

À COMISSÃO JULGADORA DO CONCURSO DE TESES DO XII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS: “DEFENSORIA COMO METAGARANTIA: TRANSFORMANDO PROMESSAS CONSTITUCIONAIS EM EFETIVIDADE”

CONCURSO DE TESES

SÚMULA: A Defensoria Pública deve ser encarada como órgão de execução no que se refere ao direito da criança e do adolescente, tanto na execução de medidas socioeducativas, quanto na execução de medidas de proteção, de modo a se consagrar a efetividade das normas constitucionais.

AUTORA: Lívia Martins Salomão Brodbeck, Defensora Pública do Estado do Paraná

SÚMULA: A Defensoria Pública deve ser encarada como órgão de execução no que se refere ao direito da criança e do adolescente, tanto na execução de medidas socioeducativas, quanto na execução de medidas de proteção, de modo a se consagrar a efetividade das normas constitucionais.

1) A Defensoria Pública como órgão da execução na Lei de Execuções Penais

A atuação da Defensoria Pública na execução da pena ganhou novo patamar após a aprovação da Lei 12.313/10, que alavancou a instituição ao patamar de “órgão de execução” (art. 81, VIII da Lei de Execuções Penais -Lei 7.210/84-), trazendo a previsão normativa dos arts. 81-A art. 81-B da), que dispõe acerca de uma série de incumbências e prerrogativas da Defensoria Pública em sede de execução da pena.

Destacamos as mais importantes:

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. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010)

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; (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Na prática, observa-se que a atuação da Defensoria Pública em sede de execução penal efetivamente é distinta das demais, pois não se trata de simplesmente conferir ao Defensor Público que detém atribuição para atuar na execução penal a incumbência de fazer a defesa do sentenciado, postulando direitos e benefícios, mas sim de compreender a instituição da Defensoria Pública como legitimada e incumbida de garantir a correta execução da pena. Não se fala em atuação do Defensor Público em determinado processo isoladamente, mas, ao revés, da atuação da Defensoria Pública em toda a execução da pena.

De fato, podemos apontar três maiores diferenças que decorrem da compreensão da Defensoria Pública como órgão de execução. São elas: 1) O

poder-dever de realizar inspeções nos estabelecimentos penais (inciso V e parágrafo único do art. 81-B da LEP), e, conseqüentemente, requerer a interdição destes em caso de irregularidades (inciso VI do mesmo artigo); 2) A compreensão da Defensoria Pública como mais um órgão fiscalizatório, devendo solicitar apuração de responsabilidade em caso de descumprimento de norma, bem como representar ao juízo em caso de inadequação da execução da pena (incisos IV e V); 3) O acesso a todo e qualquer processo de execução da pena, e a possibilidade de se pleitear benefícios e peticionar em favor dos sentenciados, independentemente de terem constituídos advogados particulares.

Especificamente em relação a este terceiro ponto, por ocasião da XIV Reunião Ordinária do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais das Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal e da União realizados na cidade de Natal/RN em 25 de setembro de 2014, aprovou-se o seguinte Enunciado do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais-CNCG nº 06/2014:

“Após o advento da Lei 12.313/10, constitui atribuição legal da Defensoria Pública, na qualidade de órgão de execução penal, constatar eventual irregularidade ou violação a direito da parte no processo executivo, velando pela regular execução da pena e da medida de segurança, **oficiando e adotando as medidas jurídicas pertinentes, ainda que a parte possua advogado cadastrado nos autos**”.

De igual sorte, para fins de ilustração, observa-se que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, assim como outras no País, desde o ano

de 2011, em diversas comarcas, vem, mediante entendimento com os Magistrados, postulando interesse de qualquer pessoa em cumprimento de pena no Estado, inclusive em processos em que há advogado constituído, o que tem gerado diversos frutos na execução penal nas comarcas. Frente aos resultados alcançados, um grupo de 33 juizes mineiros, dentre os quais estão aqueles das comarcas com o maior número de pessoas presas em Minas Gerais, editaram, em 14 de setembro de 2013, a Carta de Belo Horizonte.

"O primeiro ponto que obteve consenso entre os participantes é o de que: **“A Defensoria Pública, como órgão da execução penal, tem legitimidade para postular interesse de qualquer pessoa em cumprimento de pena no Estado de Minas Gerais”**.

