

## **O CONDENADO E A DEFENSORIA PÚBLICA**

*JOÃO CARNEIRO DE ULHÔA*

*Promotor de Justiça do Distrito Federal*

**RESUMO:** Introdução. O Preso e sua sorte no Presídio. A Nova Lei: Preocupação com a Pessoa do Preso. Execução como Atividade Jurisdicional: Encargos Maiores para a Defesa. O Defensor e o Preso. Defesa do Preso no Âmbito Administrativo. O Defensor no Processo Executivo Penal.

Cabe-nos, graças à lisonjeira indicação do Ministro Magalhães da Rocha e ao amável convite do Professor Jason Albergaria, tecer algumas considerações sobre o relacionamento do defensor público e o condenado, em face das situações já existentes e que serão ampliadas com a próxima vigência do novo estatuto prisional, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Portanto, o nosso trabalho limitar-se-á à análise das expectativas do preso ante o seu assistente jurídico e a contraprestação que esse poderá lhe ofertar, análise essa embasada na vivência haurida nos longos anos de exercício da promotoria pública e como membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal.

### **O PRESO E SUA SORTE NO PRESIDIO**

Não se pode perder de vista que, na grande maioria dos casos, o interno dos nossos presídios é um esquecido, deixado à própria sorte, notadamente após a condenação. Essa situação, há cerca de quarenta anos, foi sentida e valeu a observação contundente do insigne Roberto Lyra (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. 6º, p.p. 57/58, ed. Revista Forense, 1944), trazendo verdadeira conclamação ao Ministério Público, e, pela sua objetividade e pureza, merece lembrança:

“O esforço da Justiça Pública não teria finalidade, envolvendo vexames inúteis, senão contraproducentes, se abandonasse o sentenciado durante a provação carcerária. Cabe ao Ministério Público acompanhar os resultados da execução, para exemplo da atuação futura... Diante da trágica realidade penitenciária, o promotor público deve ser o defensor da nova vítima, em que se converte, às vezes, o sentenciado. O advogado cuida dos interesses dos réus. Quando estes se transformam em homens confiados inteiramente ao Estado, desa-

parece, em regra, a ação do patrono, sobretudo quando se trata de desprotegidos, ignorantes ou miseráveis. A nós, do Ministério Público, compete, então, a alta missão de velar, não pelos interesses, mas pelos direitos daqueles cuja condenação pedimos e obtemos para educar, para instruir, para tratar. Quando o advogado, pago e satisfeito, vê cumprido o seu mandato, outro começa a pesar sobre os nossos ombros. Junto às prisões não há mais acusadores, e sim, defensores, no mais solene sentido da expressão.”

Decorridas quatro décadas, essa situação pouco mudou, não só nas penitenciárias das grandes cidades, como nas cadeias das comarcas do interior. O quanto se logrou em prol do preso, deveu-se, sobretudo, ao esforço incomum dos estudiosos do problema, bem assim à sensibilidade das pessoas e órgãos envolvidos diretamente com a execução penal.

O estudo do Direito Penitenciário e da Execução Penal nas universidades é limitado. Aliás, poucas são as faculdades que inserem em seu currículo cadeira específica, visando o maior conhecimento do assunto, quase sempre tratado como prolongamento do processo penal.

### **A NOVA LEI: PREOCUPAÇÃO COM A PESSOA DO PRESO**

A Lei de Execução Penal preservou ao Ministério Público várias atribuições que nos parecem, porquanto vinculadas ao imediato interesse do preso, mais sujeitas à sua conveniência postulatória a exercer-se através de seu patrono.

Mas, pode-se divisar aí a preocupação do legislador em cercar o prisioneiro da dupla garantia assistencial, porque, não raro será o promotor — que exerce vigilância obrigatória nas penitenciárias e secundado pelo Conselho Penitenciário — que irá pressentir as necessidades dele em sua vida carcerária.

Por isso, pensamos que algumas das atribuições impostas ao Ministério Público no art. 68 da Lei (requerer instauração de incidentes de excesso ou desvio de execução, revogação da medida de segurança, conversão de penas, progressão nos regimes, desinternação), senão supletivas, hão que ser consideradas concorrentes, porque *munus* próprio da defesa, sempre no interesse do preso.

A Lei, pois, ao explicitar a obrigatoriedade da assistência jurídica “aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” (arts. 15 e 16), não restringiu a atuação do Ministério Público no tocante ao amparo pessoal devido ao condenado.

Entretanto, tornou obrigatória a intervenção da defesa em quaisquer incidentes da execução, fazendo com que o seu exercício extrapole a esfera das postulações meramente administrativas.

## **EXECUÇÃO COMO ATIVIDADE JURISDICIONAL: ENCARGOS MAIORES PARA A DEFESA**

Induvidosamente, a obrigatoriedade da assistência jurídica, nos termos em que o novo diploma a coloca, interliga-se a uma opção doutrinária que irá refletir-se no acervo de responsabilidades processuais indeclináveis impostas ao defensor do preso.

É por demais conhecido o debate entre os tratadistas, remontando a Carnelluti e Sabatini, sobre se a execução penal constitui atividade meramente administrativa ou se se traduz em atividade jurisdicional.

Como considerou o Ministro Xavier de Albuquerque (*Problemas Processuais da Execução Penal* — Conferência publicada na Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 14, p. 79), na execução penal reconhecível é “o atributo, ostensivo ou mesmo imanente, da jurisdicionalidade”.

A nova Lei, nos parece, optou por considerar a execução como atividade jurisdicional.

Essa opção da Lei de Execução Penal, palpável já no seu art. 2º, está sustentada na própria Exposição de Motivos quando o Ministro Abi-Ackel enfatiza: “À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada”.

