

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

THIAGO FRANCO TEÓFILO FREITAS

**A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO CEARENSE**

FORTALEZA
2007

THIAGO FRANCO TEÓFILO FREITAS

**A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO SISTEMA
PENITENCIÁRIO CEARENSE**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientada pelo Prof.^o José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

FORTALEZA
2007

Dedico este trabalho a meu pai (*in memoriam*) e a todos aqueles que, a seu modo, contribuíram para que eu chegasse ao que sou hoje - ainda não o que pretendo ser, mas o melhor que alcancei até agora.

“Todo homem é maior que seu erro”.

Mário Ottoboni

“Grades

A prisão é sinistra, amarga e feia
Dum velório tem pouca diferença
Não conheço quem vá pedir licença
Pra entrar no portão duma cadeia
Só à noite, depois que a lua alteia
Aparecem sinais de claridade
Uma sombra distante oculta a grade
Limitando a visão do indeciso
Uma gota de pranto molha o riso
Quando o preso recebe a liberdade”.

Manoel Filó

"Não podemos dar aos pobres apenas o discurso retórico de acesso aos direitos, se não houver a garantia dos instrumentos institucionais para tanto".

Deputado Flávio Dino

RESUMO

Estudo que trata da atuação da Defensoria Pública no sistema penitenciário cearense. Visa discutir se o objetivo traçado pela Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984) está ou não sendo alcançado e de que forma os defensores públicos atuam ou podem atuar no desenvolvimento desse sistema. Traz uma breve exposição do histórico, legislação e realidade penitenciários – brasileiro e cearense; bem como das finalidades da pena e natureza da execução penal. Discute acerca da mitigação de princípios constitucionalmente assegurados, em face da realidade prisional, e de direitos dos internos, como os benefícios de progressão de regime e livramento condicional. Versa sobre o histórico da Defensoria Pública, sua importância, suas áreas de atuação, suas atribuições, com ênfase à instituição no Estado do Ceará. A partir da identificação dos problemas e do quadro prisional atual, sugere propostas de efetivação do acesso à cidadania a serem cumpridas pelo Núcleo de Apoio ao Sistema Penitenciário Cearense.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Cearense. Defensoria Pública. Direitos do preso. Acesso à Justiça.

RESUMEN

El estudio se ocupa de la actuación de la Defensoría Pública en el sistema penitenciario del Ceará (Comunidad Autónoma de Brasil). Visa discutir si hay alcanzado – o no - el objetivo expuesto por la Ley de Ejecución Penal (Ley n.º 7.210, de 11 de julio de 1984), y de que forma los defensores actúan o pueden actuar para desarrollar el actual sistema. Haz un breve relato del histórico, de la legislación y de la realidad penitenciarios – del Brasil y del Ceará; y acerca de los efectos de la pena y de la naturaleza de la ejecución penal. Debate a cerca de la mitigación de los principios garantizados por la Constitución Federal de 1988, enfrente de la realidad penitenciaria, y los derechos de los internos, como los beneficios de la progresión de régimen y libramiento condicional. Versa sobre la historia de la Defensoría Pública, su importancia, sus campos de actuación, sus atribuciones y sobre los mismos aspectos relacionados con esta institución en el Ceará. Desde la identificación de los problemas y el marco actual de la cárcel, sugiere propuestas para el acceso efectivo a la ciudadanía a ser cumplidas por el Núcleo de Apoyo al Sistema Penitenciario del Ceará.

Palabras-clave: Sistema Penitenciario del Ceará. Defensoría Pública. Derechos del Detenido. Acceso a la Justicia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	10
2.1. Realidade carcerária.....	10
2.2. Natureza Jurídica da execução penal.....	12
2.3. Finalidade da pena.....	13
2.4. Estabelecimentos penais.....	15
2.4.1. Espécies.....	16
2.5. Sistema penitenciário cearense.....	17
2.5.1 Estabelecimentos e população prisionais.....	18
2.5.2. Realidade carcerária.....	19
2.5.3. Terceirização de estabelecimentos prisionais.....	21
2.5.4. Educação de jovens e adultos nos presídios.....	22
2.5.5. Saúde no sistema penitenciário.....	23
3. DIREITOS E DEVERES DO PRESO.....	25
3.1. Direitos do preso.....	25
3.1.1. Concessão de benefícios.....	28
3.1.1.1. Progressão de regime.....	28
3.1.1.2. Livramento condicional.....	30
3.2. Deveres dos presos.....	30
4. DEFENSORIA PÚBLICA.....	32
4.1. Histórico.....	33
4.2. Implantações.....	37
4.3. Importância.....	38

4.4. Garantias.....	39
4.5. Funções.....	40
4.6. Áreas de atuação.....	41
4.7. Convênios.....	42
4.8. Defensoria Pública do Estado do Ceará.....	42
5. ATUAÇÃO.....	44
5.1. Nos estabelecimentos prisionais.....	44
5.1.1. Benefícios.....	47
5.2. Co-culpabilidade estatal.....	49
5.3. A nova prisão em flagrante e a Defensoria Pública.....	50
5.4. Nas comunidades.....	53
6. CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56
ANEXOS.....	59

1. INTRODUÇÃO

O problema da segurança pública é, atualmente, tema central de debates políticos no Brasil. Assustado com os crescentes índices de criminalidade o povo brasileiro clama por proteção das autoridades e exige a atuação do Poder Público no combate às organizações ilícitas. Os programas governamentais e os debates legislativos são recheados de manifestações a respeito desse tema.

Entretanto, como resposta estatal ao avanço da criminalidade, o que se vê são apenas manifestações sazonais do recrudescimento da repressão penal, em detrimento de políticas públicas aptas a atingir os focos do problema. Assim, em vez de investimentos maciços em educação, saúde, lazer e geração de empregos, o Estado – movido pelo clamor público incendiado pela mídia sensacionalista – prefere aumentar a severidade das penas e alargar o campo de incidência do Direito Penal, atacando princípios basilares da moderna Ciência Penal.

O aumento na severidade penal legislativa acaba, em última instância, desembocando no aumento do encarceramento, com conseqüências deletérias sobre o já falido sistema prisional brasileiro. Dessa maneira, o Estado olvida direitos fundamentais em dois momentos distintos: primeiro ao deixar à margem da sociedade a maioria da população, sem acesso aos bens e serviços públicos básicos, criando ambiente propício para o aumento da criminalidade; segundo, após o encarceramento (geralmente de população marginalizada), em um sistema prisional absolutamente precário, no qual a dignidade da pessoa humana é quase que totalmente desconsiderada.

A Defensoria Pública, instituição vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas, tem atuado junto aos estabelecimentos prisionais para assegurar a assistência jurídica dos encarcerados. Resta, então, debater de que forma essa instituição, como promotora e defensora primeira dos marginalizados, pode garantir a ordem e a proteção dos direitos fundamentais do homem dentro desses estabelecimentos.

Perseguindo sempre esse desiderato, inicia-se o estudo pela análise do sistema prisional brasileiro. São feitas algumas considerações acerca da natureza da execução penal. Posteriormente, as finalidades principais da pena privativa de

liberdade – retribuição, prevenção, ressocialização e intimidação - são abordadas, bem como se estas vêm sendo atingidas.

Em seguida, apresenta-se a atual estrutura do sistema prisional brasileiro. Direciona-se, então, o foco para as atuais condições do sistema carcerário cearense, com enfoque na superpopulação carcerária, nas condições de salubridade e nas ações do Estado quanto à educação e saúde, no intuito de demonstrar a situação de distanciamento da efetividade dos direitos fundamentais. É nesse instante que se discorre sobre a falência do sistema prisional.

O capítulo posterior traz noções básicas sobre os direitos e deveres do preso, com a finalidade de melhor conhecer seus contornos doutrinários, como o primeiro passo rumo à exigência de sua efetividade no sistema prisional. São estabelecidos pontos de partida essenciais à melhor compreensão do delicado tema da convivência dos direitos fundamentais com o sistema prisional brasileiro.

O capítulo seguinte destina-se à análise da Defensoria Pública. Faz-se um breve histórico da instituição em nível nacional e estadual, abordando aspectos quanto a sua importância, suas áreas de atuação, suas atribuições, suas competências.

Segue o último capítulo com a exposição da atuação da Defensoria Pública no sistema penitenciário cearense e de diversas propostas para amenizar a situação atual do sistema carcerário brasileiro.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Antes de tratar da instituição da Defensoria Pública e da sua atuação no sistema prisional cearense, importante se faz a abordagem de conceitos referentes à realidade carcerária brasileira, versando sobre sua estrutura e legislação. Ademais, interessante se faz considerações acerca da questão da finalidade da pena e modos de execução.

2.1. Realidade carcerária

O sistema prisional brasileiro, neste início de século, dá sinais visíveis de deficiência. A prisão não cumpre suas finalidades: reprimir, prevenir e ressocializar. Várias tragédias já aconteceram e outras estão anunciadas. Nesse ambiente, no qual o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana parece não ter validade, muitos homens e mulheres se amontoam em cumprimento de reprimendas penais, ou aguardando julgamento.

A Criminologia e a Sociologia Criminal, já há bastante tempo, vêm apontando que, diante de um quadro institucional desalentador, os conflitos sociais mais graves e urgentes são resolvidos à margem do sistema repressivo oficial e da aplicabilidade do direito positivo estatal.

Perdeu-se quase por completo a possibilidade de ressocialização do preso e de 60 a 65% da população prisional podem ser catalogados como reinclusos – não podemos chamar de reincidentes, pois, se conta o que saiu do sistema, ou abandonou um regime intermediário, semi-aberto, ou abandonou o regime aberto e teve que ser incluído em uma cadeia pública, uma carceragem ou um anexo de um distrito policial.¹

Quanto às mulheres, a situação é ainda mais preocupante em razão do histórico e descaso dos órgãos estatais, da sociedade e dos estudiosos da realidade carcerária, que, quando muito, voltam suas atenções ao sistema masculino.²

O Brasil, em 1992, tinha uma população de 153 milhões de habitantes e uma população prisional de 114 mil presos; em 1999, o Brasil saltou para 172 milhões de

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Censo Penitenciário de 2002**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

² BESSA, Leandro Sousa. **O sistema prisional brasileiro e os direitos fundamentais da mulher encarcerada**: propostas de coexistência. Fortaleza, UNIFOR, 2007, 213p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, 2007.

habitantes e 194 mil presos; em 2004, o Brasil passou para 356 mil presos, para uma população de 181 milhões de habitantes, o que significa em torno de 180 presos por 100 mil habitantes. A população cresceu cerca de 20%, de 1992 a 2004, e a prisional praticamente triplicou. O problema prisional brasileiro é preocupante sim, mas o fenômeno que atinge o Brasil atinge todos os países, principalmente os da América Latina.³ Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) afirmam que, atualmente, o Brasil é o país com a oitava maior população carcerária do mundo. Se fossem contabilizados os mandados de prisão expedidos e não cumpridos, o país disputaria com Cuba a terceira posição mundial.⁴

Segundo informes obtidos juntos aos Estados e Distrito Federal, referência junho de 2004, o sistema penitenciário, como conjunto, apresentava um total de 328.776 presos e internados, sendo 134.266 no regime fechado, 32.508 no regime semi-aberto, 78.523 na condição de presos provisórios e 3.827 cumprindo medida de segurança. Do total mencionado, 249.124 estão propriamente no sistema, enquanto que 79.652 encontram-se na segurança pública. Percentualmente 96% são homens e 4% mulheres.⁵

A média mensal de inclusões e liberações, no 2º semestre de 2003, revela que enquanto 9.391 indivíduos eram incluídos, por mês, no sistema, apenas 5.897 eram liberados. Isso significa um saldo de 3.494 presos a mais por mês ou de 41.928 presos a mais por ano, que se somavam ao efetivo já acumulado nos estabelecimentos penais do país. E desde que esses números revelem alguma constância, verifica-se, ainda, que, caso não haja vontade e mudança de postura, o Sistema Penitenciário no Brasil suportará um total de 476.000 presos e internados em dezembro de 2007⁶. Até junho do ano corrente, havia 419.551 mil detidos em penitenciárias e delegacias.⁷ Em 1995, a proporção era de 95 presos para cada 100 mil habitantes. Hoje, esse número é de 227 presos para cada 100 mil habitantes, de acordo com dados do Depen⁸.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomenda a aplicação das regras adequadas para o tratamento dos presos em todos os Estados

³ Id. **Diagnóstico do Poder Judiciário**, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁴ _____, Departamento Penitenciário Nacional, 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

⁵ _____, op. cit., 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁶ *ibid.*, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁷ _____, Departamento Penitenciário Nacional., 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

⁸ *ibid.*, 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

e no Distrito Federal, exigindo uma avaliação periódica do sistema criminal, objetivando a sua adequação às necessidades do país; estimular e promover a pesquisa criminológica; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, propondo, às autoridades, incumbidas desta avaliação, as medidas necessárias ao seu aprimoramento. Caberá ao juiz da Vara de Execuções Criminais ou à autoridade administrativa a adoção de medidas em caso de violação das normas referentes à execução penal.⁹

2.2. Natureza jurídica da execução penal

A jurisprudência e a doutrina pátrias apontam divergências reinantes acerca da natureza da execução penal. É uma atividade complexa que envolve o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito penitenciário; que, para alguns¹⁰, não passa de ramo do Direito Administrativo.

Ada Pellegrini Grinover ensina que:

Na verdade não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.¹¹

Para Renato Flávio Machado, a execução penal é de natureza eminentemente jurisdicional¹². Embora envolvida, intensamente, no plano administrativo, não se lhe desnatura tal natureza, até pelo fato de que, por imperativo constitucional, todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial. Isso significa que o rol do artigo 66 da Lei de Execução Penal¹³ é meramente exemplificativo. Não bastasse isso, as decisões que determinam efetivamente o destino da execução são de natureza jurisdicional.

⁹ Resolução n.º 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 02.12.94), que trata das regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil.

¹⁰ CUNHA, Renan Severo Teixeira da. **O Ministério Público na execução penal**. Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 186.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

¹² MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de Execução Penal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹³ Art. 66. Compete ao juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade; III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei; VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade; X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Acrescido pela Lei n.º 10.713 - DE 13 DE AGOSTO DE 2003)"

Mirabete aponta, entretanto, o entendimento dominante:

Realmente, a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo, e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma outra parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução.¹⁴

2.3. Finalidade da pena

Através dos tempos, o Direito Penal vem buscando respostas diferentes à questão de como solucionar o problema da criminalidade. Isso é feito através das chamadas *Teorias da Pena*. Versam acerca da aplicação desta medida penal coercitiva, principal forma de reação contra o delito.

Há diversas teorias sobre as finalidades da pena. Não cabe no âmbito deste estudo, esmiuçar cada uma delas. Pode-se, no entanto, apontar três das teorias mais em voga sobre esse assunto: as teorias absolutas ou retributivas; as teorias relativas, utilitárias ou preventivas; e as teorias mistas ou ecléticas.

As teorias absolutas ou retributivas, apoiadas no pensamento kantiano, baseiam-se na aplicação de um castigo. A sanção destina-se, portanto, a restabelecer a ordem pública turbada pelo delito. Fala-se em uma compensação da culpa do autor do delito pela imposição de um outro mal, qual seja a pena.

Damásio, por seu turno, leciona:

Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.¹⁵

As teorias preventivas, como se pode inferir do próprio conceito, vê a pena como uma forma de prevenir a prática de atos delitivos. A previsão de um mal a ser aplicado a quem infringisse a lei penal teria o condão de inibir a prática de delitos.

Estas teorias se dividem em prevenção geral - estabelecem que a pena estatui uma inibição genérica, dirigida a todos - e prevenção individual - a pena seria uma forma de aplacar no delinqüente a vontade de voltar a transgredir as normas jurídico-penais.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução penal**. Comentários à lei 7.210, de 11-7-84. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte geral. Vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 519.

