

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA EXECUÇÃO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE O  
PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DO MODELO PROCESSUAL  
ACUSATÓRIO**

**L'ASSISTANCE JUDICIAIRE PENDANT L'EXECUTION DES PEINES : UNE  
RÉFLEXION SUR LE RÔLE DE LA DEFENSORIA PÚBLICA EN FONCTION DU  
MODÈLE PROCÉDURAL ACCUSATOIRE**

*Maria Helena Martins Rocha*

**RESUMO**

Este trabalho parte da apresentação dos dois modelos básicos de assistência judiciária (*judicare e staff-attorney*), para analisá-la tal qual é prestada no Brasil, isto é, por meio da Defensoria Pública, e relatar seus estudos diagnósticos periódicos. Além disso, estuda o papel desta instituição, responsável pela representação judicial de parcela significativa das pessoas presas, na configuração de um sistema acusatório no processo de Execução Penal, em que a decisão do juiz deveria ser fruto de seu convencimento pelas partes atuantes em igualdade de forças. Comparando-se este modelo ideal com os estudos diagnósticos e outros relatos sobre a Defensoria Pública, no Brasil e na Paraíba, a pesquisa realizada indica que, nos casos a cargo desta instituição, o processo de Execução Penal provavelmente não adquire feição acusatória. **PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça; Defensoria Pública; Execução Penal.

**RESUMÉ**

Ce travail part de l'appresentation des deux principaux modèles d'assistance judiciaire (*judicare et staff-attorney*), pour, ensuite, l'analyser tel comme elle est faite au Brésil, c'est à dire, à travers la Defensoria Pública, et présenter ses études diagnostiques périodiques. En outre, on étudie le rôle de cette institution, responsable de la représentation judiciaire d'une significative partie des personnes arrêtés, pour la configuration d'un système accusatoire au procès d'exécution des peines, dans lequel la décision du juge devrait résulter de son conviction formée à partir des actions des parties à la procédure. Quand on compare ce modèle idéal avec les études diagnostiques et autres informations sur la Defensoria Pública au Brésil et en Paraíba, la recherche menée dans ce travail indique que, aux cas à la charge de l'institution, le procès d'exécution des peines probablement n'acquiert pas un visage accusatoire. **MOTS-CLÉS:** Accès à la Justice; Defensoria Pública; Execution des Peines.

**Introdução**

No processo de Execução Penal, muitas pessoas, inclusive algumas que haviam sido representadas por advogados particulares durante o processo de conhecimento, passam a

depende da Defensoria Pública, para acompanhar o cumprimento da pena, requerendo os benefícios cabíveis, bem como denunciando possíveis violações a direitos.

A referida instituição surge, no Brasil, com o escopo de garantir real acesso à justiça às pessoas que não têm condições de contratar os serviços de um advogado.

Neste estudo, far-se-á, primeiramente, a classificação do modelo brasileiro de assistência judiciária dentro dos dois sistemas básicos, quais sejam, *judicare* e *staff-attorney*. Em seguida, será traçado um panorama da Defensoria Pública no Brasil, para, enfim, chegar-se à discussão sobre o papel desta instituição na configuração de um sistema processual penal acusatório no processo de execução. Neste ponto, será discutida a possível violação às garantias processuais infligida àqueles que dependem exclusivamente da Defensoria Pública.

## **1. O modelo brasileiro de assistência judiciária: a Defensoria Pública como *staff-attorney***

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 5º, enumera diversos direitos fundamentais, sem excluir, conforme dispõe o parágrafo segundo do mesmo dispositivo, outros, que decorram dos princípios ou do regime adotados pela CF, ou, ainda, de tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Entre esses direitos, e, no que diz respeito ao objeto de estudo desta pesquisa, estão a integridade física e moral dos presos, o devido processo legal e o direito de não ser submetido à tortura ou a outros tratamentos desumanos ou degradantes. Para concretizá-los, há a inafastabilidade do Poder Judiciário e a assistência jurídica integral e gratuita para os necessitados.

De fato, se não for garantida a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, os demais direitos correm o risco de se tornarem meras declarações, sem qualquer efeito prático. Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) afirmam: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.

Entretanto, o acesso à justiça não compreende apenas a provocação do Poder Judiciário, mas também, entre outros aspectos, a informação sobre os direitos e meios necessários à sua busca, e o próprio direito de defesa, que, aliás, é reconhecido não apenas pela previsão constitucional mencionada, mas também por instrumentos internacionais, o que reforça sua relevância.

De fato, o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) prevê:

Art. 11 Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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 à sua defesa.

