, no decorrer da execução, que é processo, preponderantemente judicializado, e em eventuais procedimentos administrativos disciplinares, deve lhes ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Esses direitos só poderão ser plenamente exercidos se houver defesa técnica. As informações disponíveis sobre o contingente carcerário revelam um quadro desolador quanto à instrução e nível de compreensão dos internos, que se reflete na sua capacidade de expressão. O poder aquisitivo é mínimo, para a quase totalidade dos penitentes. A assistência jurídica mencionada na Lei de Execução Penal, como de obrigatória oferta nos presídios, ainda não se concretizou na maioria deles. A assistência que existe é eventual e exercida por núcleos de prática jurídica, formados por estudantes de direito. Também há, pontualmente, ações de benemerência, ou de pastorais religiosas.

A Defensoria Pública é, então, a instituição que se encarrega da defesa processual dos encarcerados desvalidos. Por ser missão constitucional, e a ausência de defesa macular de nulidade insanável os processos judiciais e administrativos, sua ação é inafastável, sendo indispensável à administração da justiça.

Não há como deixar de ver, no entanto, que as condições de que dispõe a Defensoria Pública não lhe permitem a efetiva realização da tarefa que lhe é destinada. Seu orçamento, a nível estadual ou federal, é muitas vezes menor do que o do Ministério Público, e padece cronicamente de falta de pessoal.

Em conclusão, vê-se que a Defensoria Pública é indispensável à realização dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo de execução penal;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

no entanto, sua atuação é dificultada por restrições materiais, de orçamento e de pessoal, que somente podem ser superadas com redimensionamento da destinação de recursos, batalha que deve ser travada junto aos Poderes Legislativo e Executivo, em todos os níveis da Federação.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Referências

AÇÃO integrada pretende acelerar processos. **Agência Ministério da Justiça de Notícias**, Matérias Especiais Disponível em <http://www.mj.gov.br/noticias/especiais/2006/agosto/mtesp180806-acao.htm>. Acessado em 09 dez 2006.

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALVES, Eliana Calmon. **Princípios e garantias constitucionais do processo**. SED/CBID.Produção Intelectual dos Ministros do STJ. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/295. Acesso em 06 nov 2006.

BRASIL: Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 17 dez 2006.

BRASIL: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 17 dez 2006.

BRASIL: Lei n. 10.792, de /03 – Altera a Lei nº. 7.210, de 11.07.1984. 14 ed. **Coleção Saraiva de Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. 14 ed. **Coleção Saraiva de Legislação.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 37.368 - PR (2004/0109079-0). Impetrante/paciente: Ronaldo Basílio dos Santos Relator: Min. Paulo Medina, Sexta Turma. DJ 12 set 2005, pp. 374-375.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. HC 9.750, Impetrante: Elizabeth Matsushita. Paciente: Gabriel Antonio de Jesus. Rel Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma. DJ 19 fev 2001, p. 239.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.200. Impetrante: Carmen da Costa Barros. Paciente: Karla de Menezes. Rel Min. Eros Grau, Primeira Turma. DJ 03 fev 2006, pp. 31-35.

BRITO, Aléxis Augusto Couto de. **Execução Penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**, 11 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Da necessidade de efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal** *(in* CARVALHO, Salo de. (org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 487-500.

CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. **Execução Penal e Dignidade Humana.** *in* Revista do Advogado. Ano XXII, n. 67, Ago 2002. pp. 65-70.
CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal – O Contraditório e a Ampla Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3, n. 9, janeiro-março 1995. pp. 115-132.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEFENSORIA PÚBLICA – Restrição orçamentária prejudica acesso à Justiça por carentes. *in* Agência Carta Maior. Disponível em http://agenciacartamaior.uol.com.br/templates/materia__id=10380 Acessado em 10 dez 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GOIÁS (Estado). Lei Complementar do Estado de Goiás nº 2, de 15 de março de 2005. Disponível em http://www.assembleia.go.gov.br/legislacao.asp. Acesso em 18 dez 2006.

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 988, de 09 de janeiro de 2006. Disponível em http://www.defensoria.sp.gov.br/legislacao/leis/leis.htm. Acesso em 18 dez 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Recursos no Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. JusNavigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075. Acesso em 10 nov. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teses sobre direitos fundamentais, princípios jurídicos e estado democrático de direito**.*in* ALMEIDA FILHO, Agassiz e CRUZ, Danielle da Rocha (org.) **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 667-673.

HORTA, Raul Machado. **As Constituições Brasileiras**. *in* Revista Ajufe, Ano 8, nº. 25, set 1989, pp. 72-75.

HUMAN RIGHTS WATCH: **O Brasil atrás das grades. Uma análise do sistema penitenciário**. Disponível em http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos/sistema2.htm. Acessado em 08 dez 2006.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **Ampla Defesa e Processo Penal**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm? http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/proc_penal/thompson_flores.htm . Acessado em 12 dez 2006.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999.
LOPES JR., Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo de Execução Penal**. *in* Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de Processo Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em < http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. Acessado em 09 dez 2006.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Recursos em Matéria Criminal**. 2 ed; São Paulo: Atlas, 1997.

ONU – Organização das Nações Unidas. Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm. Acessado em 12 dez 2006.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Contraditório e Ampla Defesa: Direitos Humanos e Principais Garantias Constitucionais**. Revista dos Tribunais. Ano 90, v. 784, fev. 2001. pp. 459-473.

PALMAS, Arnaldo de Castro. **Sobrepenas: Os Excessos na Execução Penal**. Disponível em <http://www.pr.gov.br/depen/monografias.shtml>. Acessado em 08 dez 2006.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido Processo Legal: Aspecto Material**. Curitiba: Juruá, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana**, in LEITE, George Salomão (org.) **Dos Princípios Constitucionais – Consideração em Torno das Normas Principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 180-197.

PRADO, Geraldo. **A Execução Penal e o Sistema Acusatório**. *in* Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira**. *in* LEITE, George Salomão (org.)**Dos Princípios**

Constitucionais – Consideração em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 198-236.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina da Execução Penal.** *in* CARVALHO, Salo (org.) **Crítica a Execução Penal** . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br