As teorias mistas ou ecléticas realizam uma síntese entre o que há de mais destacado nas duas teorias anteriormente explicitadas. Assim, prevenção e retribuição são aspectos distintos de um mesmo fenômeno. Bitencourt resume que as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal.¹⁶

No sistema penal brasileiro, a pena apresenta certas características, dentre as quais se destacam: a) o caráter personalíssimo, pois nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CF); b) submissão ao princípio da legalidade (art. 5º, II, XXXIX, CF); c) proporcionalidade e individualização em relação ao crime praticado (art. 5º, XLVI); d) irretroatividade em prejuízo do réu (art. 5º, XL); e) limitação das penas (art. 5º, XLVII).¹⁷

No que tange à execução, trata-se do momento em que o Estado dá cumprimento ao estabelecido como pena na sentença condenatória. Assim, a primordial função da execução penal é efetivar o que o Estado-juiz estatuiu como reprimenda na decisão judicial que reconheceu a existência do crime e determinou sua autoria. Seria inócua a previsão da sanção criminal se não dispusesse o Estado de um aparelhamento apto a fazer cumprir as citadas decisões.

Atento a esta finalidade precípua da execução penal, o legislador brasileiro estabeleceu na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), art. 1º, que um dos objetivos do processo executivo penal é exatamente efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal. Outro escopo apontado pela lei é promover a reintegração social do condenado.¹⁸

Heleno Fragoso, por seu turno, afirma que o "escopo da pena é aqui, a ressocialização do condenado, ou seja, a finalidade de reincorporá-lo à sociedade".¹⁹

¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis."

¹⁸ "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A Nova Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 291.

Para Antônio Luis Chaves Camargo:

Uma pena executada, sob a visão dos direitos fundamentais da pessoa humana, será mais justa, no sentido de procurar seu verdadeiro significado e tentar durante o tempo de execução, produzir, no condenado, uma reflexão sobre sua responsabilidade social. Seu crescimento pessoal será a única justificativa para a pena.²⁰

Ressalte-se que as finalidades atualmente apontadas para a execução das penas somente há poucas décadas lograram estabelecer-se. A história da efetivação das penas aplicadas mostra diversos avanços e retrocessos até que estas passassem a ser vistas como meios de tratamento do delinqüente, a fim de promover seu retorno ao convívio social.

2.4. Estabelecimentos penais

O artigo 82 da Lei de Execução Penal (Lei n 7.210/84) trata da destinação dos estabelecimentos penais. O referido dispositivo dispõe que os estabelecimentos prisionais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.²¹

A pena privativa de liberdade e a medida de segurança imposta aos inimputáveis ou semi-imputáveis devem ser cumpridas em estabelecimentos específicos, que estão previstos igualmente para o preso provisório e para o egresso. Sendo o condenado ou interno do sexo feminino, seu recolhimento deverá se dar em estabelecimento próprio adequado à sua condição pessoal, embora, na falta desse, possa ocorrer em estabelecimento de destinação diversa, desde que devidamente isolado.

O preso provisório e o condenado não devem permanecer recolhidos no mesmo local, mesmo porque aquele tem a seu favor a presunção de inocência, tornando-se inconveniente e prejudicial o acesso às celas onde estão confinados os presos definitivos.

2.4.1. Espécies

Conforme as Recomendações Básicas para uma Programação Penitenciária, aprovadas em 24 de julho de 1975, os estabelecimentos prisionais são das

²⁰ CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. Sugestões Literárias, 1994, p. 231.

²¹ "Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. §1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei n.º 9.460, de 04/06/97) § 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados."

seguintes categorias: estabelecimentos presidiários; de classificação e triagem; penitenciários; médico-penais; e assistências.

Nos termos da Exposição de Motivos da LEP, as espécies de estabelecimentos são: a Penitenciária; a Colônia Agrícola, Industrial ou similar; a Casa de Albergado; o Centro de Observação; o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e a Cadeia Pública.

A Penitenciária é o estabelecimento penal destinado ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

A Colônia Agrícola, Industrial ou similar é aquele reservado para a execução de pena de reclusão ou detenção, cumpridas em regime semi-aberto.

A Casa de Albergado é aquele destinado para recolher os condenados que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto e pena de limitação de fim de semana.

O Centro de Observação trata-se de estabelecimento onde deve ser realizada a observação científica da personalidade do sentenciado, através de exames gerais e o criminológico, por meio dos quais, as Comissões Técnicas de Classificação poderão indicar o tipo de estabelecimento prisional adequado e as medidas de tratamento reeducativo, assim como a avaliação da periculosidade ou o grau de recuperação. Inexistindo o Centro de Observação, poderão os exames ser realizados pela própria Comissão Técnica de Classificação.

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico se destina ao tratamento dos apenados que apresentarem doenças mentais, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e àqueles que manifestarem perturbação das faculdades mentais.

A Cadeia Pública é o estabelecimento criado para, tão-somente, acolher os presos provisórios, assim compreendidos aqueles que tivessem sua prisão decretada por prisão em flagrante, temporária, preventiva ou decorrente de pronúncia e, também, àqueles que estivessem aguardando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Embora o legislador tenha previsto expressamente essa divisão dos estabelecimentos prisionais, o que se observa claramente, na maior parte dos Estados da Federação, é a ausência de um ou mais estabelecimentos.

Assim, os presos, que deveriam ser locados em cárcere adequado à sua pena, acabam sendo postos em estabelecimentos outros, registrando-se situações que não estão em harmonia com as normas previstas na Lei de Execução Penal, com vistas à ressocialização do apenado.

Observa-se, ainda, a situação específica das Colônias Agrícolas que em momento algum funcionaram com a finalidade para a qual foram criadas, restando assim, seus detentos ociosos e, dessa forma, facilitando a sua fuga.

2.5. Sistema penitenciário cearense

A sistemática carcerária, tendo como objeto de análise o Ceará, caracteriza-se pela superlotação, falta de higiene, instalações inadequadas, violência, falta de regimento interno nos presídios para reger os procedimentos disciplinares – com exceção do IPPS, que dispõe de um regimento antigo -, além da necessidade de curso para conhecimento jurídico, visto que as medidas disciplinares contra o preso exigem observância ao direito de ampla defesa, dignidade da pessoa humana e muitos outros, assegurados na Constituição Cidadã.

Alguns procedimentos têm sido adotados pela Vara de Execuções Penais, como órgão corregedor e fiscalizador dos presídios, no sentido de alcançar o reparo necessário, tomando as providências para o adequado funcionamento, com a devida competência, inclusive, de interditar, no todo ou em parte, unidade prisional que estiver funcionando em desacordo com a Lei de Execução Penal, mas sempre respeitando a competência da administração do sistema penal.²²

A missão da Vara de Execução Penal é de ajudar o preso a não voltar a cometer delitos, aumentando-lhe o senso de responsabilidade e proporcionar-lhe o retorno ao convívio social, dispondo, na fase posterior à sentença, de uma grande variedade de medidas alternativas aplicáveis para evitar a prisão e auxiliar o apenado em uma célere e firme reintegração social, possuindo a educação e o trabalho posição importante e que tem conseguido gerar melhores resultados; buscando qualquer forma de transferência do homem preso para uma atividade não privativa de liberdade.

²² LIMA, Francisco Ferreira. **Execução Penal**. Penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei. 1. Ed. Fortaleza: Puchain Ramos, 2005, p. 34.

2.5.1 Estabelecimentos e população prisionais

O sistema penitenciário cearense é integrado por cerca de 140 estabelecimentos prisionais. Dentre estes, 135 são cadeias públicas, 6 presídios (Instituto Penal Paulo Sarasate – IPPS, Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira I — IPPOO-I, Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II — IPPOO-II, Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, Penitenciária Industrial do Cariri e Penitenciária Industrial de Sobral), além de 2 Colônias Penais Agrícolas. No total, o complexo prisional estadual abriga, aproximadamente, 11.841 detentos.²³

Os dados compilados pelos órgãos do sistema judicial e penitenciário do Ceará, infelizmente, não mostram uma situação das mais animadoras. De fato chama a atenção o grande número de pessoas encarceradas no Estado. No ano de 2003 havia 9.246 detentos; em 2004, este número alcançou a cifra de 9.730. Isto representa um aumento da ordem de 5,23%.²⁴

Por outro lado, constata-se que existe excesso de lotação (9.730 presos *versus* 5.903 vagas) em boa parte dos institutos penais existentes. De fato, somente nas penitenciárias industriais do Cariri e de Sobral este fenômeno não ocorre. As outras instituições apresentam excesso de lotação. O caso mais gritante acontece na Casa de Albergado, onde a capacidade era de 60 albergados e atendia a 1.125 pessoas. Também causa revolta o fato de 4.213 detentos estarem presos em cadeia pública ou similar, conforme se pode ver pelos dados da Tabela 9.1.²⁵

Chama atenção, ainda, o grande número de ocorrências registradas no Ceará, em 2004, 171.842, das quais 152.699 (88,86%) acontecidas na Região Metropolitana de Fortaleza (RMF). Vale registrar que no período 1998-2004, o número de delitos na RMF aumentou em 674,3%, enquanto no interior do Estado houve um acréscimo de 72,84%. Se analisado por tipo de delito, tem-se que, para o Estado, como um todo, 80.684 são classificados como roubo e furto. Assim, estes tipos de delito respondem por 46,95% de todas as ocorrências.²⁶

²³ CEARÁ. Secretaria da Saúde, 2007. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br>>.

²⁴ Id. Secretaria da Justiça - SEJUS. **Ceará em números.**, 2005. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

²⁵ Ver ANEXO 1. Fonte: *ibid.*, 2005. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

²⁶ Id. Secretaria da Justiça. – SEJUS. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

2.5.2. Realidade carcerária

As condições de execução penal são, de resto, agravadas pela conduta no geral omissa e distante de vários magistrados. Por menos crível que pareça, em que pese a situação já insuportável de superlotação dos estabelecimentos penais no Ceará e o histórico de violência em algumas dessas instituições, houve momento em que a Vara de Execuções Criminais de Fortaleza oficiou ao então Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, Deputado João Alfredo, comunicando a impossibilidade de estagiários do curso de Direito do Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU/UFC) terem acesso aos processos dos apenados para a prestação de assistência jurídica aos reeducandos. O episódio se refere a momento anterior à organização do Núcleo de Apoio ao Instituto Penal Paulo Sarasate, pertencente à Defensoria Pública do Estado.

O Deputado, fundamentando-se na "inexistência do devido instrumento ou mandado", considerou a pretensão de tão relevante projeto "prejudicada".²⁷ Como o advogado encarregado de coordenar o projeto com os acadêmicos não pôde, pessoalmente, ter acesso a todos os presos, nem saber de antemão quais se encontravam em condições de receber algum dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, a decisão judicial feriu, objetivamente, os direitos dos apenados. Ferindo, ainda, o direito constitucional do livre acesso à Justiça²⁸ e o subprincípio da defesa técnica, que se encontra no princípio da ampla defesa.²⁹

A grande maioria dos detentos cearenses são analfabetos ou semi-alfabetizados e não dispõem de advogado ou defensor. Vivem na mais absoluta ociosidade, já que apenas um número ínfimo desenvolve alguma atividade laborativa, via de regra, em tarefas de manutenção e cozinha. Em contradição a esse quadro, no IPPS há um galpão industrial onde poderiam estar trabalhando em um mesmo turno 600 presos. Além de maquinaria e recursos produtivos ociosos, o estabelecimento dispõe de 3 (três) tanques para piscicultura, também abandonados.

²⁷ Id. Câmara dos Deputados. ROLIM, Marcos *apud* ALFREDO, João. II **Caravana Carcerária**. Sistema prisional brasileiro. Brasília: [s.n.], 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/cdhm/relatorios/prisional.html>>.

²⁸ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]"

²⁹ A ampla defesa abriga em seu conteúdo o direito à autodefesa, o direito à defesa técnica e o direito à prova, que é o direito de se defender provando. O direito à autodefesa abrange o direito a audiência ou de ser ouvido, o direito de presença nos atos processuais, o direito ao silêncio e o direito de se entrevistar com o advogado. Já o direito à defesa técnica engloba tanto a defesa exercida pelo defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*.

Se utilizados, poderiam ser responsáveis pela alimentação de toda a população carcerária do IPPS com excedentes para a comunidade.

O mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição Cidadã, foi a dignidade da pessoa humana, que impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. Assim, a dignidade da pessoa humana, serve como mola propulsora da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.³⁰ Na contramão, o que se verifica no sistema carcerário objeto de estudo deste trabalho é que os detentos comem com as mãos e os alimentos que lhes são oferecidos são acondicionados em sacos plásticos.

Há ainda casos de presos mortos, alvejados por policiais, quando empreendiam tentativa de fuga. A praxe de permitir ou tolerar que agentes públicos, encarregados de fazer cumprir a lei, disparem contra presos quando, da ocorrência de todas essas circunstâncias típicas, caracterizam frontal violação dos princípios da Resolução 169/80 da ONU, subscrita pelo Brasil, que introduziu no Direito Internacional o "Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei".

Por esse instrumento jurídico, ainda hoje desconhecido por muitos dos próprios operadores do direito, só há uma circunstância que pode legitimar o disparo de armas de fogo: quando esta for uma necessidade incontornável para salvar a vida de alguém, incluindo-se aí a do próprio agente que pode estar ameaçado. Atirar em presos, normalmente desarmados e pelas costas, passou a ser no Brasil um ato da rotina e expressão do "estrito cumprimento do dever legal". Em casos do tipo, inexistindo ameaça iminente à vida do agente, a providência que se exige da guarda externa é a captura. O emprego de balas de borracha, em circunstâncias também especiais, seria admissível nestes casos.

Urge alterar essa realidade em nome da tutela do bem maior: a proteção da vida, incluída, bem entendido, a do preso que intenta a fuga, além de configurar a

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 3. ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

efetivação do princípio norteador de todo o nosso ordenamento jurídico, qual seja, o da dignidade da pessoa humana acima explicitado.

2.5.3. Terceirização de estabelecimentos prisionais

O Programa de Recuperação e Redimensionamento do Sistema Penitenciário do Ceará, criado há alguns anos, com o objetivo de reestruturar e descentralizar a rede carcerária do Estado, através do qual foram investidos cerca de R\$ 17 milhões para a construção de quatro novas unidades prisionais - Penitenciária Industrial Regional do Cariri, Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, Penitenciária Industrial Regional de Sobral e, agora, o novo Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira – IPPOO-II, criando 1.667 novas vagas. Foram construídas, ainda, as cadeias públicas de Ipú, Jaguaruana, Tabuleiro do Norte, Horizonte e Russas e a reforma e ampliação de 19 outras, contribuindo para uma melhor regionalização do sistema, permitindo que os detentos cumpram as suas penas próximos de seus familiares.³¹

Paralelamente, houve investimentos na qualificação e contratação de agentes penitenciários. De uma média de 01 agente prisional para cada grupo de 18 presos, em 1998, essa média baixou para 01 agente para cada 13 detentos. O sindicato dos agentes penitenciários do Ceará estima em 800 profissionais a carência de funcionários no sistema.

O Ceará tem apostado bastante na criação de estabelecimentos penais em convênio com a iniciativa privada. Exemplo disso são as Penitenciárias Industrial e Regional do Cariri, de Sobral e do Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II, respeitadas pelo que têm em termos de segurança e de condições materiais, jurídicas, de atendimento à saúde e no desenvolvimento do trabalho de ressocialização das pessoas custodiadas, em comparação com outras unidades. Em 2005, o Governo Estadual deu início à construção de duas Cadeias de Custódia Provisória (nos municípios de Caucaia e Itaitinga) localizadas na Região Metropolitana de Fortaleza, objetivando a criação de 900 novas vagas em cada unidade prisional.