No mesmo sentido, o artigo 8º, alíneas “e” e “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) garante o seguinte, respectivamente: “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” e “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

Para garantir o acesso daqueles que não têm condições financeiras de levar seus interesses a juízo ou defender-se eficazmente, os Estados assumem o dever de oferecer assistência jurídica a quem não pode custear advogados. Para isso há dois modelos básicos, além de outros, que são resultantes da combinação entre eles (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), os quais possuem vantagens e desvantagens.

O primeiro sistema é o chamado *Judicare*, no qual profissionais liberais prestam o serviço de assistência judiciária, mas são remunerados pelo Estado. É o caso de diversos países europeus, a exemplo da Itália<sup>1</sup>. O objetivo básico é permitir que os assistidos de baixa renda possam ser tão bem representados quanto aqueles que podem pagar pela assistência jurídica, ou seja, “o ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35). Este é, claramente, um ponto positivo do sistema, na medida em que não comporta a separação “advogados de ricos” e “advogados de pobres”, mas permite aos necessitados, de fato, acesso a uma representação judicial de igual qualidade à das pessoas que podem pagar pelo serviço.

Por outro lado, como apontam Cappelletti e Garth (1988), as críticas a este modelo estão centradas no fato de que ele não leva em consideração outros problemas – além dos meros custos – enfrentados pelos pobres, para chegar a um advogado.

Em sociedades marcadas pelos abismos sociais, o *Judicare* pode, na realidade, ser insuficiente, já que as pessoas, muitas vezes, sequer conhecem seus direitos – é dizer, não são capazes de identificar uma lesão a direitos – e, quando são conscientes deles, podem se sentir intimidadas para comparecer a um escritório de advocacia. Ademais, o sistema não é estruturado para ações coletivas (isto é, não está preparado para a segunda onda de acesso à justiça, que será mencionada em seguida, referente à representação de direitos transindividuais).

---

<sup>1</sup> Historicamente, no Brasil, também existiram os “advogados de ofício”.

O segundo modelo é o remunerado pelos cofres públicos, que teve início com os “escritórios de vizinhança” (*neighbourhood offices*) nos Estados Unidos, pequenos escritórios localizados em lugares pobres, justamente com o objetivo de romper com as barreiras culturais, ir em direção aos pobres para ajudá-los na reivindicação dos direitos e poder atuar na defesa dos “pobres enquanto classe” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Esse sistema se estrutura de maneira institucional, adquirindo com mais força a denominação de *Staff-attorney*, em países em desenvolvimento, como a Argentina, onde há instituições compostas por advogados públicos que integram os quadros estatais, incumbidos de realizar a assistência jurídica aos necessitados (PONETI, 2010). Isso ocorre no Brasil, com a Defensoria Pública.

Há críticas no sentido de que tal modelo pode se tornar paternalista, ao tratar os pobres como incapazes de identificar seus direitos, ou seja, ao presumir que eles dependeriam de uma instituição para saber quando suas garantias são violadas. Ademais, o sistema depende de apoio governamental para ações que, às vezes, se colocam contra o governo<sup>2</sup> – como a reivindicação por medicamentos ou por melhores condições carcerárias – e cuja judicialização não lhe interessa.

Entretanto, a experiência da Argentina desmistifica esses temores e demonstra que a atuação de uma Defensoria Pública com os outros órgãos pode gerar mais resultados que atritos no combate à desigualdade. Veja-se:

De outra parte, a vitalidade da sociedade civil e o seu empenho direto na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, na experiência argentina, permitem colocar à parte possíveis temores de um tipo de absolutismo do público: se a presença de um corpo de defensores públicos poderia fazer surgir temores quanto à sua independência em relação às diretivas políticas do poder público, o espaço deixado à iniciativa da sociedade sugere muito mais a presença de um modelo de integração entre os dois sujeitos. Isso permite assegurar, por um lado, um amplo acesso à justiça, servindo-se da organização capilar e igualitária do público, enquanto que, por outro lado, permite manter o poder de controle da sociedade civil sobre o aparato estatal e levar aos juízes as demandas pertencentes às minorias (PONETI, 2010, p. 290).

A estruturação de sistemas que proporcionem assistência judiciária aos pobres é classificada por Cappelletti e Garth como a primeira onda de acesso à justiça. Essa fase inicial sofreu uma crise, devido à dificuldade material de judicializar todas as questões com qualidade. Os autores apontam que apenas na Suécia se logrou proporcionar assistência judiciária a qualquer pessoa que não pudesse custear um advogado. Outro ponto em que a primeira onda deixou a desejar foi na tutela de interesses que não necessariamente estão

---

<sup>2</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988, p. 41.

ligados aos direitos das pessoas pobres, tais como aqueles dos consumidores e os ligados ao meio ambiente.