Outra não é a conclusão ante as disposições relativas ao Procedimento Judicial — abrangentes de todas as “situações previstas nesta lei” (arts. 194 e seguintes).

Ora, jurisdição subentende competência jurisdicional e contraditório, forçando no processo executivo penal o posicionamento da clássica trilogia: juiz, acusação e defesa.

Posto isso, fácil será verificar o imenso leque de atividades que o novo diploma impõe à defesa, e em especial à defensoria pública, que irá encampar a assistência jurídica deferida à grande massa de desfavorecidos existente nos presídios.

### **O DEFENSOR E O PRESO**

A vivência no trato com o presidiário permite-nos tecer algumas considerações sobre a sua problemática, seus reclamos, suas indagações, suas esperanças e propósitos.

O interno, não só para conhecer a extensão da sanção recebida, ou os benefícios que a lei lhe faculta no decorrer do cumprimento da pena, busca amparo no profissional, mas quer muitas vezes apenas dialogar com alguém estranho ao seu dia-a-dia.

A palavra amiga e orientada do profissional, como que lhe retempera, não raro, as esperanças, conforta-o, enfim colabora na preservação de sua personalidade, objetivo maior da Lei.

A ressocialização do condenado muito dependerá também desse contato periódico com o assistente jurídico.

O trabalho preliminar do defensor, para inclusive afastar um tratamento aparentemente discriminatório, exige a audiência coletiva dos internos, permitindo-se-lhes a manifestação sobre futura audiência pessoal e o escalonamento do atendimento.

A seleção prévia a cargo da direção do presídio é desaconselhável, pois gera a desconfiança e pode insinuar o privilégio.

As audiências individuais, precedidas da seleção elaborada pelo próprio defensor, ensejarão esclarecimentos objetivos sobre a situação processual do preso. A essa altura, o defensor terá compulsado os autos da execução e avaliado a legitimidade da condenação.

### **DEFESA DO PRESO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO**

Os regulamentos das penitenciárias, costumeiramente, prevêem procedimento administrativo para apuração das faltas disciplinares com a facultações de defesa, que consiste, na prática, em alegações obtidas com as declarações prestadas pelo interno.

O diploma recém-promulgado erigiu em dogma o “direito de defesa” (art. 59). Esse direito, e nada o impede, poderá ser exercido pelo defensor, inclusive com a produção de provas, levando maior seriedade a esses procedimentos.

Ainda no âmbito da administração carcerária, disporá o interno de um importante mecanismo de defesa dos seus direitos, qual seja “o direito de representação e petição”, estatuído no art. 41, XIV.

O exercício pleno desse direito reclamará, no entanto, o patrocínio do defensor atento e destemido, ainda mais porque a ele está reservada a entrevista pessoal com o interno, possibilitando-lhe o conhecimento dos fatos ensejadores da representação.

### **O DEFENSOR NO PROCESSO EXECUTIVO PENAL**

Se por um lado a convivência com o preso exige do defensor paciência, habilidade e destemor, no âmbito do processo executivo penal defrontará ele com imensurável tarefa, notadamente nos grandes centros, a cobrar-lhe dedicação, esforço intelectual e vivência processual.

Certamente por falta de aparelhamento básico, escapam à percepção dos juizes, promotores, advogados e defensores públicos, notórios erros judiciários e evidentes nulidades processuais, permitindo a conservação de inocentes nas prisões.

Já Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind (*Os Direitos do Preso*, Ed. Forense, 1980, p. 98), ao tratarem da assistência jurídica, denunciavam:

“A grande maioria da população carcerária não possui advogado particular e fica esquecida nos estabelecimentos penitenciários. Muitos poderiam obter livramento condicional, já que cumpriram 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.”

Embora em escala menor, também no Distrito Federal nos deparamos com situações semelhantes.

São condenações com arrimo em meros indícios, apenações excessivas, excesso de execução, que não poderão passar no crivo do defensor junto ao Juízo das Execuções.

A preservação dos direitos assegurados aos condenados muito dependerá da infra-estrutura que se possa oferecer aos órgãos da execução penal e, no particular, à defensoria pública.

Sem a infra-estrutura necessária toda a assistência prometida pelo novo diploma que, segundo reza em seu art. 1º, se destina, precipuamente, à integração do condenado, se esvaziará.

Urge, pois, que os órgãos de assistência jurídica sejam convenientemente aparelhados, cuidando-se, inclusive, das condições para que a defensoria pública se projete nas comarcas do interior do País, onde apenas juízes, promotores e poucos advogados se preocupam com a humanização das prisões e com a sorte dos condenados.

Não só o convívio com a pessoa do preso no recinto do cárcere e os embates com a administração presidiária exigirão do assistente jurídico iniciativa e dinamismo. O contraditório da execução, prolongando-se além da extinção da pena até a reabilitação, reclama dele persistentes postulações.

É a reclamação efetiva da obediência a progressividade da pena; o pedido de extinção na ocasião exata do escoamento da sanção ou do período de provas; a comprovação quanto à impossibilidade de atendimento da pena pecuniária — todos momentos em que a intervenção do defensor deverá anteceder preferentemente a iniciativa do juiz ou do órgão do Ministério Público.

Afinal, se na etapa cognitiva do processo penal a iniciativa da defesa dificilmente atende ao interesse do réu, na execução ocorre o inverso, reclamando do assistente jurídico o aproveitamento das oportunidades instituídas já com a Lei nº 6.416/77, que consolidou a progressividade dos benefícios durante a execução.

Não basta falar nos autos apenas quando convocado, no cumprimento formal de integrante da relação processual. A defesa na execução há de ser dinâmica, sob pena de se frustrar toda a expectativa em favor do condenado, objetivo primordial do diploma há muito esperado.

São essas as nossas ligeiras considerações.

Brasília, 11 de setembro de 1984.