³¹ CEARÁ. Secretaria da Justiça – SEJUS. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

As Casas de Custódia devem receber vários presos que hoje estão nas delegacias da Região Metropolitana de Fortaleza, amenizando, assim, a questão da superlotação nas Delegacias de Polícia.

2.5.4. Educação de jovens e adultos nos presídios

A Secretaria da Educação Básica desenvolve em convênio com a Secretaria da Justiça projeto para atendimento aos detentos dos seguintes presídios:

- Instituto Penal Feminino Auri Moura Costa
- Instituto Penal Professor Olavo Oliveira (IPPOO)
- Instituto Penal Paulo Sarasate (IPPS)
- Cadeia Pública de Caucaia
- Cadeia Pública de Limoeiro do Norte
- Colônia Agrícola da Amanari

O atendimento está sendo feito através do Programa de Aceleração da Aprendizagem de Jovens e Adultos (alfabetização a 4ª série), cursos de Ensino Fundamental e Médio através do Sistema Modular, atendendo atualmente 993 presídios.³²

Os reeducandos participam na condição de alunos e professores, havendo remissão de pena para cada 3 dias trabalhados ou estudados. Os detentos se submetem também semestralmente aos Exames Supletivos em nível de Ensino Fundamental e Médio, realizados dentro dos próprios presídios, onde anualmente são atendidos em média 150 presidiários. Destaque-se que o projeto de Educação de Jovens e Adultos nos presídios já conta com 10 anos de atuação.

Os projetos educacionais nas prisões cearenses desenvolvidos pela Secretaria de Educação Básica (Seduc) atendem atualmente 57,6% (5.661) dos presos (alfabetização, ensino fundamental ou médio). Em 2000, eram 1.975 (32,3% da população carcerária); em 2003, eram 3.768 (40,7%). No começo de 2005, a Secretaria chegou a encaminhar ao Ministério da Educação um projeto dentro da perspectiva citada acima de articulação das ações com Ministério da Justiça e Sistema Nacional de Direitos Humanos. O objetivo era investir em melhoria das

³² _____, Secretaria da Educação – SEDUC. Disponível em: <<http://www.seduc.ce.gov.br>>.

instalações físicas das salas de aula, instalação de bibliotecas, formação de educadores, entre outras ações, mas até o momento a Seduc não recebeu resposta.³³

2.5.5. Saúde no sistema penitenciário

Absurdamente, dos 11.841 presos no Ceará, só 1.500 são assistidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) dentro das unidades prisionais. Das dez maiores unidades prisionais cearenses, só três recebem verbas federais para a saúde. Até os dois hospitais que abrigam detentos (Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes e Hospital Geral e Sanatório Penal Professor Otávio Lobo) não são considerados adequados ao Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário e, por isso, não recebem recursos do Ministério da Saúde.³⁴

Essa situação ocasiona outra problemática. Nas idas aos hospitais públicos convencionais, fugas e resgates são riscos iminentes. Além disso, faltam enfermarias, consultórios, profissionais e condições básicas para tratar os detentos. Isso afeta não só a saúde física, mas provoca revolta e mais insegurança.

Até 1992, o atendimento na rede era feito pelo SUS, mas denúncias de irregularidades na prestação de contas provocaram o descredenciamento desses estabelecimentos. Diante desse quadro, o Governo exigiu mudanças e, em 2003, foi instituído o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário. Em 2004, o Ceará foi convocado pelo Ministério Público para se adequar. A intenção era que as dez unidades se adequassem, beneficiando 4.022 detentos, mas só três foram consideradas aptas, justamente as administradas pela iniciativa privada — Penitenciária do Cariri (Pirc), de Sobral (Pirs) e o Instituto Penal Professor Olavo Oliveira II (IPPOO-II), em Itaitinga.³⁵

Tais dados demonstram o descaso do Governo Estadual e Federal com a situação dos detentos, não efetivando a norma constitucional contida no art. 196, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e

³³ _____ . Secretaria de Educação – SEDUC. **Educação de Jovens e Adultos**. Disponível em: <<http://www.seduc.ce.gov.br>>.

³⁴ _____ . Secretaria de Saúde, 2007. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br>>.

³⁵ _____ . Secretaria de Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br>>.

de outros agravos e ao **acesso universal** e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

No tocante à saúde, observamos essa impossibilidade de uma eficaz prestação de serviço, decorrente do descompasso entre demanda e oferta. Há um grande número de encarcerados que acaba ficando sem atendimento, não obstante, toda a demanda deva ser atendida.

3. DIREITOS E DEVERES DO PRESO

A relação jurídico-penal entre o Estado e o condenado surge ao momento em que transita em julgado a sentença condenatória, abrangendo a sentença absolutória imprópria, em que tenha sido imposta medida de segurança. Extingue-se essa relação jurídica com o cumprimento da sanção (pena principal, pena acessória, medida de segurança), ou com a ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade - presentes nos artigos 106, 107, 108 do CPB.

Na lição de Paulo Lúcio Nogueira:

[...] deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.³⁶

3.1. Direitos do preso

O artigo 3º da LEP dispõe que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.³⁷ Esta garantia estende-se também ao preso provisório.

Afastados o direito à liberdade, cerceado pela sentença ou despacho criminal, os direitos políticos, também suspensos pelo ato decisório, assim como aqueles eventualmente restringidos, todos os demais estão garantidos pela lei comentada.

De fato, os direitos subjetivos dos reclusos compreendem os direitos da pessoa humana não atingidos pela condenação e os direitos que derivam de sua condição jurídica de condenado. Estes direitos implicam obrigações do Estado, como o dever de individualização do tratamento penitenciário através da observação, classificação e readaptação social, de manutenção, preservação da saúde, segurança pessoal, instrução, salário, etc.

Em obediência aos direitos fundamentais do ser humano e diante do princípio da isonomia, a lei proíbe qualquer distinção entre os presos por questões de natureza racial, social, religiosa ou política (parágrafo único do, já mencionado, artigo 3º da LEP).

³⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

³⁷ “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

Conforme a sua natureza, deverá possuir o estabelecimento penal, em suas dependências, áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, como consta do artigo 83 da LEP, com o que cumpre o Poder Público o dever de assistência obrigatória ao preso e ao internado. Em seu parágrafo 2º, dispõe que os estabelecimentos penais destinados às mulheres deverão ser dotados de berçários, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos.³⁸

A Lei de Execução Penal elenca, em seu artigo 41, uma gama de direitos do preso, assegurando-lhe, como já se comentou, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Constituem direitos do preso, aplicando-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; 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.

O referido rol é apenas exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa, e assim submetida a um conjunto de restrições.

³⁸ “Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. § 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários. (Renumerado pela Lei n.º 9.046, de 18/05/95) § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. (Incluído pela Lei n.º 9.046, de 18/05/95)”

O respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios é garantia constitucional integrante da Constituição Federal (artigo 5º, XLIX) e reproduzida no artigo 40 da Lei nº. 7.210/84.³⁹

Por outro lado, vale ainda ressaltar, que de nada adianta uma legislação aparentemente justa se na prática sua aplicação jamais conseguir a sua verdadeira efetividade. Nesse sentido, o ensinamento do Professor César Barros Leal, extraída de sua obra: "Prisão, Crepúsculo de uma era", que bem dimensiona o processo de punição e ressocialização quando define com propriedade:

Há hoje uma consciência maior da importância dos direitos humanos, um valor vinculado à própria democracia. No entanto, constata-se um fato inquestionável: quando estes direitos dizem respeito a presos esbarram no preconceito de uma sociedade que os estigmatiza. Dita mentalidade precisa, porém, ser modificada, na certeza de que a assistência ao encarcerado não se confere de paternalismo: é uma questão de lógica e bom senso.⁴⁰

Com a crescente onda de violência que se verifica na realidade social brasileira, cada vez mais investimos em uma idéia que valoriza a expiação dos males sociais através de árduas penas, chegando às vezes a acreditar que somente com a pena de morte conseguiremos nos livrar de determinados males sociais. Com isso, muitas vezes esquecemos que estamos lidando com seres humanos em pleno século XXI e retomamos a ideologia vigente no período medieval, onde se acreditava na existência de demônios e, simplesmente, para eliminá-los, colocavam-lhes literalmente em verdadeiras fogueiras para expiar os seus pecados.

É fundamental que não esqueçamos que os internos penitenciários, independente do delito cometido, retornarão ao convívio social, portanto, necessitamos investir em políticas públicas que viabilizem o seu retorno, visto que as atuais, falidas e ultrapassadas, não atendem o seu objetivo. Conforme já explicitado no presente estudo, a reinclusão da população carcerária hoje ultrapassa os 60%, comprovando a total falência do sistema atual.

Não se trata aqui de defesa dos apenados, insinuando uma rigidez da legislação carcerária vigente. A bem da verdade, a legislação penal brasileira é uma das mais desenvolvidas do mundo para responder os anseios sociais, seria somente necessário que se cumprisse, na íntegra, o que ela determina. Incumbe aos órgãos da política criminal e do sistema penitenciário velar pelo respeito e proteção dos

³⁹ "Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios."

⁴⁰ LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

direitos humanos na administração da justiça penal, em obediência aos princípios do estado de direito e humanização da execução da pena.

A interpretação dos direitos do preso que se deve buscar é a mais ampla, no sentido que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu.

3.1.1. Concessão de benefícios

Dentre os mais importantes benefícios a que os reeducandos têm direito, podem ser destacados a progressão de regime e o livramento condicional, os quais são bastante utilizados pela Defensoria Pública no cumprimento de seu mister constitucional. A seguir, uma análise mais detalhada destes benefícios.

3.1.1.1. Progressão de regime

Em pleno cumprimento da reprimenda, o reeducando poderá obter a evolução de um regime mais rigoroso para outro menos gravoso, o que consiste na transferência do regime fechado para o semi-aberto e deste para o aberto, ressaltando que não poderá ocorrer a passagem direta de regime fechado para aberto.

Para alcançar este benefício, deverá o apenado atender aos requisitos legais:

- objetivo - cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, nos casos de crime comum; 2/5 (dois quintos), nos casos de crime hediondo ou equiparado, nos quais não seja reincidente; e 3/5 (três quintos), nos casos de reincidência em crime hediondo ou equiparado, lembrando que esses percentuais se referem, somente, a crimes cometidos após a Lei 11.464/07, em conformidade a entendimentos recentes do STF e STJ;⁴¹
- subjetivo: relativo ao mérito do condenado quanto ao comportamento apresentado durante o cumprimento da pena.

Além desses requisitos objetivo e subjetivo, recomenda-se, nos casos de maior complexidade, certidão pormenorizada da secretaria da Vara de Execuções

⁴¹ “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei n.º 11.464, de 2007)”

Criminais e, se for o caso, certidões narrativas criminais de outras varas ou juízos criminais.

A Lei 10.792/03 modificou o artigo 112 da Lei de Execução Penal, abolindo a obrigatoriedade de exigência do exame criminológico e do parecer da Comissão Técnica de Classificação, tornando mais fácil satisfazer os requisitos desse instituto; assim como o livramento condicional, o indulto e a comutação de penas. Estará sujeita à análise do bom comportamento carcerário, devidamente comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (ou seja, pelo já existente atestado de conduta carcerária) e ao requisito temporal.⁴²

Esse exame deveria ser formulado por peritos que acompanhassem de perto o preso durante a execução da pena, propiciando-lhe acompanhamento psicossocial. Aspectos científicos deveriam ser os exigidos para nortear o exame criminológico. Na prática, porém, o discurso desse laudo pericial é leigo.

Tal progressão pode ser determinada de ofício, ou formalizada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por advogado particular ou pelo próprio diretor do sistema prisional, além de outros interessados, em conformidade com o artigo 195 da Lei de Execução Penal.⁴³

Antes da promulgação da Lei 10.792/03, por se fazer necessária a apresentação de exame criminológico e do parecer da Comissão Técnica de Classificação para a obtenção do benefício, reclamava-se uma certa dilação probatória, o que impedia que se pleiteasse o benefício por meio de *habeas corpus*, no caso de indeferida pelo juiz das Execuções Penais. *Writ* esse que poderá ser formulado como previu o Supremo Tribunal Federal no *HC* 85.688/PR, em 03/05/2005.⁴⁴

Há que se apontar que o objetivo da progressão está em evitar o encarceramento do condenado por tempo excessivo, com a finalidade maior de que o condenado prossiga com o cumprimento de sua pena, tendo em vista mérito

⁴² “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n.º 10.792, de 1º.12.2003)”

⁴³ “Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.”

⁴⁴ Ver ANEXO 2.

pessoal e um regime mais brando, até ser reinserido no convívio social (objetivo primordial da execução penal).

3.1.1.2. Livramento condicional

Este instituto está inserido no quadro da execução penal por previsão nos artigos 131 da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84) e 83 do Código Penal Brasileiro.⁴⁵

Nos crimes comuns, o livramento condicional será concedido quando cumprido o lapso igual ou superior a 1/3 (um terço) da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso, tiver bons antecedentes e houver cumprido mais da metade, se reincidente. Já, nos casos de condenação por crime hediondo ou equiparado, o tempo exigido deve ser igual ou superior a 2/3 (dois terços) da pena, se o condenado não for reincidente em crime específico dessa natureza.

Nos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, para a concessão do livramento condicional, faz-se necessária a constatação de condições pessoais do condenado capazes de presumir que ele não voltará a delinquir.

Essa liberdade de natureza restrita era precedida de parecer do Conselho Penitenciário, porém, com a alteração do artigo 131 da LEP pela Lei nº. 10.792/03, restou suprimida essa ingerência processando a medida somente depois de ouvido o Ministério Público, seguido de decisão pelo juiz da execução.

O livramento condicional é a forma de concessão da liberdade antecipada ao apenado condicionado a determinadas exigências durante o restante da pena.

3.2. Deveres do preso

Como trata o artigo 39 da Lei de Execução Penal, cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às seguintes normas de

⁴⁵ “Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.”

“Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

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

Naquilo que não for incompatível, o rol de deveres acima se aplica ao preso provisório.

Referidas normas traduzidas em deveres, representam um código de postura carcerária perante a Administração e o Estado, pressupondo formação ético-social muitas vezes não condizente com a realidade do preso.

Manoel Pedro Pimentel, por seu turno, afirma que:

[...] ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão.⁴⁶

Claro está que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido poderia supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado, que aprendeu como deve se comportar no ambiente prisional.

⁴⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro, **O crime e a pena na atualidade**, p.158.

4. DEFENSORIA PÚBLICA

A história demonstra que as normas jurídicas e o sistema judiciário foram criados com o intuito de pacificar, tornar mais justa e melhorar a vida dos indivíduos. Porém, por muitos fatores – sendo os principais deles as desigualdades (cumulativas, na renda, na educação, no desfrute de bens sociais) e os elevados níveis de pobreza – os sujeitos não possuem a mesma capacidade de fazer valer os direitos que lhes são formalmente garantidos.

Enquanto aqueles que possuem maior poder aquisitivo têm acesso facilitado aos órgãos estatais, os mais pobres - além de viverem em uma situação precária e terem quase todos os seus direitos fundamentais desrespeitados (saúde, educação, saneamento básico, dentre outros) - são também privados de levar seus problemas e contendas aos órgãos administrativos ou Judiciários, por lhes faltar conhecimento e recursos que possibilitem o livre acesso ao Judiciário ou ao Executivo.

No entender de José Afonso da Silva:

Aí é que se tem manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição.⁴⁷

Considerando esse quadro, visualizamos a relevância de meios facilitadores do acesso à Justiça, mais especificamente a Defensoria Pública, que deve contribuir para a melhoria das condições daqueles que necessitam de auxílio. Se o direito foi criado para melhorar e facilitar a vida das pessoas é inadmissível que a legislação e o judiciário se afastem da realidade de seus jurisdicionados.