Assim, originou-se a chamada segunda onda de acesso à justiça, pela qual foram desenvolvidos métodos para se assegurar a garantia de direitos difusos e coletivos, através de uma nova compreensão do processo civil devido à ampliação dos interesses em questão (ações coletivas).

Em seguida, veio a terceira onda, que trouxe um novo enfoque, segundo o qual a assistência judiciária e a representação em juízo de direitos difusos são apenas possibilidades dentre inúmeras outras para efetivar o direito de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Não se ignora, neste trabalho, a crítica que se faz a utilizar apenas o modelo de assistência judiciária como solução para a falta de acesso à justiça, seja porque é difícil que algum Estado tenha condições de arcar com as despesas de ter um advogado para toda e qualquer violação de direitos, seja porque muitos problemas levados a juízo poderiam se solucionar por meios alternativos (GHERARDI, 2006). Contudo, há um foco necessário quando se tem como objeto, especificamente, o acesso à justiça das pessoas em privação de liberdade, e ele consiste na assistência judiciária.

Em primeiro lugar, porque, independentemente de terem sido condenadas, as pessoas presas têm direito e, em muitos casos, necessitam da assistência de um profissional que realize sua defesa técnica de forma eficiente, inclusive no caso de procedimentos administrativos. Nesse sentido, a defesa técnica é indispensável, como se verá adiante, no processo penal e em qualquer processo administrativo relacionado a ele. Assim é que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a Súmula Vinculante nº 5, que dispensa a representação por um advogado nos processos administrativos, não se aplica à Execução Penal, já que nenhum dos processos que provocaram sua edição estava relacionado a esse processo:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Execução criminal. Prática de falta grave pelo apenado. 3. Paciente que não foi acompanhado por defensor durante a realização dos atos referentes ao processo administrativo-disciplinar. 4. Nulidade. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 5. Recurso conhecido e provido. (RHC 104584/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgado em 24/05/2011).

Ademais, embora se possa presumir que as pessoas presas tenham conhecimento de seus direitos mais básicos (como o de não sofrer maus tratos), há outros menos óbvios, como a necessidade de defesa técnica em procedimento administrativo, que dependem do

conhecimento da lei. Além disso, não se pode ignorar as outras barreiras que impedem o requerimento independente dos benefícios a que fazem jus na Execução Penal, as quais estão ligadas aos códigos internos que permeiam as prisões. Sobre esses códigos, conhecidos de todos, mas pouco verbalizados, vale a seguinte observação:

A realidade carcerária a que me refiro é esta: as prisões subsistem pelas forças e códigos internos aos muros das prisões. Dentro destes muros, os agentes públicos dividem o poder com os grupos (raciais, religiosos e criminosos) que, dentro de cada cárcere, exerce seu poder, ditando normas de conduta e sanções. Sabe-se que as pessoas submetidas a pena privativa de liberdade que não são protegidas por nenhum destes grupos são as pessoas mais vulneráveis dentro do cárcere (VIEIRA, 2007, p. 96).

O papel da defesa técnica, portanto, é imprescindível não apenas para identificar e levar ao Poder Judiciário as lesões aos direitos dos presos, mas, também, para garantir que não haja retaliações em virtude das denúncias realizadas, ou, ao menos, que eventuais retaliações também serão apuradas. Sem esta última certeza, nenhum daqueles que estão em privação de liberdade fará ouvir sua voz, pois, para eles, a perspectiva futura pode ser mais sombria que a realidade presente.

## **2. A Defensoria Pública no Brasil e na Paraíba: entraves constatados pelos relatórios da ANADEP e perspectivas da EC 80/2014**

É interessante atentar ao fato de que o art. 5º, LXXIV da CF, ao garantir que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, refere-se, claramente à assistência em Juízo e fora dele, incluindo, assim, a prestação de informações e consultoria jurídica, por exemplo.

O art. 134 da CF estabelece que as normas sobre organização das Defensorias Públicas constarão de lei complementar (trata-se da LC nº 80/94) e que as Defensorias terão autonomia administrativa e funcional, podendo oferecer proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Cabe uma breve observação à atuação dos advogados dativos, que são admitidos pelo Código de Processo Penal quando o réu, citado por hora certa, não comparecer em juízo (Art. 362, parágrafo único). Seus honorários são pagos pelo Estado, salvo se o réu tiver condições financeiras para arcar com eles. Trata-se de verdadeira espécie de defensor *ad hoc*, e, por essa razão, criticado pelos Defensores Públicos.

Silva (2006, p. 4) defende a abolição dessa figura, lembrando que, até 1981, as funções do Ministério Público podiam ser exercidas por advogados em determinadas

situações, o que foi vedado completamente com a Lei Complementar nº 40/81. Para ele: “Foi o grito de independência do Ministério Público, vez que, desde então, ou o Estado se prontificava a aparelhar o órgão acusador no processo penal, ou a persecução penal restaria inviabilizada”. Tendo em vista os quadros do descaso com que muitos Estados brasileiros tratam a Defensoria Pública, talvez a abolição da figura importasse ainda mais prejuízos aos necessitados.

A Defensoria Pública abrange a Defensoria Pública da União (cuja atribuição é atuar em causas de competência da Justiça Federal), a Defensoria Pública do Distrito Federal, dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados.

Com o passar dos anos e surgimento de novas leis, as funções institucionais da Defensoria Pública foram ampliadas no Art. 4º da LC nº 80/94. Destacam-se, porque mais relevantes a este estudo, as seguintes:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;  
[...]

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

[...]

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

[...]

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

[...]

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

[...]

XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos.

É preciso ressaltar, entretanto, que, embora alguns Estados já tivessem articulado meios de prover a deficiência de assistência jurídica às pessoas pobres, a Defensoria Pública como instituição constitucional e função essencial à Justiça surgiu em 1988 (os efeitos práticos desse fato são visíveis: em se tratando de Defensorias Estaduais, 77% delas foram

criadas apenas após 1988) (BRASIL, 2004). Fábio Luís Mariani de Souza (2011, p. 95) afirma o seguinte:

No entanto, embora todos reconheçam a importância da Defensoria Pública, seu desenvolvimento tem sido desproporcional ao tamanho de suas atribuições, mormente se comparado a outras instituições também essenciais à função jurisdicional do Estado.

De fato, os Estudos Diagnósticos e o Mapa da Defensoria Pública no Brasil dão conta, continuamente, das deficiências que a instituição enfrenta, as quais, muitas vezes, se prolongam, mesmo quando se trata de medidas simples. Desde 2004, por exemplo, a Paraíba figurava entre os únicos três Estados que não haviam realizado concurso público para ingresso na carreira de Defensor Público. Às vésperas da conclusão deste trabalho, precisamente em 18 de junho de 2014 – dez anos após a constatação do estudo –, foi publicado o edital de abertura do primeiro concurso para Defensor Público na Paraíba, com previsão de 20 vagas. Aliás, apenas em maio de 2012, o Estado da Paraíba publicou a LC nº 104, que, em seu Art. 7º, IV, garante à Defensoria Pública o direito de “prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como aqueles decorrentes de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado”.

Essa discrepância entre a estrutura das Defensorias em geral e a das demais instituições faz lembrar o que constatou Paulo Henrique da Fonseca (2009, p. 250), ao relatar uma experiência no Escritório Modelo de Prática Advocatícia Afrânio Neves Mello (Empas) da OAB, na cidade de Sousa, Paraíba, que funciona para prestar assistência judiciária aos necessitados naquela cidade:

Coisa pobre para pobre [foi uma] expressão usada por Pedro Demo (2003), ao definir a mentalidade que predomina na sociedade e no Estado nos programas em favor do carente gerada pela política social minimalista e residualista. Para esse autor, o problema não é primeiramente a pobreza em si, mas a pobreza com que a pobreza é tratada. No cotidiano do Empas-OAB, a qualidade das petições com a busca de emprego de uma apurada redação e fundamentação contrastava com outras práticas de assistência jurídica, baseadas na ideia de “coisa pobre para pobre”.

Em tese sobre a mercantilização do sistema penal brasileiro, Gustavo Barbosa de Mesquita Batista (2011) estudou as relações de poder presentes no fornecimento de serviços por parte da Administração Pública, entre os quais está a defesa pública, apontando que as influências não burocráticas estão presentes no sistema penal brasileiro e na defesa das pessoas presas desde a época do Império, quando havia “solicitadores de foro” e advogados que ofereciam serviços aos presos, muitas vezes explorando-os, e que essa lógica permeia a maneira como se trata a justiça criminal, inclusive hoje, pois: “As pessoas que se encontrem



fora da possibilidade de negociação neste mercado político, estariam excluídas do acesso às garantias penais e do convívio com os direitos e os privilégios que este mercado proporciona” (BATISTA, 2011, 399).

Assim, na configuração atual do sistema penal, o direito de defesa também é uma mercadoria, disponível a quem possa comprá-la. A Defensoria Pública foi criada, justamente, para tentar encurtar o abismo para os que não têm recursos para se defender e o processo.

Há estudos nacionais periódicos sobre as Defensorias Públicas no Brasil. Os dados atualizados da Defensoria Pública na Paraíba, extraídos do Mapa da Defensoria Pública no Brasil, publicado em 2013, atestam que o Estado possui déficit de 64 Defensores Públicos, sendo que 82,6% dos cargos estão providos (INSTITUTO..., 2013).