Para o jurista italiano Mauro Capelletti, o acesso à justiça pode ser definido como “o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos humanos”.⁴⁸

Assevera Martins:

Nessa função, cabe ao defensor sentar-se frente a frente com o seu defendido e, tratando-lhe como um igual, explicar-lhe qual a situação jurídica e de que meios dispõe para efetivar seus direitos ou evitar que ocorra qualquer lesão aos que já possui. Trata-se do maior de todos os

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 606.

⁴⁸ CAPELLETTI, Mauro e GARTH. **Acesso à Justiça**, Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Porto Alegre, 1988.

papéis históricos da Defensoria Pública, qual seja, dar voz *a quem historicamente não possui*, servindo de ponte para o acesso à Justiça, e, por conseguinte, atuando como um fator de transformação social.⁴⁹

Se a Defensoria Pública se afirma como instrumento de defesa dos direitos é essencial conhecer sua história, sua importância, suas áreas de atuação, suas atribuições, suas competências, etc.

4.1. Histórico

O primeiro grande impulso dado à questão do acesso à justiça ocorreu na década de 70, através do “Movimento de Acesso à Justiça”. Porém, o reconhecimento da necessidade de propiciar, aos mais necessitados, condições de acesso à Justiça e o direito à igualdade vem de longa data.

No Brasil, a Defensoria Pública é uma das mais novas instituições jurídicas. Foi instituída há cerca doze anos, nas diversas unidades da Federação nas quais atua.⁵⁰ No entanto, podemos citar iniciativas e normas, no decorrer de nossa história, que dizem respeito à busca pela garantia da igualdade e acesso à justiça que, atualmente, a Defensoria Pública passa a defender.

Nas Ordenações Afonsinas, previu-se a primeira iniciativa de amparo aos menos favorecidos de que se tem conhecimento em nosso país.⁵¹ Todavia, a maioria dos estudiosos do tema afirma que a primeira manifestação acerca da assistência jurídica, no Brasil, encontra-se nas Ordenações Filipinas.

Alguns anos depois, outros dispositivos vieram sob forma de leis e regulamentos, estabelecendo, de forma mais concreta, a assistência judiciária no país. Em um primeiro momento, essas leis disciplinavam essa assistência em processos penais. Entretanto, posteriormente, outras leis apresentaram um caráter mais abrangente, compreendendo o processo civil.

Apesar da existência dos dispositivos citados acima, não há registros de que, no período imperial, o Estado tenha investido na assistência jurídica, através de

⁴⁹ MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça**. In: Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. n. 30. Jul/Set. 2005. Brasília: CEF, 2005, p. 29.

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**. 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁵¹ ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, Títulos XXXII, XXXV, XLII, XLV, XLIX, LII, LVI. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomantico, 1870, p. 92 e segs.

instituições oficiais. Tornou-se evidente o clamor de uma nova construção legislativa que regulasse de maneira mais justa o assunto.⁵²

Diante da falta de iniciativa por parte do Estado, é criado, em 1870, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, um Conselho com a finalidade de prestar assistência judiciária aos necessitados em causas civis e criminais.

Humberto Peña Moraes registra que somente após vinte e sete anos, em 05 de maio de 1897, foi publicado um decreto que instituiu a assistência judiciária na cidade do Rio de Janeiro, na época, a capital do país. De certo modo, não podemos considerar referido decreto como um grande avanço, pois seu alcance era local, não estendendo seus benefícios para além da cidade do Rio de Janeiro. Mesmo com toda a carência da população, somente com a proclamação da República é que são editadas as primeiras normas sobre a assistência judiciária sustentada pelo Estado.

53

Em 1891, tivemos a nossa primeira Constituição Republicana, em tal Carta, não se tocou no assunto de assistência judiciária.

A Constituição Federal de 1934, no Título III, Capítulo II, Art. 113, 32 fez menção ao direito de acesso gratuito à Justiça: “A união e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”⁵⁴

Humberto Peña Moraes aponta que, desde a Constituição de 1934, os municípios foram excluídos da competência para legislar sobre assistência judiciária e sobre a criação dos órgãos mencionados.⁵⁵

Em 1935, o Estado de São Paulo foi precursor ao adotar o primeiro serviço estatal de assistência judiciária do Brasil. A iniciativa foi seguida pelos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Em contraste à iniciativa tomada pelo Estado em 1935, na atualidade, o Estado de São Paulo instituiu a Defensoria Pública, somente

⁵² BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Ministério Público dos Estados**, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁵³ MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária**. Sua gênese, sua história e a função protetiva do estado. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984, p. 98.

⁵⁴ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

⁵⁵ MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira., op. cit., 1984, p. 98.

no início de 2006, sucedendo as atividades até então prestadas pela Procuradoria Geral do Estado, na área de assistência jurídica.

Na Constituição do Estado Novo, provavelmente por ser fruto de um período ditatorial, não havia previsão de assistência judiciária. Tal deficiência foi amenizada pela previsão de assistência judiciária no Código de Processo Civil de 1939. Havia, no mencionado código, um capítulo (Título VII, Capítulo II) com as regras básicas sobre justiça gratuita.

Em 1946, com a nova Constituição, a assistência judiciária volta ao texto constitucional, em seu Art. 141, parágrafo 35: “O Poder Público, na forma que a Lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”⁵⁶

Da leitura desse artigo, observa-se que foi assegurada a assistência jurídica aos necessitados, porém, não ficou estabelecido se esta prestação seria responsabilidade dos Estados ou da União e nem a forma de sua viabilização. Tal omissão fez com que vários Estados criassem seus próprios órgãos de assistência. Os Estados que não criaram órgão específico para prestação do serviço começaram a credenciar advogados especiais para prestação da mencionada assistência.

Em 05 de fevereiro de 1950, foi editada a Lei 1.060, que dispôs sobre a concessão da assistência judiciária aos necessitados. Há, no entanto, um erro de nomenclatura na Lei, pois, na verdade, ela trata das regras para concessão da justiça gratuita.

A justiça gratuita e a assistência judiciária, apesar de estarem intimamente ligadas e convergirem para o mesmo objetivo, são conceitos diferentes que precisam ser diferenciados. Pontes de Miranda esclarece a diferença entre os dois conceitos:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória de despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.⁵⁷

⁵⁶ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 460.

Os dispositivos do Código de Processo Civil que disciplinavam a justiça gratuita foram remetidos pelo Código de Processo Civil de 1973 para a referida Lei. Ela continua em vigor até hoje, pois foi recepcionada pela Constituição de 1988 e é, com certeza no nosso entender, um marco na luta pelo acesso à Justiça.

A Constituição Cidadã deu um passo importante, prevendo, em seu artigo 134⁵⁸, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV⁵⁹; e ampliando o conceito de assistência jurídica gratuita, que passa a integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A Defensoria Pública foi criada para dar cumprimento ao dever estatal de prover assistência judiciária aos necessitados. Antes, tal dever era prejudicado, uma vez que as Procuradorias se encarregavam do exercício desta função, bem como cumulativamente a de representar judicial e extrajudicialmente o Estado. Assim sendo, a Defensoria Pública reflete a vontade do Poder Constituinte de melhor aparelhar o Estado para o cumprimento desse dever importantíssimo.

Previu o dito dispositivo, em seu parágrafo único, que a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios seria feita mediante Lei Complementar. Essa lei complementar já foi promulgada. É a Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, conhecida como Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública. Atendendo o disposto nesse dispositivo constitucional, referida lei organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, incluindo os seguintes órgãos: Defensoria Pública-Geral da União; Subdefensoria Pública-Geral da União; Conselho Superior da Defensoria Pública da União; Corregedoria-Geral da Defensoria Pública da União; Defensorias Públicas da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, com seus respectivos núcleos.

⁵⁸ “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. (Renumerado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)”

⁵⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”

Referida lei complementar, nos termos do dispositivo constitucional, estabeleceu a disciplina da carreira dos defensores públicos estaduais (artigos 19, 65 e 110), com as garantias constitucionais de provimento, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos e de inamovibilidade e a vedação constitucional de exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Em 1995, a Defensoria Pública da União foi implantada, em caráter emergencial e provisório, se organizando em diversos Estados e Distrito Federal.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, que cria o Conselho Nacional de Justiça, introduziu a autonomia administrativa, funcional, financeira e orçamentária da Defensoria Pública dos Estados, conforme previsto nos artigos 134, parágrafo 2º e 168 da Constituição Federal.⁶⁰

4.2. Implantações

O Estado do Rio de Janeiro possui a mais antiga Defensoria Pública do país, instalada em 1954, com 53 anos de atuação. Depois dela, a Defensoria de Minas Gerais, que funciona há 26 anos, embora só tenha se estruturado na forma da mencionada Lei Orgânica em 2003. Os dois exemplos citados anteriormente fogem à regra, pois mais de 70% das Defensorias foram criadas após a Constituição de 1988 e têm em média 12 anos de existência, sendo as mais recentes as Defensorias Pública do Rio Grande do Norte e de São Paulo implantadas, respectivamente, em 2005 e 2006, após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004.⁶¹

No Estado do Paraná, o serviço de assistência jurídica não está estruturado na forma da Constituição Federal. Os Estados de Santa Catarina e Goiás ainda não possuem esse serviço implantado, tendo este já aprovado lei orgânica estadual que cria a Defensoria Pública.

Há, então, atualmente, 24 Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União organizadas em conformidade com a Constituição da República e já implantadas.

⁶⁰ “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)”

⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública**, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

Em que pese a precariedade da nossa Defensoria Pública o Brasil se destaca no panorama mundial como um dos poucos países que erige esta instituição, por mandamento constitucional, à condição de carreira de Estado, o que denota nosso levado grau de maturidade democrática sob o ponto de vista formal.⁶²

Sobre a situação atual da Defensoria Pública, o Ministério da Justiça assim se expressa:

Em todas as unidades da Federação, o número de defensores é menor do que o de magistrados. Se considerarmos o número total de defensores públicos estaduais em relação à população brasileira, concluímos que, em 2004, havia no Brasil 1,48 defensor para cada 100.000 habitantes enquanto contávamos com 7,7 juízes para cada grupo de 100.000 habitantes⁶³ e 4,22 membros do Ministério Público para o mesmo grupo de habitantes.⁶⁴ Em 2005, havia um total de 6.575 cargos de defensor público, [...] porém, deste total, apenas 3.624 estão preenchidos (defensores em atividade). Portanto, apenas 55% dos cargos estavam preenchidos, ou seja, havia 2.951 cargos de defensor público disponíveis para serem ocupados em todo o país.⁶⁵

4.3. Importância

Como afirma José Afonso da Silva,

A Defensoria Pública é instituição essencial à justiça, sendo composta por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o Advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (representação das unidades federadas) e a Defensoria Pública.⁶⁶

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos vem configurada, relevantemente, como direito individual no artigo 5º, LXXIV. Sua eficácia e efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da isonomia.

A democratização do acesso à Justiça assume importância vital na garantia do valor universal da justiça social. Genericamente, pode-se afirmar que, para a maioria da população brasileira, o Judiciário é muito distante e inacessível. De fato, várias questões acabam por levar o cidadão a desacreditar no espaço institucionalizado para dirimir conflitos. Dentre essas questões, destaca-se que para o cidadão

⁶² BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁶³ _____, Ministério da Justiça. **Diagnóstico do Poder Judiciário**, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁶⁴ _____, Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública**, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁶⁵ _____, Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública**, 2006, p. 68. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594.

ingressar com ações no Judiciário, reivindicando direitos ou se defendendo, deve possuir meios financeiros para custear um advogado. Nesse sentido, o movimento de acesso à Justiça promovido pela Defensoria Pública tem apresentado uma importante expressão na transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais.

Apesar do reconhecimento da importância da Defensoria Pública, esta ainda não recebeu do Estado meios para sua efetiva existência. Acesso à Justiça transcende o acesso ao Judiciário. Nas comunidades que já contam com o trabalho de um defensor público os resultados são significativos, alcançando-se a igualdade material no trato dos direitos. Percebe-se, no entanto, que, pelo seu papel transformador, são muitas as resistências - veladas ou expressas - à efetivação da Defensoria Pública. Ressalta-se, assim, o importante papel desta instituição no enfrentamento da pobreza e das desigualdades no Brasil.

Não se pode, por sua vez, exercer-se, pacífica ou contenciosamente, um direito do qual não se sabe titular. E a grande maioria da população brasileira, quando não os exerce por descrença no Poder Judiciário, não os exerce por desconhecê-los. Dizimar tal ignorância é papel essencial da Defensoria Pública.

4.4. Garantias

A carreira de defensor público é organizada em entrâncias e jurisdição, constituída dos cargos de provimento efetivo, providos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos para o cargo de defensor público substituto.

Cabe aos seus membros, por definição legal, o mesmo tratamento dispensado aos magistrados, membros do Ministério Público e aos advogados, inexistindo entre estes, qualquer relação de hierarquia ou de subordinação, gozando, dentre outras, para o exercício de seu mister funcional, das garantias da inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como de independência no exercício de suas atribuições, sendo assegurado à Defensoria Pública, a gratuidade da assistência jurídica aos necessitados, assim como as prerrogativas legais do prazo em dobro e da intimação pessoal, decorrentes dos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional.

4.5. Funções

O defensor público é dotado de garantias e prerrogativas legais hábeis a propiciar, ainda que extrajudicialmente, uma rede convergente de cidadania, a exemplo da possibilidade de requisição, por parte das autoridades públicas, providências necessárias ao exercício de sua função, o que acarreta um grande número de problemas jurídicos resolvidos na própria Defensoria Pública, sem a intervenção do Judiciário.

A defesa técnica, assim, registre-se, não é a função primeira do defensor público; esta é apenas mais das suas possibilidades e prerrogativas viabilizadoras da efetividade do acesso à Justiça ao necessitado.

A Defensoria Pública presta consultoria jurídica, ou seja, fornece informações sobre os direitos e deveres das pessoas que recebem sua assistência. É com base na resposta à consulta que o assistido pela Defensoria Pública pode decidir melhor como agir em relação ao problema apresentado ao defensor público.

Conforme previsto no artigo 4º da Lei Orgânica da Defensoria Pública, são funções institucionais da mencionada instituição, dentre outras:

- I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
- II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
- III - patrocinar ação civil;
- IV - patrocinar defesa em ação penal;
- V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
- VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;
- VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;
- 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;
- X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;
- XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;

XII - (VETADO)

XIII - (VETADO)

§ 1º (VETADO)

§ 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

§ 3º (VETADO)

Aos defensores públicos da União incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente: atender às partes e aos interessados; postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados; tentar a conciliação das partes, antes de promover a ação cabível; acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos; interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover revisão criminal, quando cabível; sustentar, oralmente ou por memorial, os recursos interpostos e as razões apresentadas por intermédio da Defensoria Pública da União; defender os acusados em processo disciplinar.⁶⁷

4.6. Áreas de atuação

A Constituição Federal atribui à Defensoria Pública a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Portanto, a instituição deve atuar em todas as searas do direito, inclusive extrajudicialmente.

De acordo com o Ministério da Justiça, as Defensorias Públicas têm atuação nas áreas cível (em geral), criminal, atuando na varas de execução penal (excetuada essa atuação apenas no Estado do Pará), tribunal do júri e infância e juventude. Atuam também nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e em processos juntos aos Tribunais Superiores. Em muitos casos, os atendimentos especializados passam a ser desenvolvidos por núcleos específicos de defensores públicos, com atribuição exclusiva para aquela matéria. Destinados a matérias específicas, esses núcleos buscam oferecer defesa mais eficiente a determinados segmentos dos destinatários de suas funções. Exemplo são os atendimentos nas áreas de infância e juventude, de defesa do consumidor, de idosos e mulheres e do sistema prisional.

⁶⁷ Artigo 18 da Lei Orgânica da Defensoria Pública.