Quando se vê o III Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública, realizado em 2009, os dados são mais precisos para apontar que a Defensoria Pública do Estado da Paraíba:

- Possui fundo próprio, embora a arrecadação em 2008 tenha sido irrisória (R\$ 12.000,00);
- Figurou como um dos Estados com menor captação de recursos de convênios federais;
- Em 2008, foi a que mais gastou, percentualmente, com o pagamento de pessoal;
- Estava entre os 11 estados que possuíam quadro exclusivo de apoio administrativo;
- Em 2008, ainda não fazia atendimento *in loco* em Delegacias de Polícia;
- Em 2008, era a única que não atuava por meio de núcleos especializados (aparentemente, hoje há quatro núcleos especializados, cf. item 3 *infra*);
- Junto com o Pará, em 2008, estava na lista dos menores índices de produtividade;
- No ano de 2006, apenas 02 *habeas corpus* impetrados pela instituição paraibana foram concedidos pelo STJ.

Forma-se, então, um panorama que indica a deficiência do aparelhamento da Defensoria Pública na Paraíba, quando comparada com as Defensorias de outros estados brasileiros e com a Defensoria Pública da União.

Há, porém, uma perspectiva diferente, que surge muito recentemente, com a Emenda Constitucional (EC) nº 80, de 03 de junho de 2014, que acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 98, cujo *caput* estabelece: “o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população”.

O parágrafo primeiro do dispositivo determina que, dentro de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão ter defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais. Por fim, o parágrafo segundo diz que, durante este prazo, a lotação dos servidores atenderá em caráter prioritário as regiões mais excluídas e aquelas com adensamento populacional.

Além disso, a referida EC alterou a redação do art. 134 da CF, de modo a explicitar o que já se defendia: a Defensoria Pública é responsável não apenas pela representação judicial e extrajudicial, mas também pela promoção dos direitos humanos, e se constitui em uma expressão do regime democrático. Este regime democrático, em sede processual, configura-se quando, atendendo-se o modelo acusatório, as pessoas podem influir no convencimento do magistrado. É, justamente, o que se discute em seguida.

### **3. Por uma execução penal acusatória: a nova redação da LEP e os sistemas processuais penais aplicados à Execução Penal**

Todos os acusados no processo penal que sejam, na forma da lei, necessitados, têm o direito de ser assistidos por um Defensor Público. Interessante notar que o Código de Processo Penal (CPP) admite que, em caso de impossibilidade, seja dispensada a defesa pessoal do acusado, mas considera a defesa técnica imprescindível. É o que se extrai do Art. 261 do CPP, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Ainda, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo, “a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

Neste tópico, será estudado o papel dessa manifestação fundamentada, ou seja, da defesa técnica eficaz, na formação do processo penal acusatório em fase de execução.

#### **3.1. Direito a uma defesa penal pública substancial na Execução Penal**

Como se destacou acima, o art. 261, parágrafo único, manifesta a necessidade de não apenas haver, formalmente, um defensor nomeado, mas, acima de tudo, de que a sua atuação seja efetiva, apta a garantir a pretendida igualdade entre as partes no plano processual. Souza (2011) defende que esse parágrafo único veio para garantir um novo direito ao réu pobre, pois equipara a imperiosidade da fundamentação das manifestações do defensor (seja Defensor Público, seja advogado dativo) àquela prevista para as decisões judiciais no Art. 93, XI, da CF, e chama-o de “direito a uma defesa penal pública substancial” (SOUZA, 2011, p. 216).

Essa nomenclatura dialoga, claramente, com as noções de devido processo legal formal (observância dos recursos e procedimentos a todos garantidos) e substancial (possibilidade de influir ativamente no convencimento do julgador).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido em 2002, entendeu que a presença de Defensor Público que não adota as providências que seriam razoáveis caracteriza cerceamento de defesa e enseja a nulidade do processo, desde o momento em que as medidas deveriam ter sido requeridas. É interessante a leitura do julgado, que, claramente, consagra o “direito a uma defesa penal pública substancial”:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INÉRCIA DO DEFENSOR PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. NULIDADE.

Todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito a efetiva defesa no processo penal (arts. 261 do CPP e 5º, inciso LV da Carta Magna). **O desempenho meramente formal do defensor, em postura praticamente contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa** (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). A insistente alegação do réu em dizer-se dependente químico, aliada à possibilidade de ter ele praticado o delito em razão de sua dependência, com o domínio sobre sua vontade comprometido, tornavam recomendável que fosse instaurado o incidente de insanidade mental. Habeas Corpus concedido.