Este serviço junto aos estabelecimentos penais é de enorme importância para assegurar a assistência jurídica aos apenados, apresentando formidáveis conseqüências para a garantia da ordem nos presídios e a proteção dos direitos humanos. Essa atuação, em unidades prisionais, pode ser caracterizada como mecanismo preventivo nacional, previsto no artigo 17, do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.⁶⁸

A Defensoria Pública é, assim, um agente de transformação social, instrumento de realização do primado constitucional da igualdade de todos.

4.7. Convênios

É variada a situação das Defensorias Públicas no que se refere à manutenção de convênios com outras instituições para a prestação de assistência jurídica gratuita. Dezesesseis unidades federativas mantêm convênios com alguma entidade.

Destaque para os convênios mantidos com a OAB e com ONGs, prefeituras, secretarias estaduais, Ministério Público, câmaras municipais e universidades de Direito, sendo as últimas as principais parcerias.

4.8. Defensoria Pública-Geral do Estado do Ceará

A Defensoria Pública-Geral do Estado do Ceará, dotada de autonomia funcional e administrativa, foi criada por meio da Lei Complementar n.º 06, de 28 de abril de 1997, para exercer o papel de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar, gratuita e integral, assistência jurídica, judicial e extrajudicial, aos necessitados, compreendendo a orientação, postulação e defesa de seus direitos e interesses, em todos os graus e instâncias, na forma do inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, em consonância com as diretrizes gerais prescritas pela Lei Complementar Federal n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, nos limites de sua competência legal.

A Defensoria Pública-Geral do Estado do Ceará é dirigida e representada pelo Defensor Público-Geral do Estado, nomeado para o cargo pelo Chefe do Poder

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. II **Diagnóstico da Defensoria Pública**, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

Executivo, entre membros da instituição, escolhidos em lista tríplice pelos integrantes da carreira, para o mandato de 02 anos, admitida uma recondução.

São órgãos de Administração Superior, a Defensoria Pública-Geral do Estado, a Subdefensoria Pública-Geral do Estado, a Corregedoria Geral e o Conselho Superior da Defensoria Pública, cada qual com exercício perante os seus âmbitos de competência.

A Defensoria Pública, todavia, pela ausência de sua valorização, não tem, ainda, condições de cumprir integralmente sua essencial e indispensável obrigação constitucional. Tanto é verdade que, no Estado do Ceará, até maio de 2005, havia 149 Defensores Públicos ativos, porquanto houvesse mais de 200 cargos vagos e demanda para criar-se, no mínimo, mais 150. Não obstante tal realidade, pelo comprometimento dos Defensores, nas comunidades em que as condições atuais de trabalho permitem-na atuar, os resultados sejam não apenas significativos, mas revolucionários.

5. ATUAÇÃO

Após serem traçadas as linhas gerais definidoras dos direitos fundamentais dos presos, bem como delineadas algumas propostas para a efetivação dos principais direitos aplicáveis ao sistema prisional brasileiro; destaca-se, neste momento, a atuação da Defensoria Pública como garantidora da obediência de tais direitos.

Cabe ao defensor público, no cumprimento de seu mister constitucional, promover todos os esforços no sentido de ver os direitos dos internos reconhecidos e respeitados. Os encarcerados são destinatários do princípio da dignidade humana e merecedores de uma defesa efetiva – não meramente formal, bem como da prolação de uma sentença que aplique o direito ao caso concreto. Ao defensor público cuida cumprir o seu encargo constitucional, pois, se dedica ao cumprimento da lei e da realização de um processo público.

5.1. Nos estabelecimentos prisionais

Como já aludido anteriormente, nossos estabelecimentos prisionais estão habitados, em sua esmagadora maioria, por pessoas egressas das camadas menos favorecidas da sociedade. Alguns autores, como Kuehne, chegam a estimar em 95% o número de presos pobres no Brasil, o que demonstra a necessidade inafastável de atuação da Defensoria Pública nestes estabelecimentos como forma de garantir o acesso à Justiça aos encarcerados.⁶⁹

A presença desta importante instituição não poderá, contudo, ser apenas “cosmética”, plástica, gerando mera aparência de prestação do serviço, sem, no entanto, efetivar as disposições constitucionais e legais impositivas do real acesso à Justiça. É necessário que a Defensoria esteja presente com número suficiente de profissionais qualificados, bem remunerados e com estrutura robusta para a garantia deste direito. Isto porque, os defensores públicos, também no ambiente prisional, devem estar aptos a garantir a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, manifestada, da mesma forma, por meio das funções tutelares clássicas, extrajudiciais e metaindividuais.

⁶⁹ KUEHNE, Maurício. **Situação prisional**. In: LEAL, César Barros (Org.). *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça: uma visão do presente e do futuro à luz dos direitos humanos*. Fortaleza: C. B. Leal, 2006, p. 282.

Desempenhando suas funções tutelares clássicas, o defensor público precisa requerer os benefícios legais previstos: livramento condicional, progressão de regime, indulto condicional, comutação de pena, extinção de pena, trabalho externo, saídas temporárias e todos os demais relacionados com o sistema progressivo da execução da pena. É este profissional que providenciará o acesso dos encarcerados ao Judiciário para que usufruam destes benefícios, em sua maioria, relacionados com o retorno à liberdade. De fato, a realidade atual não é diferente da narrada por Fragoso, Catão e Sussekind, que relataram:

A grande maioria da população carcerária não possui advogado particular e fica esquecida nos estabelecimentos penitenciários. Muitos poderiam obter livramento condicional, já que cumpriam os requisitos legais; outros poderiam ter o caso reexaminado através de revisão criminal, com grandes possibilidades de êxito; outros, ainda, foram condenados com base em processos que apresentavam vícios de diversas origens que poderiam ser nulificados por meio de *habeas corpus*. Em suma, se atendida de maneira conveniente, boa parte da população carcerária poderia estar em liberdade.⁷⁰

Também necessária é a atuação do defensor público na verificação da legalidade da execução da pena. É este profissional que observará se a privação da liberdade está ocorrendo em conformidade com os ditames constitucionais e legais, denunciando situações abusivas e desviantes, assim como promovendo as ações judiciais de responsabilização do Estado ou de seus agentes, como forma de inibir os episódios de desrespeito aos direitos fundamentais e, a um só tempo, promover a reparação de eventuais danos. A Defensoria, inclusive, está atuando na capacitação de agentes penitenciários, objetivando uma melhor preparação destes para os serviços prestados junto aos encarcerados.

É imprescindível, portanto, que os estabelecimentos prisionais disponham de profissionais independentes, sem vinculações de qualquer ordem com a direção do estabelecimento (mormente empregatícias, como nos casos de terceirização ou privatização de presídios), nem com os governantes, a fim de que possuam a isenção necessária para efetuar as denúncias citadas e movimentar a máquina judicial para albergar os direitos fundamentais dos encarcerados.

Quanto às funções extrajudiciais, há que se destacar a importante atuação dos defensores públicos do sistema prisional na orientação jurídica dos presos, informando-os do andamento dos processos (quando presos provisórios) ou da

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno. CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elizabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 98.

gama de benefícios a que faz jus o reeducando (condenado). Com efeito, um dos principais fatores de angústia do preso é exatamente a indefinição de sua situação prisional e processual. A ausência de assistência jurídica faz nascer no preso a idéia alternativa de recorrer a meios de autodefesa.

Realmente, a privação de liberdade torna-se ainda mais penosa e desumana para o indivíduo quando aliada ao total alheamento dos direitos de que este dispõe, bem como das suas perspectivas concretas de deixar o cárcere. Ao defensor público, portanto, cabe a tarefa de amenizar esta angústia com o atendimento individualizado dos presos, que, desde o momento em que estão cientes de que contarão com o apoio jurídico, passarão a cumprir sem sobressaltos a pena que lhe foi imposta.

Relacionada à tutela metaindividual, verifica-se a atuação do defensor público na impetração de ações civis públicas, com o objetivo de proteger interesses difusos ou coletivos, na forma do art. 1º, IV, da Lei 7.347/85.⁷¹

No Estado do Ceará, inclusive, tramita ação civil pública promovida pela Defensoria Pública de Tianguá - CE, para a desativação da Cadeia Pública local em razão das péssimas condições de salubridade e segurança apresentadas, em prejuízo flagrante dos direitos fundamentais dos presos.

Da mesma maneira, outras ações de idêntica natureza podem ser propostas para obrigar o Estado, por exemplo, adotar o sistema prisional de estabelecimentos aptos a receber mulheres que se encontrem em regime semi-aberto ou estejam sujeitas a medida de segurança. O Estado do Ceará não possui estabelecimento adequado para receber mulheres que estejam em regime semi-aberto, sendo obrigadas a permanecer sob os rigores do regime fechado. Da mesma forma, inexistente local adequado a receber mulheres apenas que apresentem distúrbios mentais.

Sobre a importância da presença do defensor público no sistema prisional, resume Barros Leal:

Dissecadas as funções a serem desempenhadas pelo defensor público em um estabelecimento prisional, conclui-se como é importante um efetivo serviço de assistência jurídica nestes locais, como condição imprescindível

⁷¹ "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei n.º 8.884, de 11.6.1994) [...] IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei n.º 10.257, de 10.7.2001)"

à efetividade dos direitos fundamentais. Uma situação ideal somente será atingida se estes estabelecimentos contarem com número suficiente de defensores públicos, dotados de estrutura física e de pessoal condizentes com o bom desempenho dos misteres elencados.⁷²

5.1.1. Benefícios

O Supremo Tribunal Federal vem apresentando uma nova face, mais comprometida com os direitos humanos. Há sinais de uma justiça penal menos legalista, com focos voltados aos princípios constitucionais. Essa nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal vem trazendo novas modificações quanto ao sistema de concessão de benefícios, como progressão de regime e livramento condicional, aos apenados.

Depois de considerar inconstitucional a proibição de progressão de regime para condenados por crime hediondo ou equiparado, o Supremo Tribunal Federal constrói jurisprudência para orientar os tribunais a decidir quando o condenado possui direito à progressão de regime.

O Ministro Gilmar Mendes decidiu, em 17 de setembro de 2007, que o condenado por crime hediondo antes da vigência da Lei 11.464/07 possui direito à progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, em conformidade ao previsto na Lei de Execução Penal.

Considerou Gilmar Mendes que,

No caso concreto, vislumbra-se, ao menos em tese, possível violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (artigo 5º, inciso XL, Constituição Federal).⁷³ Isto porque, dos documentos acostados aos autos pelos impetrantes, verifica-se que, tanto o fato criminoso, quanto a prolação da sentença condenatória, ocorreram em momento anterior à vigência da Lei 11.464/07.⁷⁴

Quanto ao requisito para concessão dos benefícios citados, Gilmar Mendes esclarece que o Supremo Tribunal Federal já afirmou que o juiz da execução é livre para pedir exames criminológicos - “quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada”⁷⁵ - para verificar se o reeducando está apto para progredir de regime, mesmo que a Lei de Execução Penal dispense tal previsão.

⁷² LEAL, César Barros. **Prisão**: crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 17.

⁷³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...]”

⁷⁴ HC 92.477-8/SP. Ver ANEXO 3.

⁷⁵ HC 92.477-8/SP. Ver ANEXO 3.

Vale ressaltar, que o Superior Tribunal de Justiça comungou, recentemente, com o entendimento de Gilmar Mendes. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a lei só pode retroagir em benefício do réu. Nunca, contra. "Tenho que a aplicação da nova regra, estabelecida pela Lei 11.464/07, somente ocorrerá nos fatos ocorridos após sua vigência", decidiu o ministro Félix Fischer.

Um volume expressivo de processos tramita na Vara de Execuções Criminais com pedidos de benefícios e outras medidas judiciais, motivando preocupação dos que militam na Vara, pois, em certas situações, notadamente quando um advogado comparece à Secretaria da Vara para se atualizar acerca do andamento de processo do seu interesse e o processo em questão encontra-se fora da ordem ou deslocado. Neste aspecto, a Defensoria Pública possui melhores condições de trabalho, pois tem acesso direto aos processos, o que não significa que facilite a busca dos inúmeros processos que se apresentam deslocados.

Além disso, observa-se a falta, em nosso sistema, de um rígido e eficaz controle na fiscalização das execuções das sanções. Por exemplo, no caso de um criminoso que recebeu o benefício de livramento condicional e ganhou a liberdade, que não é expiado pelo Estado e quase sempre acaba descumprindo as delimitações impostas e aceitas; mas, como não se leva ao conhecimento do Juízo das Execuções tais desobediências, nada é feito e o criminoso acaba cumprindo o regime mais importante da pena - importância advinda da interação com a sociedade e possível reintegração – qual seja: o aberto, o livramento condicional; da forma como desejar quando na verdade, em liberdade, deveria mostrar conduta condizente com a moral e os bons costumes, dirigida à consecução de trabalho lícito.

Nessa esteira, é que entra a possibilidade de atuação da Defensoria Pública na tentativa de exigir de seu assistido uma conduta de melhoria de comportamento. Não somente isso, deve também esta exigir do Estado meios para que os indivíduos egressos do sistema prisional possam ser efetivamente reintegrados à sociedade. Nos casos de exclusão social destes pelo Estado, deverá, então, a Defensoria Pública se utilizar de teorias recentes, como a da co-culpabilidade estatal, a qual será melhor explanada na seção seguinte.

5.2. Co-culpabilidade estatal

Temática bastante atual e pertinente que deve povoar a mente dos defensores públicos é a de co-culpabilidade estatal pelos delitos praticados por pessoas excluídas ou marginalizadas durante o processo de integração social. Esta teoria consiste no reconhecimento de uma parcela de responsabilidade que pode ser atribuída à sociedade - mais especificamente ao Estado - devido à falta de condições mínimas de sobrevivência da enorme quantidade de excluídos. É nitidamente baseada no determinismo do século XIX, o qual parte do princípio que o homem é produto de seu meio e momento histórico.

Pesquisa realizada em São Paulo, no segundo semestre de 1999, registrou que, num total de 443.478 crimes cometidos neste Estado, 251.145 se referiam a delitos praticados contra o patrimônio, cometidos em sua maioria por pessoas sem recursos financeiros.⁷⁶

Para os apoiadores dessa teoria⁷⁷, pode haver uma redução do juízo de censura ou reprovação incidente sobre o criminoso, atenuando, dessa forma, a sanção referente à prática do delito cometido. Há que se ressaltar que a utilização da co-culpabilidade refere-se, tão-só, aos casos em que o indivíduo pratica o crime sob influência da conjuntura social em que vive.

Os adeptos de tal teoria encontram, na atenuante genérica inominado do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, a forma de por a co-responsabilidade em prática.⁷⁸

Dentre as escassas decisões que abordam as decisões favoráveis a co-responsabilidade estatal, há uma decisão prolatada pelo magistrado Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, juiz de direito da 4ª. Vara Criminal de Niterói, no processo 14.426:

[...] que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde, e bem-estar geral. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo e reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinqüente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena.⁷⁹

⁷⁶ KAHN, Túlio. **Intimidação, incapacitação ou prevenção?** Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade.

⁷⁷ Brunner, Eduardo Correia e Boaventura de Souza Santos.

⁷⁸ "Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984)"

⁷⁹ Ver ANEXO 4.

A utilização desta abordagem está longe de resolver a discrepância existente em nosso sistema penal, mas é, antes de tudo, uma forma de a Defensoria Pública proporcionar justiça aos seus assistidos, atenuando, ainda que infimamente, a desigualdade existente em nosso país.

5.3. A nova prisão em flagrante e a Defensoria Pública

A derradeira importante alteração dos dispositivos legais quanto à prisão em flagrante e seus requisitos formais é a inclusão no Código de Processo Penal, trazida pela lei 11.449/07, quando impõe, no §1º do art. 306, o encaminhamento de cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, em prazo de 24 (vinte e quatro) horas, caso o autuado não informe o nome de seu advogado.⁸⁰

Desde a aprovação da Declaração dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, já se reconhecia, em seu artigo XI, que todo homem acusado de um ato delituoso deve ter assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa. Para esta declaração, a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos.⁸¹ Inobstante o caráter não vinculativo da declaração humanista, outros tratados internacionais devidamente ratificados pelo Brasil trouxeram previsões ainda mais específicas quanto ao direito dos acusados.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo nosso país em 25 de setembro de 1992, já previa expressamente em seu artigo 8º, 2, 'e', a garantia judicial de que toda pessoa acusada de um delito tem o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.⁸²

⁸⁰ “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.”

⁸¹ “Artigo XI - I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

⁸² “Art. 8º - Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; [...]”

Assim, não se trata de novidade legislativa a festejada alteração. Entretanto, vale dizer, a inclusão da palavra “Defensoria Pública” no texto legal enseja reflexão, trazendo grande repercussão no dia-a-dia forense.

Passados 15 (quinze) anos da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, o Estado brasileiro editou uma medida legislativa destinada a tornar efetivo o direito acima aludido, tendo elegido a Defensoria Pública como o único órgão estatal autorizado a assistir aos presos em flagrante sem advogados. Não foi concedida oportunidade de escolha.

É cediço que outras importantes legislações flexibilizam a assistência pela Defensoria Pública. A lei 1.060/50, por exemplo, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, aduz no § 2º do art. 5º que, se no Estado não houver serviço de assistência judiciária por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados do Brasil, por suas seções estaduais, ou subseções municipais. Entretanto, não foi dada alternativa no caso da prisão em flagrante.⁸³

Além disso, surge uma nova problemática - a da regularidade formal dos autos de prisão em flagrante. Já surgem posicionamentos a favor do relaxamento das prisões em flagrante que não obedeçam à previsão legal da comunicação à Defensoria Pública dentro do prazo previsto, caso não haja informação no auto do nome do advogado do preso. Ora, se toda prisão em flagrante procedida ilegalmente deve ser relaxada, não se poderia mantê-la diante de importante carência de requisito legal. A homologação do auto, nessas circunstâncias, desafia, inclusive, a impetração do remédio heróico do *habeas corpus*, pois atingida a liberdade de locomoção do paciente.

Haver-se-á também que observar a prerrogativa da intimação pessoal os Defensores Públicos. Assim como aos órgãos do Ministério Público, há previsão legal para que os representantes da Defensoria Pública sejam intimados

⁸³ “Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas. § 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais. § 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo. § 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei n.º 7.871, de 1989)”

pessoalmente. Trata-se de prerrogativa elencada nos artigos 44, I; 89, I e; 128, I da Lei Complementar 80/94. Deve-se evitar, portanto, a simples entrega da cópia do auto nos Fóruns, com o recebimento dos documentos por pessoa não habilitada para a intimação, ensejando nulidade processual.

No entanto, não é aceitável que todos os autuados sejam postos em liberdade diante da inexistência da necessária comunicação à Defensoria Pública. A liberdade do indiciado não está somente vinculada à formalidade do flagrante. O relaxamento pela ilegalidade não obsta, no caso concreto, a decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz, presentes os seus requisitos legais e motivos autorizadores. De outro canto, tanto por representação da autoridade policial quanto por requerimento do Ministério Público esta espécie de prisão cautelar poderá ser decretada pelo juízo.

Se para a autoridade policial se atribui o dever de comunicação pessoal aos órgãos da Defensoria Pública no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a esta instituição se impõe outra não menor responsabilidade - a de se fazer presente nos procedimentos investigativos.

Diante da novel inclusão, à Defensoria Pública caberá indicar para cada comarca um defensor titular ou, ao menos, um substituto. Aos finais de semana e feriados, assim como procedido pelo Poder Judiciário e Ministério Público, deverá haver defensores públicos de plantão para o recebimento da cópia integral do auto e fazer os requerimentos que entenderem necessários. O bônus do reconhecimento institucional vem atrelado ao ônus da presença nos procedimentos, o que, no mais, demonstrará a imprescindibilidade do órgão defensorial.

Os Estados e a União devem dotar os seus respectivos órgãos da Defensoria Pública de número de pessoal compatível, sob pena de se instalar um caos social, com o relaxamento reiterado dos autos de prisão em flagrante. Não cabe ao Poder Judiciário comungar com a ilegalidade. Ao magistrado é forçosa a aplicação da lei e, em tais casos, o respaldo para o relaxamento não será meramente legalista, mas pautado em princípios constitucionais como a ampla defesa e a presunção da inocência, ambos corroborados ainda pela legislação internacional dos direitos humanos inserida no ordenamento jurídico do país.

A inclusão da Defensoria Pública como único órgão estatal a assistir aos autuados em flagrante, prova a sua importante ascendência no contexto nacional. Caberá, pois, a esta instituição se demonstrar ativa e disposta a atender à demanda iminente, não obstante às notórias dificuldades existentes, que somente serão vencidas diante da presença firme e atuante de seus nobres membros.

5.4. Nas comunidades

Por outro lado, ainda com o enfoque na atuação extrajudicial do defensor público, este profissional, por tomar parte em primeiro lugar dos conflitos de determinada comunidade, pode funcionar como importante instrumento de aplicação da Justiça Restaurativa⁸⁴. Realmente, desde que providenciada a capilarização (descentralização) da Defensoria Pública, esta instituição poderá desenvolver sua vocação à solução extrajudicial dos conflitos, através da mediação e da conciliação.

O contato direto do defensor público com a comunidade torna muito mais fácil a inserção do Estado em determinadas localidades, que possuam um histórico de abandono e já criaram seus próprios meios de solucionar problemas de acesso aos bens que deveriam ser públicos e universais. Somente por intermédio de uma instituição que chegue a estes locais para ouvir as pessoas (e não para impor decisões) é que o Estado poderá atingir algum grau de aceitação de suas regras. Alcançando sucesso nesta empreitada, a Defensoria Pública funcionará como importante catalisador da inclusão social, com efeitos benéficos e imediatos na amenização do problema da insegurança pública, no qual está imbricada a complexa situação prisional.

Da mesma maneira, tal situação somente poderá ser viabilizada se a instituição Defensoria Pública for fortalecida e valorizada pelo Poder Público, atingindo o patamar a que a ordem constitucional a elevou: uma instituição independente, de acesso à cidadania e essencial à função jurisdicional do Estado, como promotora e defensora primeira dos direitos fundamentais do homem.

⁸⁴ A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que os estudos relacionados ao sistema prisional brasileiro já ocuparam os esforços de muitos doutrinadores, principalmente daqueles que se preocupam com a efetividade dos direitos fundamentais dos encarcerados. A ausência de respeito aos presos, a ausência de um tratamento médico regular, a ausência de atividades laborativas dentro dos presídios, a superpopulação carcerária e o processo de desumanização do interno são circunstâncias que demonstram a situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário.

De fato, este ambiente de impermeabilidade ao respeito da dignidade humana torna-se alvo fácil de críticas de todos os matizes. Daí, a razão pela qual se buscou, ao longo desse estudo, apontar as mazelas do sistema carcerário cearense, por sua vez atrelada à necessidade de viabilização de mecanismos aptos a amenizar este grave problema nacional.

Após verificados os conceitos e características da execução da pena privativa de liberdade, constata-se facilmente que esta não vem cumprindo as promessas ínsitas à sua natureza, quais sejam: reprimir e prevenir o crime e, ao mesmo tempo, ressocializar o criminoso.

Na verdade, o encarceramento, como vem sendo levado a efeito no Brasil, contribui para afastar ainda mais essas finalidades da pena de sua realização fática. Em um sistema cujas condições atuais o transformam em um ambiente de total desprezo dos direitos fundamentais, não há como falar em recuperação do indivíduo encarcerado. Ao reverso, o sistema prisional brasileiro acaba por transformar-se em fator criminógeno de primeira magnitude. Dessa maneira, a um só tempo, frustra a finalidade preventiva, ao ser uma escola de reinclusão, e inviabiliza a ressocialização, por não dar alternativas lícitas ao indivíduo recluso.

Baseado nisso, este estudo se orientou no sentido de que a prisão, nos casos em que for inafastável, seja feita em circunstâncias privilegiadoras do respeito aos direitos do apenado, o que, em última análise, representa a afirmação do primado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, também no ambiente penitenciário.

Com o mesmo foco, analisa-se que tal situação somente poderá ser viabilizada se a instituição Defensoria Pública for fortalecida e valorizada pelo Poder Público, atingindo o patamar a que a ordem constitucional a elevou: uma instituição independente, vital à assistência jurídica dos encarcerados, de acesso à cidadania e essencial à função jurisdicional do Estado.

Nesse contexto, foram estabelecidas propostas para garantir maior efetividade aos direitos do preso, bastando que haja compromisso verdadeiro com esta meta por parte daqueles a quem é dada a competência de fiscalizar a execução da pena privativa de liberdade.

Como saldo desse estudo, sedimentou-se a certeza de que o sistema prisional brasileiro ainda é o âmbito espacial no qual prevalece o esquecimento (intencional, muitas vezes) dos direitos fundamentais. Resta, portanto, compreendê-lo melhor, por meio do estudo de seus fundamentos e finalidades, para, a partir de então, engendrar formas diferenciadas de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O sistema penitenciário, por si só, nunca conseguirá solucionar completamente essa questão, posto que está intimamente ligada a todo um processo que se inicia com o nascimento, com falta de oportunidades em um mercado cada vez mais competitivo, até chegar as raias da violência.

A execução da pena através da prisão, na realidade, não reabilita verdadeiramente o indivíduo, tendo em vista que as causas do seu comportamento transcendem a esfera de atuação que o sistema prisional deve alcançar. Por derradeiro, vale uma verdade: se conseguir sair do cárcere e retomar à sociedade, além da revolta que parece permear a maior parte dos egressos, por certo, levará consigo o estigma e os olhares preconceituosos de uma sociedade que lhe nega na maioria das vezes oportunidades.

A pena deve, portanto, reeducar. De forma a reinserir o egresso na sociedade, proporcionando-lhe os meios de aquisição de uma qualidade de vida adequada às necessidades básicas da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

BESSA, Leandro Sousa. **O sistema prisional brasileiro e os direitos fundamentais da mulher encarcerada**. Propostas de coexistência. Fortaleza, UNIFOR, 2007, 213p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Censo Penitenciário de 2002**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

_____. **Diagnóstico do Ministério Público dos Estados**. 2006.

_____. **Diagnóstico do Poder Judiciário**. 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

_____. **II Diagnóstico da Defensoria Pública**, 2006, p. 68. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.

_____. Departamento Penitenciário Nacional, 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.

_____. Câmara dos Deputados. ROLIM, Marcos *apud* ALFREDO, João. **II Caravana Carcerária**. Sistema prisional brasileiro. Brasília: [s.n.], 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/cdhm/relatorios/prisional.html>>.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH. **Acesso à Justiça**, Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Porto Alegre, 1988.

CEARÁ. Secretaria da Justiça – SEJUS.

_____. Secretaria da Saúde, 2007. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br>>.

_____. Secretaria da Educação – SEDUC.

_____. Secretaria de Educação – SEDUC. **Educação de Jovens e Adultos**.

_____. Secretaria da Justiça - SEJUS. **Ceará em números**, 2005. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e reprovação penal**. Sugestões Literárias, 1994, p. 231.

CUNHA, Renan Severo Teixeira da. **O Ministério Público na execução penal.** Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 186.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A Nova parte geral.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 291.

_____, Heleno. CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elizabeth. **Direitos dos presos.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 98.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal.** São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** Parte geral. Vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 519.

KAHN, Túlio. **Intimidação, incapacitação ou prevenção?** Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade.

KUEHNE, Maurício. **Situação prisional.** In: LEAL, César Barros (Org.). **Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça: uma visão do presente e do futuro à luz dos direitos humanos.** Fortaleza: C. B. Leal, 2006, p. 282.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMA, Francisco Ferreira. **Execução penal: Penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei.** 1. Ed. Fortaleza: Puchain Ramos, 2005, p. 34.

MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de Execução Penal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Raphael Manhães. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça.** In: Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. n. 30. Jul/Set. 2005. Brasília: CEF, 2005, p. 29.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução penal.** Comentários à lei 7.210, de 11-7-84. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária.** sua gênese, sua história e a função protetiva do estado. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984, p. 98.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, Títulos XXXII, XXXV, XLII, XLV, XLIX, LII, LVI. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomantico, 1870, p. 92 e segs.

PIMENTEL, Manoel Pedro, **O crime e a pena na atualidade**, p.158.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 460.

Resolução n.º 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 02.12.94).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 606.

ANEXO

ANEXO 1

Tabela 9.1 Estabelecimentos penais, por tipo, regime e capacidade - Ceará - 1998-2004

Nome	Estabelecimentos penais					
	Tipo	Regime	Capacidade		Número de presos	
			1998	2004	1998	2004
Instituto Penal Paulo Sarasate (IPPS)	Penitenciária	Fechado	860	940	910	1.539
Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira (IPPOO) - I	Presídio	Fechado	400	395	395	586
Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira (IPPOO) - II	Presídio	Fechado	-	492	-	520
Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa	Penitenciária	Fechado	50	134	93	231
Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes (Manicômio)	Hospital custódia e trat. psiquiátrico	Fechado	104	104	89	112
Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC)	Penitenciária	Fechado	-	549	-	442
Penitenciária Industrial Regional de Sobral (PIRS)	Penitenciária	Fechado	-	500	-	492
Colônia Agrícola do Amanari	Colônia agrícola	Semi-aberto	120	120	66	421
Colônia Agrícola Padre José Amaldo Esmeraldo Melo	Colônia agrícola	Semi-aberto	60	40	10	13
Casa do Albergado	Albergue	Semi-aberto	60	60	361	1.125
Hospital e Sanatório Penal Professor Otávio Lobo	Centro de observação	Fechado	30	30	22	36
Cadeia pública ou similar	Cadeia	Misto	2.376	2539	1.866	4.213

Fonte: Secretaria da Justiça (SEJUS).

JUNHO – 2004 ⁸⁵		DEZEMBRO - 2004 ⁸⁶	
Regime Fechado	Regime Semi-Aberto	Regime Fechado	Regime Semi-Aberto
Homens: 3.481	Homens: 1.372	Homens: 3.479	Homens: 1.391
Mulheres: 148	Mulheres: 55	Mulheres: 34	Mulheres: 47
Total: 3.629	Total: 1.427	Total: 3.513	Total: 1.438
Provisório	Medida de Segurança	Provisório	Medida de Segurança
Homens: 3.139	Homens: 43	Homens: 3.334	Homens: 36
Mulheres: 125	Mulheres: 0	Mulheres: 162	Mulheres: 0
Total: 3.264	Total: 43	Total: 3.496	Total: 36
População Prisional: 8.363		População Prisional: 8.483	
Vagas: 5.903	SSP: 815	Vagas: 5.903	SSP: 1.014
População Prisional do Estado: 9.178		População Prisional do Estado: 9.497	

⁸⁵ CEARÁ. Secretaria da Justiça – SEJUS. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.⁸⁶ CEARÁ. Secretaria da Justiça – SEJUS. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br>>.

ANEXO 2

10 - Progressão de regime indeferida pelo juiz da execução. Presença dos requisitos legais. Não conhecimento de *habeas* impetrado perante o Tribunal de Alçada. Exame indevido da matéria de mérito pelo STJ para afastar o *writ*. Concessão da ordem, de ofício.