(HC 16559/RS. Rel. Min. Félix Fischer. Órgão Julgador: 5ª Turma. Julgado em: 22/10/2002). (grifou-se).

Para a efetivação dessa tarefa, também consubstanciada nas funções institucionais já mencionadas, a Defensoria Pública goza das prerrogativas previstas na LC nº 80/94, entre as quais está a de “receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos” (Art. 44, I).

No processo de Execução Penal (que é processo autônomo, destinado a cumprir o título executivo judicial penal), permanece o dever de participação técnica da Defensoria Pública. Sabe-se que, ao longo do processo penal, antes de proferida a sentença, muitas pessoas já estão presas cautelarmente, enquanto outras gozam de liberdade. Na Execução Penal – a não ser que se trate de pena de multa ou restritiva de direitos –, os apenados se encontram privados de sua total liberdade de locomoção e confinados no que se tem, simetricamente, convencionado chamar de “locais de privação de liberdade”.

Assim, se, no processo penal, Carnelutti (1950 apud SOUZA, 2011) ensinou que a figura do defensor equivale a um intérprete e a um intercessor, também o será, com muito mais razão, na execução da pena.

Recentemente, com a Lei nº 12.313/2010, que alterou a LEP, a Defensoria Pública passou a ser um dos órgãos de Execução Penal elencados em seu Art. 61.

Modificou-se, também o art. 16 daquele diploma legal, que passou a dispor o seguinte:

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

Em consulta ao *site* da Defensoria Pública no Estado da Paraíba (2013), percebe-se que, aparentemente, há quatro núcleos especializados (“mulher”, “idoso e portador de deficiência”, “humanos” e “crimes homofóbicos”), nenhum dos quais está ligado à Execução Penal. Ainda segundo o *site*, na página referente às atribuições dos Defensores Públicos, percebe-se que há apenas dois designados para atuar junto à Vara de Execuções Penais em João Pessoa.

A referida lei acrescentou, ainda, à LEP os artigos 81-A e 81-B, que enumeram os deveres dos defensores públicos na fase de Execução Penal. São eles:

Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

I - requerer:

- a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;
- b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;
- c) a declaração de extinção da punibilidade;
- d) a unificação de penas;
- e) a detração e remição da pena;
- f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;
- g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
- h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto;
- i) a autorização de saídas temporárias;
- j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
- k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;
- l) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei;

II - requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir;  
III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução;  
IV - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal;  
V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;  
VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.  
Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Essas funções se somam àquelas previstas na LC nº 80/94. Muitas são atribuições típicas de quem exerce a defesa judicial de outrem (por exemplo, recorrer de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa), enquanto outras são inerentes ao cargo público, tais como o requerimento de interdição de estabelecimento penal.

Antes de tudo, há de se compreender que o processo de Execução Penal é autônomo, e não apenas a continuidade do processo de conhecimento. Normalmente, são formados novos autos, para a execução do título executivo judicial penal, a qual, embora tenha feições administrativas (o juiz, por exemplo, emite ordens à direção do estabelecimento de privação de liberdade), possui natureza predominantemente jurisdicional (TÁVORA; ALENCAR, 2011).

Dessa maneira, a Execução Penal deve ser guiada por todos os princípios processuais que permeiam o processo de conhecimento, entre os quais o devido processo legal, a individualização e personalização da pena, a retroatividade da lei mais benéfica, o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

### **3.2. Sistema acusatório: reconhecido no processo de conhecimento e negado na Execução Penal**

Luigi Ferrajoli, ao estudar as características dos sistemas processuais penais (acusatório, inquisitório e misto), começou por fazer uma observação que serve como filtro crítico à análise de qualquer modelo: “a distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico.” (FERRAJOLI, 2006, p. 518). Assim é que, apesar de haver marcos típicos de cada modelo, há nuances que fizeram parte de determinado momento histórico, agregando-se a ele, é dizer: não há um sistema processual puro, mas apenas caracteres que o permitem aproximar-se ora do modelo teórico acusatório, ora do inquisitório.

Basicamente, no plano teórico, o sistema inquisitório é marcado pela concentração das funções de acusar, julgar e defender em uma só pessoa: o juiz, que, por si, recolhe e produz as provas necessárias, através de um processo sigiloso, com limitação do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, no sistema acusatório, a iniciativa da ação é da acusação, que deve trazer a juízo as provas, oportunamente contraditadas pela defesa, a quem compete, também, produzir o que entender cabível, e a solução é trazida pelo juiz, convencido do que restar demonstrado. São, assim, facilmente distinguíveis.