HABEAS CORPUS N.º 85.688/PR

REL. MIN. EROS GRAU

RELATÓRIO - O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O paciente foi condenado a 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática dos crimes tipificados nos artigos 155 e 171, ambos do Código Penal. 2. Ao cumprir 1/6 da pena, requereu a progressão de regime ao juízo da execução, do fechado para o semi-aberto. Não obstante satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo - cumpriu a fração da pena exigida, além do bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional - o requerimento foi indeferido ao fundamento de lhe ser desfavorável o laudo de exame criminológico. 3. Ajuizou *habeas corpus* no TACrim/PR, sob o argumento de que, com a nova redação do artigo 112 da LEP, operada pela Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, "... os requisitos exigidos para a progressão de regime prisional restringem-se tão-somente ao cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e à presença de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento penitenciário". 4. O TACrim/PR não conheceu do *writ*, por entender que o agravo (LEP, art. 197) é a via processual adequada para impugnar a decisão do juiz da execução. Esse o constrangimento ilegal submetido ao Superior Tribunal de Justiça. 5. Alega, agora, que o Tribunal a quo examinou, indevidamente, a questão de mérito, ao decidir que o paciente não tem direito à progressão de regime, visto que essa matéria não foi submetida nem apreciada pelo TACrim. 6. Sustenta, por fim, que o STJ somente poderia entrar no mérito se fosse para conceder a ordem de ofício, nunca para denegá-la. 7. Requer, portanto, "... a concessão da ordem para o fim de determinar que

superado o tema do conhecimento da ação julgue o Tribunal de Justiça o *habeas corpus* como entender de direito, ou então que seja conhecido diretamente do mérito do pedido para o fim de se conceder a progressão almejada, eis que satisfeitos os requisitos legais para tanto." 8. O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem. É o relatório.

VOTO - O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão de fundo e indeferir o *writ*, não atentou para o pedido. Com efeito, a impetração visou tão-somente compelir o TACrim/PR a examinar o mérito do HC lá impetrado. Tem razão o impetrante quando diz que o Tribunal *a quo* somente poderia entrar no tema referente à progressão de regime para conceder a ordem de ofício; jamais para denegá-la. 2. O que se deu, na espécie, foi supressão de instância. O STJ examinou matéria de mérito não apreciada na origem, porquanto a alegação de constrangimento ilegal que lhe foi submetida restringiu-se ao não-conhecimento do HC impetrado no TACrim/PR. 3. Observei, em vários precedentes desta Corte, que o *habeas corpus* não é sucedâneo do recurso não interposto. Ouso contudo discordar dessa orientação jurisprudencial. Com efeito, não raras vezes tem-se utilizado o *writ* em lugar da revisão criminal. Ora, o que interessa, na verdade, é aferir se o pleito objetiva coartar ameaça iminente ou atual do direito de locomoção; obviamente, sem incorrer em supressão de instância. 4. A despeito dos vários precedentes contrários, há um que considero correto: refiro-me ao RHC 66750-3, sendo relator o Ministro Francisco Rezek, cuja ementa está assim redigida: "**HABEAS CORPUS. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL. COMPATIBILIDADE COM APRECIÇÃO DE HABEAS CORPUS.** Eventual não-interposição de recurso cabível não condiciona nem veda a apreciação de *habeas corpus*, onde o argumento - ilegalidade ou abuso de poder – invocável a qualquer momento." Ante o exposto, defiro a ordem para que o Tribunal de Justiça do Paraná examine o mérito do HC lá impetrado.

VOTO - O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – O STJ entrou no mérito para denegar a progressão?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Exato.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – A dúvida é a utilidade do nosso provimento, porque está prejudgado o mérito pelo Tribunal Superior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mais cedo ou mais tarde, vamos deparar com outro *habeas corpus*. Ortodoxamente, a posição do relator está certíssima.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – Sim, em termos processuais civis não tenho dúvida, mas em termos de *habeas corpus* eu as tenho, porque, se há elementos para decidir no mérito a favor, acho que é o caso, porque está preordenada a decisão do Tribunal Superior.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Decidiríamos, então, em que sentido?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A favor, afastando o óbice à progressão, na forma do parecer.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) – O que é lamentável, mas parece que é incontroverso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E há precedente, inclusive, da Turma, já observando a alteração, a supressão do exame criminológico.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) – Há um parecer favorável na origem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há a menor dúvida. O Tribunal de Alçada Criminal não chegou a adentrar a matéria de fundo, mas, impetrado o *habeas corpus*, penso, substitutivo do recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça examinou a matéria de fundo e a prejudgou. Há campo propício para atender ao segundo pedido formulado no *habeas corpus* e creio que o impetrante deveria até ter invertido os pedidos.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Vamos conhecer indiretamente?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) –

Ele próprio disse que poderia conhecer para conceder de ofício.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pediria primeiro o

afastamento da exigência do exame.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Vou evoluir,

então, para que seja concedida nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Concedemos de ofício,

apenas para não criar o precedente.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) –

Então, Vossa Excelência, concede de ofício o *habeas corpus*, julgando prejudicada a impetração?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Isso.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO NO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL. NÃO-CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO STJ. EXAME INDEVIDO DA MATÉRIA DE MÉRITO PARA INDEFERIR O *WRIT*. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. Impetração de *habeas corpus* no Tribunal de Alçada Criminal, em vez do recurso de agravo, visando à progressão de regime em face do cumprimento de um sexto da pena e do atestado de bom comportamento carcerário passado pelo diretor do estabelecimento prisional. *Writ* não conhecido, porque o recurso cabível é o de agravo. Alegação de constrangimento ilegal posta a exame do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compelir o Tribunal estadual a julgar o *habeas corpus* lá impetrado. Exame indevido do mérito para negar o direito à progressão, configurando prejulgamento desfavorável ao paciente. Ordem concedida, de ofício, para determinar que se opere a progressão de regime, eis que satisfeitos os requisitos exigidos pelo artigo 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/03, ficando prejudicada a pretensão a fim de determinar ao Tribunal de Alçada Criminal o exame do *habeas corpus* lá impetrado.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os

Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar prejudicado o pedido; deferir, porém, de ofício, *habeas corpus* para conceder a progressão do regime, nos termos do voto do Relator. Brasília, 3 de maio de 2005.

ANEXO 3

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 92.477-8 SÃO PAULO**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

PACIENTE(S): JOÃO FARIA

IMPETRANTE(S): ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATORA DO HC Nº 89.875 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de pedido de medida liminar em *habeas corpus*, impetrado por ALBERTO ZACHARIAS TORON e FLÁVIA VALENTE PIERRO, em favor de JOÃO FARIA. Nestes autos, a defesa impugna decisão monocrática proferida pela Relatora do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Min. Laurita Vaz, nos autos do HC n.º 89.875/SP (DJ 11.9.2007). Eis o teor do ato decisório impugnado:

“Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO FARIA, condenado, como incurso nos arts. 12 e 14, da Lei n.º 6.368/76, às penas de 20 anos e 05 meses de reclusão, em regime fechado, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do *writ* originário.

O Impetrante alega, em suma, constrangimento ilegal, na medida em que o juízo das execuções teria exigido ‘o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para a progressão de regime de pena, nos termos da Lei n.º 11.464/07, mesmo o Paciente tendo sido condenado por fato muito anterior à promulgação da referida lei’ (fl. 02), sendo que o Tribunal de origem ‘não conheceu do *writ* sob o fundamento de que matéria referente à progressão de regime somente poderia ser apreciada em sede de agravo de execução’(fl. 06).

Requer, assim, a concessão de liminar ‘para que a autoridade apontada como coatora aprecie o mérito do *writ* não conhecido’ (fl. 14) e, no mérito, ‘a concessão da ordem a fim de garantir que o lapso temporal exigido para a progressão de regime de pena do Paciente é de 1/6, afastando a aplicação do artigo 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90, alterado pela Lei n.º 11.464/07’ (fl. 14).

Relatei. Decido.

Em juízo de cognição sumária, não vislumbro, de plano, o *fumus boni iuris* do pedido urgente que, frise-se, confunde-se com o próprio mérito da impetração, cuja análise competirá ao órgão colegiado, no momento oportuno, sobretudo em face do teor da decisão de fl. 149, da lavra do Juízo das Execuções, a qual se limita a declarar a ausência do requisito objetivo, sem tecer quaisquer considerações acerca do novo regramento estabelecido pela Lei n.º 11.464/07. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar” – (HC n.º 89.875/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 11.9.2007 – fls. 168/169).

Em 6 de abril de 2003, o ora paciente foi preso preventivamente (fl. 145).

Em 15 e abril de 2005, o paciente foi condenado à pena de vinte anos e cinco meses de reclusão pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 12 e 14 da Lei n.º 6.368/1976 (fls. 16-146).

Em 10 de abril de 2007, a defesa requereu a concessão do benefício da progressão de regime (fls. 147-150).

Em 6 de junho de 2007, o Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba indeferiu o referido pedido, *verbis*:

“tendo em vista a ausência do requisito objetivo que será preenchido comente em 30.09.09, indefiro a pretensão” – (fl. 151).

Em 18 de junho de 2007, dessa decisão, a defesa impetrou pedido de *habeas corpus* (fls. 152-162) perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

Em 16 de agosto de 2007, a Sexta Câmara Criminal do TJ/SP, por unanimidade de votos, não conheceu do *writ* (fls. 163-167).

Em 21 de agosto de 2007, dessa decisão, a defesa impetrou pedido de *habeas corpus* perante o STJ (HC n.º 89.875/SP).

Em 4 de setembro de 2007, a Relatora perante o STJ, Min. Laurita Vaz, indeferiu o pedido de medida liminar (fls. 168/169). É este o ato decisório impugnado neste *habeas corpus*.

No que concerne à plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*), a impetração sustenta:

“O Paciente foi condenado às penas que totalizam 20 anos e 5 meses de reclusão pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 12 e 14, da Lei n.º 6.368/76, e está cumprindo a pena desde 6 de abril de 2003. portanto, está preso há mais de 4 (quatro) anos.

[...]

Ocorre que os fatos imputados ao Paciente são do ano de 2003 tendo em vista que a Lei n.º 11.464/07 é, por óbvio, mais rigorosa que a regra prevista no artigo 112, da Lei de Execução Penal, a qual estabelece a necessidade de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a progressão, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, não se poderia exigir do Paciente o cumprimento de 2/5 da pena para a progressão de regime.

[...]

Ora, a questão discutida no *habeas corpus* não demanda nenhuma análise de prova – a matéria é estritamente de direito – e, ademais, a discussão atinge diretamente o direito de locomoção do Paciente afinal, desde agosto de 2006 ele já cumpriu 1/6 da pena e, até a presente data, ainda não teve seu pedido de progressão inteiramente analisado.

[...]

Como efeito, o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais de Araçatuba aplicou a exigência de cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n.º 8072/90, alterado pela Lei n.º 11.464/07, apesar de o fato lhe imputado ter ocorrido no ano de 2003.

[...]

Ora, no *writ* não se pleiteou a progressão de regime prisional. O pedido está limitado à discussão da suposta ‘ausência do requisito objetivo’ e, com a devida e máxima venia, ainda que o MM. Juiz da Vara das Execuções Penais não tenha expressamente mencionado a Lei 11.464/07, vê-se pelo cálculo de pena juntado na impetração ou, por simples conta aritmética, que a data considerada pela r.

decisão para a progressão de regime – dia 30.09.09 – corresponde à exigência do cumprimento de 2/5 da pena.

[...]

Ou seja, independentemente da citação expressa da Lei 11.464/07 na r. decisão que indeferiu a progressão, é incontestável que o douto Magistrado exigiu do Paciente o cumprimento de 2/5 da pena para progressão mesmo ele estando condenado por fato muito anterior às lei que alterou o lapso de 1/6 (um sexto) para progressão. O lapso de 1/6 (um sexto) o Paciente já cumpriu desde agosto de 2006.

Por outro lado, o *fumus boni iuris* da impetração está demonstrado na medida em que todas as decisões monocráticas e, inclusive um v. acórdão unânime do col. STJ, são no sentido de que não se pode exigir de condenados por fatos anteriores às Lei 11.464/07 o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para progressão de regime” – (fls. 6-9 e 12/13).

Quanto à urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*), aduz-se que:

“Acrescente-se a isso o evidente *periculum in mora* do pedido, uma vez que o Paciente encontra-se preso há mais de 4 anos, tendo desde agosto de 2006 cumprido 1/6 da pena e, no entanto, até a presente data, ainda não teve seu pedido de progressão integralmente analisado, permanecendo no regime fechado por mais tempo do que deveria em razão de r. decisões manifestamente ilegais” – (fl. 15).

Por fim, a defesa requer:

“assim, a fim de se evitar uma demora ainda maior na apreciação do pedido de progressão, liminarmente aguarda-se seja afastada a aplicação do artigo 2º, § 2º, da Lei n.º 8072/90, alterado pela Lei n.º 11.464/07, garantindo-se ao Paciente que o lapso temporal exigido para a sua progressão de regime é de 1/6, determinando-se que o MM. Juiz da Vara das Execuções aprecie a matéria relativa à progressão como de direito” – (fl. 15).

Passo a decidir tão-somente o pedido de medida liminar.

Em princípio, a jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária,

contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior, antes do julgamento definitivo do *writ* [cf. *HC(QO)* n.º 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 8.5.1998; *HC* n.º 79.238/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 6.8.1999; *HC* n.º 79.776/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 3.3.2000; *HC* n.º 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, maioria, DJ 17.3.2000; e *HC* n.º 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 23.6.2000].

Esse entendimento está representado na Súmula n.º 691/STF, verbis: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula n.º 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF [cf. as decisões colegiadas: *HC* n.º 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; *HC* n.º 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; e *HC* n.º 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: *HC* n.º 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; e *HC* n.º 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005].

Assim, mesmo nesta sede preliminar, é necessário verificar se, dos documentos acostados aos autos, há situação de flagrante constrangimento ilegal ou de manifesto abuso de poder apta a, de plano, ensejar a superação da Súmula n.º 691/STF.

A possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos foi decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *HC* n.º 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, (DJ 1º.9.2006). Naquela assentada, ocorrida na sessão de 23.2.2006, esta Corte, por seis votos a cinco, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que proibia a

progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Eis o teor da ementa:

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90” - (HC n.º 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 1º.9.2006).

Segundo salientei em meu voto proferido no referido julgamento, o modelo adotado na Lei n.º 8.072/1990 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC n.º 82.959/SP não permitia que se levasse em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização.

Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. Parece inequívoco, conforme sustentei, que essa vedação à progressão não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Entretanto, para que se tenha a exata dimensão das reais repercussões que o julgamento do HC n.º 82.959/SP conferiu ao tema da progressão, é válido transcrever as seguintes considerações do Min. Celso de Mello, proferidas no HC n.º 88.231/SP, DJ 5.5.2006, *verbis*:

“[...] Impende assinalar, no entanto, que esta Suprema Corte, nesse mesmo julgamento plenário, advertiu que a proclamação de inconstitucionalidade em

causa – embora afastando a restrição fundada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 – não afetará nem impedirá o exercício, pelo magistrado de primeira instância, da competência que lhe é inerente em sede de execução penal (LEP, art. 66, III, 'b'), a significar, portanto, que caberá, ao próprio Juízo da Execução, avaliar, criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado em regime penal menos gravoso.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, e tendo presente o que dispõe o art. 66, III, 'b', da Lei de Execução Penal (LEP), nada mais fez senão respeitar a competência do magistrado de primeiro grau para examinar os requisitos autorizadores da progressão, eis que não assiste, a esta Suprema Corte, mediante atuação '*per saltum*' – o que representaria inadmissível substituição do Juízo da Execução -, o poder de antecipar provimento jurisdicional que consubstancie, desde logo, a outorga, ao sentenciado, do benefício legal em referência.

Tal observação põe em relevo orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou em torno da inadequação do processo de '*habeas corpus*', quando utilizado com o objetivo de provocar, na via sumaríssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva concernentes à determinação do regime prisional inicial ou pertinentes à progressão para regime penal mais favorável (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 – RTJ 158/866 – RT 721/550, v.g).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP - para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada, tal como tem sido expressamente reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (*HC 38.719/SP*, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - *HC 39.364/PR*, Rel. Min. LAURITA VAZ – *HC 40.278/PR*, Rel. Min. FELIX FISCHER - *HC 42.513/PR*, Rel. Min. LAURITA VAZ) e, também, dentre outros, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 832/676 – RT 837/568):

'(...). II – A nova redação do art. 112 da LEP, conferida pela Lei 10.792/03, deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis,

não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização, sempre que o juiz julgar necessária.

III – Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. (...).’

(*HC 37.440/RS*, Rel. Min. GILSON DIPP – grifei)

‘A Lei 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, par. ún., do CP).’

(*RT 836/535*, Rel. Des. CARLOS BIASOTTI – grifei)

‘A razão desse entendimento apóia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico – cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente – reveste-se de utilidade inquestionável, pois propicia, ‘ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado’ (*RT 613/278*).

As considerações ora referidas - tornadas indispensáveis em consequência do julgamento plenário do *HC 82.959/SP*, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - evidenciam a impossibilidade de se garantir o ingresso imediato do ora sentenciado em regime penal mais favorável.

Impende registrar, por oportuno, que o entendimento exposto nesta decisão encontra apoio em julgamentos emanados do Supremo Tribunal Federal (*HC 85.677/SP*, Rel. Min. GILMAR MENDES – *HC 87.036/RS*, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – *HC 87.283/DF*, Rel. Min. CELSO DE MELLO – *HC 88.396/MT*, Rel. Min. EROS GRAU - *RHC 86.951/RJ*, Rel. Min. ELLEN GRACIE – *RHC 88.145/GO*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nos quais se reconheceu que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou nos delitos a estes equiparados), cabe, ao magistrado de primeira instância, proceder à análise dos demais requisitos, inclusive daqueles de ordem subjetiva, para decidir, então, sobre a

possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão para regime mais brando de cumprimento de pena, sendo lícito, ainda, ao juiz competente, se o julgar necessário, ordenar a realização do exame criminológico:

‘CRIME HEDIONDO OU DELITO A ESTE EQUIPARADO – IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 – PROGRESSÃO DE REGIME – ADMISSIBILIDADE - EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO CONTROLE DOS DEMAIS REQUISITOS, OBJETIVOS E SUBJETIVOS, A SER EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO (LEP, ART. 66, III, ‘B’), EXCLUÍDA, DESSE MODO, EM REGRA, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 – RTJ 158/866 – RT 721/550), A POSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXAMINANDO PRESSUPOSTOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA NA VIA SUMARÍSSIMA DO ‘HABEAS CORPUS’, DETERMINAR O INGRESSO IMEDIATO DO SENTENCIADO EM REGIME PENAL MENOS GRAVOSO – RECONHECIMENTO, AINDA, DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ DA EXECUÇÃO ORDENAR, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – IMPORTÂNCIA DO MENCIONADO EXAME NA AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE E DO GRAU DE PERICULOSIDADE DO SENTENCIADO (RT 613/278) – EDIÇÃO DA LEI Nº 10.792/2003, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 112 DA LEP – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE, EMBORA OMITINDO QUALQUER REFERÊNCIA AO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO LHE VEDA A REALIZAÇÃO, SEMPRE QUE JULGADA NECESSÁRIA PELO MAGISTRADO COMPETENTE – CONSEQÜENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO EXAME CRIMINOLÓGICO (RT 832/676 – RT 836/535 – RT 837/568) – PRECEDENTES – ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO, EM PARTE.’

(HC 88.052/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma)

Sendo assim , em face das razões expostas, e considerando, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, defiro, parcialmente, o pedido de ‘*habeas corpus*’, para, afastando, unicamente, o obstáculo representado pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, determinar, ao Juízo da Execução, que proceda à avaliação dos demais requisitos - objetivos e subjetivos - necessários ao ingresso do sentenciado em regime penal menos gravoso, podendo, inclusive, ordenar, se o

entender indispensável, o exame criminológico do ora paciente, desde que o faça em decisão fundamentada” - (HC n.º 88.231/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 5.5. 2006).

Em conclusão, a decisão do Plenário buscou tão-somente conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Na sessão do dia 7.3.2006, a Primeira Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC n.º 86.224/DF (DJ 17.3.2006), Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos.

Em idêntico sentido, a Segunda Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC n.º 85.677/SP (DJ 31.3.2006), de minha relatoria, em sessão do dia 21.3.2006, reconheceu também a legitimidade de apreciação monocrática com relação a todos os *habeas corpus* que se encontrem na mesma situação específica.

A questão submetida a este juízo monocrático, embora guarde relação com essa recente discussão travada pelo Plenário do STF, não é totalmente idêntica ao tema articulado neste pedido de *habeas corpus*.

No presente *writ*, alega-se, em síntese, constrangimento ilegal decorrente da aplicação da legislação mais rigorosa ao paciente, a saber: as disposições da Lei nº 11.464/2007.

No caso concreto, vislumbra-se, ao menos em tese, possível violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (Constituição Federal, art. 5º, inciso XL).

Isto porque, dos documentos acostados aos autos pelos impetrantes, verifica-se que, tanto o fato criminoso, quanto a prolação da sentença condenatória, ocorreram em momento anterior à vigência da Lei n.º 11.464/2007.

É dizer, ao momento da condenação, o cumprimento da pena cominada pelo Juízo de origem submetia-se ao regime estabelecido pela antiga redação do §2º, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/1990, o qual, por sua vez, estabelecia como requisito

objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime prisional o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Ressalvado melhor juízo quando da apreciação de mérito, constato a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

Ante os fundamentos expostos, **defiro** o pedido de medida liminar para afastar, no caso concreto, a aplicação do artigo 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/1990, alterado pela Lei n.º 11.464/2007, de modo a garantir ao paciente que o lapso temporal exigido para a sua progressão de regime seja de 1/6 (um sexto). Nessa extensão do deferimento, caberá ao juízo de primeiro grau avaliar se, na espécie, o paciente atende, ou não, aos requisitos para obter o referido benefício.

Após, abra-se vista ao Procurador-Geral da República (RI/STF, art. 192).

Publique-se.

Brasília, 17 de setembro de 2007.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

ANEXO 4

Poder Judiciário

Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Niterói

Processo nº 14.426

SENTENÇA

GENÉZIO, cuja qualificação consta de fl. 02 dos autos, está sendo processado como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, c/c artigo 1º da Lei 2.252 de 1954, acusado de ter corrompido o adolescente AMBRÓSIO, em companhia de quem, juntamente com outro indivíduo não identificado, subtraiu da casa de LUZIA, em dia e hora consignados na inicial, três aparelhos eletrodomésticos. Os agentes, de acordo com a inicial, ameaçaram gravemente a lesada, exibindo um revólver, após o que assenhorearam-se dos bens, pondo-se em fuga. Perseguidos, foram presos ainda em flagrante o acusado e o adolescente, logrando escapar impune o terceiro autor, único entre eles armado, o qual subtraiu em definitivo um rádio portátil. A peça vestibular foi oferecida com amparo nos autos de inquérito que a acompanham, destacando-se o auto de prisão em flagrante de fls. 2/3 e o auto de apreensão de fl. 6 O trabalho da polícia técnica foi concluído com a juntada do laudo de avaliação de fl. 63 e a F.A.C. do incriminado, registrando somente este procedimento, entranhada à fl. 64. Interrogado consoante o termo de fl. 22, o acusado negou a autoria do delito. Reconheceu, contudo, o réu, que esteve no lugar onde o crime foi praticado, a pedido do agente que está foragido, havendo, ciente do ilícito atuar alheio, colaborado com ele ao transportar a televisão da lesada, objeto afinal recuperado. A audiência de julgamento do AIFAS do adolescente está retratada à fl. 33. A instrução criminal com produção de prova oral, por sua vez, encontra-se reproduzida pela assentada de fl. 54, com os termos de depoimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Em alegações finais o órgão de acusação requereu a condenação do incriminado pelo cometimento do crime de roubo, arrostando a imputação de corrupção de menores (fl. 65). As derradeiras razões da Defesa foram entranhadas às fls. 67/68, pleiteando a desclassificação do crime patrimonial para o furto tentado. É O RELATÓRIO.

EXAMINADOS, PASSO A DECIDIR. As partes não controvertem a respeito da existência do crime patrimonial e da ação do réu no contexto do delito, digladiando, apenas, quanto à correta classificação jurídica do fato, para o Ministério Público crime de roubo agravado, consumado, e para a Defesa crime de furto tentado. A prova dos autos abriga a pretensão da acusação em todos os capítulos, salvo no que concerne à corrupção de menores. Com efeito, a lesada LUZIA afirma que estava em casa quando foi rendida por três indivíduos, um dos quais o acusado, a quem seguramente reconheceu (fl. 57), sendo certo que tais indivíduos ingressaram em sua residência após ameaçá-la com a exibição de uma arma, portada pelo agente que logrou fugir. A presença do réu na casa da lesada, realizando os atos próprios da subtração violenta, foi por ela denunciada, tendo esclarecido LUZIA que GENÉZIO chegou a ameaçá-la, caso contasse para a polícia o que estava ocorrendo. Ora, independente da exibição da arma, a grave ameaça também configura o delito de roubo e no caso em exame está evidenciada pelas palavras do imputado, prometendo à vítima mal injusto e grave. Nas circunstâncias, sob a mira de um revólver, à lesada competia tão-somente acreditar, como de fato acredita até hoje, que a vingança que lhe foi prometida seria realizada, de sorte que imobilizou-se diante da conduta dos assaltantes. Vale destacar trecho do depoimento judicial de Vera:

[...] que o réu GENÉZIO, a quem a informante reconheceu, por tê-lo visto no interior da sala de audiências, ameaçou-a dizendo que se ela chamasse a polícia, sofreria as conseqüências; que GENÉZIO disse também que a primeira pessoa a ser prejudicada, caso a informante chamasse a polícia, seria a filha da informante; [...] que não prestou depoimento perante o réu por temer represálias.

Deste modo, é inconcebível a tese defensiva pela qual deseja-se que se classifique o obrar específico de GENÉZIO como dirigido à prática de crime menos grave. Ele agiu em reconhecido concurso com os dois outros indivíduos, dividindo tarefas em virtude do que coube ao réu transportar uma televisão e aos demais os objetos subtraídos, um deles (o rádio portátil) ainda não recuperado. Por isso, há de se ter o crime como consumado. O concurso de agentes também faz aderir à ação do incriminado o uso de arma, indiscutível nos termos das declarações da lesada, contribuindo para agravar a reprovação do injusto. O dolo de roubar permeou o atuar delituoso, relevando notar o destaque que o comportamento do réu representou para

a vítima, pois a ameaçou mais duramente, revelando o intenso desejo de operar a subtração, a qualquer custo. Sua culpabilidade, porém, merece ser analisada com cuidado. A rigor, a censura oficial incidente sobre crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça é severa, especialmente quando os agentes, como fez o acusado, salientam dose de agressividade desnecessária, que faz com que seu dolo fique situado além do patamar comum do tipo. Ocorre, todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. A co-responsabilidade social normalmente não é levada em conta na devida dimensão, quando da fixação do juízo de culpabilidade, porque se entende que, apesar deste fator, resta sempre ao indivíduo o auto-arbítrio, a livre disposição sobre o seu atuar, que o coloca diante de opções, apontando-lhe aquela que a comunidade não admite (segundo o professor espanhol Muñoz Conde "o decisivo para a culpabilidade não é que o indivíduo possa optar entre várias condutas possíveis, mas que tenha de fazê-lo para evitar uma delas, que é, precisamente, aquela que a norma penal proíbe" – Teoria Geral do Delito, Fabris Ed., 1988, p. 145) Entretanto, existem situações em que o próprio Estado, substituindo a sociedade, estabelece para si o monopólio da administração de determinadas atividades, inibindo a ação particular, ou, raramente, compartilhando com ela o espaço, no entanto em um grau de superioridade inegável. Quando isto ocorre, creio que o empenho do Estado deve ser cobrado, através da responsabilização pelo insucesso no atendimento de suas finalidades, pois dada a importância da tarefa que lhe é cometida, a falha, o erro, resultam em comprometimento e prejuízo para todos. A idéia da co-responsabilidade é definida por Brunner como com-culpa, erigindo-se como um dos elementos fundamentais da retribuição (E. Brunner, "Ethik", 1932, p.461 e Eduardo Correia, "Provas do Projeto do Código Penal", Parte Geral, 1963), matéria sobre a qual se desenvolve o estudo da culpabilidade, pois que está sempre condicionada aos fins da pena, Boaventura de Souza Santos empiricamente denuncia esta mesma regra, asseverando:

Ora, em relação a qualquer tipo de crime é ilegítimo que a sociedade, representada no poder de punir do Estado, se arvore em absolutamente inocente, impondo uma expiação unilateral e farisaica, sem contabilizar na reação a sua parcela de culpa na própria gênese do crime (Pena de Morte, Ed. Destaque, p.112).

Sendo assim, como avaliar a conduta de GENÉZIO sem considerar o seu passado, a sua história, marcados por diversas infrações juvenis, para as quais o Estado cogitou de interná-lo no Educandário João Luís Alves. A internação do então adolescente não foi determinada à toa, mas sim com o propósito de servir-lhe como medida sócio-educativa, a teor do disposto no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. As medidas sócio-educativas não são castigo, ou não são meramente uma limitação que se impõe ao jovem. Elas significam muito mais, pois trazem em seu ventre a promessa feita pelo Estado, que para tanto substitui e proíbe a ação do particular, de colaborar para a criação de um projeto de vida para este adolescente diverso daquele que executava, ousando inserí-lo em outro meio onde prevalecem os valores socialmente predominantes. No caso de GENÉZIO, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do E.C.A., restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço esse que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. Pode-se exigir, destarte, um intenso juízo de culpabilidade? Não restou parcialmente prejudicada a exigibilidade de conduta conformada ao Direito? Creio que nas circunstâncias o juízo de reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinqüente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal. Sobre a hipótese incide ainda a atenuante da menoridade, fator que, aliado à culpabilidade, contribui para minorar a resposta penal e recomendar a execução da sanção inicialmente em regime semi-aberto. O crime de corrupção de menores não foi objeto de prova em juízo, devendo ser repudiado, como bem salientou a culta Promotora de Justiça. Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar GENÉZIO como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, absolvendo-o da restante imputação com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Custas pelo condenado. Atento às diretrizes estabelecidas nos artigos 59 e 68 do diploma repressivo, passo à fixação da pena, o que faço considerando prevalentemente o dolo e a culpabilidade do condenado, avaliados em lance anterior, além de sua primariedade e das circunstâncias atenuantes genéricas reconhecidas para, assim, aplicar-lhe quatro anos de reclusão, que aumento de um terço em virtude do concurso de agentes e emprego de arma, chegando a sanção final de cinco anos e quatro meses de reclusão, cujo

cumprimento inicial se dará em regime semi-aberto. A recorrente prática de infrações na vida do réu recomenda que aguarde preso o trânsito em julgado desta decisão, como forma de assegurar a aplicação da lei penal. Comunique-se o fato à autoridade custodiante. Fixo a pena pecuniária, com base nos critérios acima mencionados, em quinze dias-multa, calculados à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, por dia. Anote-se e comunique-se. Transitada esta em julgado, expeça-se Carta de Sentença, oficiando-se ao Ilm^o Chefe de Gabinete do Secretário de Estado de Polícia Civil para providenciar-se o cambiamento do réu para unidade adequada do DESIPE, lançando-se no rol dos culpados o nome do condenado.

P.R.I. Niterói, 06 de abril de 1993
Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Juiz de Direito