O mesmo, porém, não acontece no plano histórico, ou prático, já que o processo penal é expressão do regime político em determinado tempo e lugar. Dessa maneira, adquiriu força com o Código Napoleônico de 1808 o sistema misto, inquisitório na primeira fase (investigação) e “tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase” (FERRAJOLI, 2006, p. 522).

No Brasil, o início e condução do inquérito policial não dependem, necessariamente, de instruções diretas do titular da ação penal (Ministério Público), o que revela uma postura tendente ao modelo inquisitorial. Entretanto, é garantida aos investigados a presença de seus advogados, bem como vista dos autos e juntada de documentos, o que lhe dá um caráter público, ressalvados os casos que correm em segredo de justiça.

No processo de conhecimento, por outro lado, impera o modelo acusatório, apesar de o juiz poder, de ofício, determinar a produção de provas. Ao se passar à Execução Penal, porém, parece haver um retrocesso, já que não há uma distinção clara entre as figuras do administrador público, acusador, defensor e julgador, nem o distanciamento necessário entre eles, como se verá em seguida.

O sistema acusatório só pode se configurar eficazmente se houver uma equivalência entre as forças da defesa e da acusação. Assim é que Julián Langevin (2013), repensando ensinamento de Zaffaroni, entende que a defesa pública (isto é, aquela oferecida pelo Estado) é condição de legitimidade do Estado de Direito, que exige que o julgamento, a acusação e a defesa se façam por pessoas distintas e independentes entre si.

Não basta que as pessoas sejam distintas. É preciso também que haja uma equidistância entre elas. Para Luigi Ferrajoli (2006, p. 535):

Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa –, que então

correspondem aos dos escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal.

Langevin (2013, p. 1) defende que se o Estado de Direito requer o acusatório, que só pode ocorrer de forma real se o direito de defesa dos necessitados for amplo, “pode-se afirmar que da provisão de uma defesa real dependerá a satisfação de uma das condições básicas de existência do Estado de Direito”.<sup>3</sup> Afirma, ainda:

Do exposto, conclui-se que, com a Defensoria Pública se debatem conteúdos essenciais ao Estado de Direito, já que sua atuação tem relação direta com o direito de igualdade perante a lei e a justiça, ao passo em que o nível de adequação do sistema de Defensoria Pública à inviolabilidade do direito de defesa terá relação direta com o nível de respeito ao Estado de Direito na administração de justiça penal<sup>4</sup> (LANGEVIN, 2013, p. 1).

Souza (2011, p. 218) traz uma ideia que enfoca a defesa eficaz como legitimadora do processo. Para ele, a imparcialidade do juiz – pressuposto do sistema acusatório – depende da parcialidade das partes. Segundo ele:

Por outro lado, partindo-se do pressuposto de que a principal característica do sistema acusatório, para além da separação inicial das funções de acusar e julgar, é a garantia de um juiz imparcial – terceiro desinteressado –, que deve estar completamente afastado da gestão da prova, devendo ser um *juiz-espectador* e *jamais um juiz-ator*, podemos afirmar que a imparcialidade do juiz se reforça justamente na parcialidade das partes. Quer dizer, quanto mais livres e atuantes forem acusação e defesa, quanto mais equilíbrio de forças e paridade de armas as partes tiverem, no processo penal, mais se reforçará o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantindo-se a imparcialidade do magistrado e o devido processo legal. Como na lição de W. Goldschmidt: *la imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados*. (grifos do autor).

De todo o exposto, parece claro que a participação eficaz da defesa durante o processo penal é medida que se impõe para garantir o direito de defesa, ao devido processo legal e a um julgamento justo. Quando se trata, no entanto, do processo de Execução Penal, o sistema acusatório, como já se pontuou, parece perder sua força.

O senso comum costuma afirmar que, caso os preceitos da LEP fossem regularmente cumpridos, as violações aos direitos dos presos cessariam. Esse argumento, que pretende lançar sobre a (in)ação do Poder Executivo todas as mazelas do sistema penitenciário, ignora

---

<sup>3</sup> No original: “[...]puede afirmarse que, de la provisión de una defensa real dependerá la satisfacción de una de las condiciones básicas de existencia del estado de derecho”.

<sup>4</sup> No original: “De lo expuesto se sigue que con la defensa pública se debaten contenidos esenciales al estado de derecho, ya que su actuación tiene relación directa con el derecho de igualdad ante la ley y ante la justicia, mientras que el nivel de adecuación del sistema de defensa pública a la inviolabilidad del derecho de defensa tendrá relación directa con el nivel de respeto al Estado de Derecho en la administración de justicia penal”.

que a própria LEP (e, conseqüentemente, quase sempre, também seus aplicadores) desenha um modelo processual inquisitório (CARVALHO, 2007).

Após a Lei nº 12.313/2010, e colocação, de maneira expressa, das garantias processuais dos apenados, a LEP tem dividido melhor as atribuições das partes, em sede de execução.

Contudo, sabe-se, pelas próprias disposições materiais da LEP quanto aos estabelecimentos prisionais, que nenhuma mudança de texto é suficiente a garantir transformações práticas. Isso também é verdade em relação à garantia de uma Execução Penal acusatória, porque “do ponto de vista subjetivo, verifica-se o fenômeno da transferência para o magistrado da execução das responsabilidades geradas pela suposta expectativa social de que o condenado seja efetivamente castigado” (PRADO, 2007, p. 408). Faz-se imprescindível, portanto, uma democratização do processo de Execução Penal, permitindo-se que a atuação do acusado seja não apenas formal, mas apta a influenciar no convencimento do magistrado.

Dessa maneira, para que seja garantido o modelo acusatório, talvez uma das características mais importantes, junto com a separação das funções de julgamento e acusação, seja a oralidade no procedimento. Antônio Magalhães Gomes Filho (2007, p. 409) argumenta:

A defesa do condenado no processo de execução penal não se confunde, pois, simplesmente, com a eventual oposição à pretensão dos órgãos estatais incumbidos de promover o cumprimento das penas impostas, mas se caracteriza, antes de tudo, como um conjunto de garantias através das quais o sentenciado tem a possibilidade de influir positivamente no convencimento do juiz da execução, sempre que se apresente uma oportunidade de alteração da quantidade ou da forma da sanção punitiva.

Grande parte da massa carcerária é assistida pela Defensoria Pública. Essas pessoas só poderão influenciar no convencimento do juiz e, portanto, participar de um sistema acusatório de execução penal, caso lhes seja disponibilizado o trabalho técnico eficaz daquela instituição (e que seja forte, inclusive, para afastar retaliações).

### **Considerações Finais**

O direito à defesa pública no Brasil é garantido, principalmente, pela Defensoria Pública, cuja atuação em igualdade de forças com a acusação é essencial para a configuração de um processo penal e, conseqüentemente, de uma Execução Penal no modelo acusatório.



Com efeito, o modelo brasileiro de assistência judiciária se classifica como um sistema *staff-attorney*, em que há uma instituição remunerada pelo Estado, a Defensoria Pública, incumbida de prestar o referido serviço às pessoas necessitadas.

A Defensoria Pública tem um leque abrangente de atribuições, mas os relatórios estudados demonstram que, na maioria dos Estados, a instituição atua de forma deficiente, principalmente pela escassez de recursos. A Paraíba é um dos casos mais graves.

Sem o fortalecimento da Defensoria Pública, não há como se efetivar um modelo acusatório na Execução Penal, pois o acusado, quando for pobre, não será capaz de uma defesa técnica contundente, que permita o convencimento do juiz. Dessa forma, não aparelhar a referida instituição termina por impor às pessoas pobres um sofrimento a mais, não permitindo sua participação ativa no processo.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. **Mercantilização do Sistema Penal Brasileiro**. 2011. 430p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Estudo Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF, 2004.

\_\_\_\_\_. **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de. (Org.) **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Paulo Henriques da. Advocacia popular e os direitos dos carentes: a experiência do Empas-OAB. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) **Direitos Humanos no Século XXI**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

GHERARDI, Natalia. Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos em experiências comparadas: un espacio de asistencia posible para las mujeres? In: BIRGIN, Haydée; KOHEN, Breatriz (Org.). **El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas**. Buenos Aires: Biblos, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A defesa do condenado na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada; Associação Nacional dos Defensores Públicos. **Mapa da Defensoria Pública do Brasil**. Brasília, DF, 2013.

PARAÍBA. Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Disponível em: <<http://www.defensoria.pb.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2013.

PONETI, Katia; SURACE, Alida. A assistência judiciária das pessoas hipossuficientes: perspectivas de acesso à justiça na Itália e na Argentina. In: SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Raffaella Greco (Org.). **Direitos humanos em uma época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de. (Org.) **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Holden Macedo da. **Defensor Dativo ou Defensor “ad hoc”**: razões para o seu banimento do processo civil e do processo penal. 2006. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_ad\\_hoc\\_rolde.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_ad_hoc_rolde.pdf)>. Acesso em 05 dez. 2013.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

TÁVORA; Nestor. ALENCAR; Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.

VIEIRA, Adriana Dias. **Significado de Penas e Tratamentos Desumanos**: Análise Histórico-Jurisprudencial Comparativa em Três Sistemas Jurídicos: Brasil, Europa e Estados Unidos. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, 2007.