Portanto, a compreensão da Defensoria Pública como órgão de execução na execução penal aumentou significativamente seu âmbito de atuação, e harmonizou a LEP aos dispositivos constitucionais e legais que tratam da Defensoria Pública, notadamente as alterações na lei orgânica trazidas pela LC 132/09, e a EC 45/04, conforme se verá a seguir.

2) A Defensoria Pública e o direito da criança e do adolescente

A doutrina que vigora em se tratando de direito da criança e do adolescente é a da proteção integral, desde a Constituição Federal de 1988, que expressamente a estatuiu em seus arts. 227 e 228, e também está contida em outras normas que compõem o microssistema de defesa à criança e ao adolescente, abrangendo os Tratados Internacionais, o ECA, e também a Lei 12.594/12 (Lei do Sinase). Também em referida norma constitucional consta a

prioridade absoluta de que gozam todos os temas afetos à criança e ao adolescente, seja no tocante à obrigação da sociedade e da família, seja no tocante à obrigação do Estado. De fato, o ECA prevê tal primazia em relação a todos os serviços públicos, políticas públicas e destinação de recursos públicos.

Por este contexto, é possível se extrair duas conclusões. A primeira delas é a de que também a Defensoria Pública, instituição estatal essencial à justiça, deve tratar o direito das crianças e do adolescente com absoluta prioridade, o que obviamente reflete na atuação processual e extraprocessual de seus membros. A segunda conclusão é a de que a rede de proteção à criança e ao adolescente sempre deve ser encarada de maneira inclusiva, de modo a contar com mais atores possível, bem como com maior interdisciplinaridade.

Essas conclusões são ainda mais ressaltadas em se analisando a nova configuração constitucional da Defensoria Pública, através das EC 45/04 e a mais recente EC 80/14, bem como a alteração legislativa trazida pela LC 132/09. O perfil da Defensoria Pública, anterior a estas alterações no ordenamento jurídico, era bem distinto do atual, eis que as normas estruturavam a prestação de assistência jurídica pelo Estado aos hipossuficientes. As inovações normativas, porém, consagraram o papel da Defensoria Pública como expressão e fundamento do regime democrático, e como promotora dos direitos humanos, lhe trazendo uma incumbência constitucional distinta da anterior. É a Defensoria Pública como metagarantia.

De importante instrumento a garantir o acesso à justiça àqueles que, por insuficiência econômica, não a possuíam, a instituição passou a

obrigatoriamente garantir os direitos individuais e coletivos não só dos hipossuficientes econômicos, mas de toda a população vulnerável.

O famoso parecer de Ada Pellegrini Grinover traz essa distinção, apresentando a função defensorial como mais ampla possível, em todas as compreensões possíveis para o termo 'hipossuficientes' ou 'necessitados':

*“Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem **os necessitados do ponto de vista organizacional**. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (...)Conforme bem observou Boaventura de Souza Santos, daí surge “a necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação”¹³. Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça - de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.”*

Neste contexto, a vulnerabilidade da criança e do adolescente não é só presumida, por se tratarem de pessoas em especial condição de

desenvolvimento, mas a própria lei estabelece, como dito, um tratamento diferenciado a tais temas, em virtude da proteção integral. Assim, trata-se de grupo vulnerável por excelência.

Caracterizada a vulnerabilidade da criança e do adolescente, e, portanto, sua hipossuficiência organizacional, conclui-se que a atuação da Defensoria Pública neste contexto é imperativa, e deve ser integral. Nesta compreensão, pode-se estatuir que **a Defensoria Pública é garante dos direitos das crianças e dos adolescentes**, detendo incumbência constitucional de protegê-los. A LC 80, pós alteração pela LC 132/09, em seu art. 4º, XI, traz como uma das funções institucionais da Defensoria Pública: **“exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”**

A doutrina estudiosa do direito da criança e do adolescente elenca três níveis de proteção trazida pelo ordenamento jurídico. O primeiro deles é a normatização dos direitos e garantias e o estabelecimento de políticas públicas. O segundo deles é a aplicação de medidas de proteção, quando se está diante da lesão a algum desses direitos, que coloca a criança ou o adolescente em situação de risco. O terceiro deles é através da imposição de medidas socioeducativas, aplicadas diante da falha das medidas de proteção, e após a comprovação de prática de ato infracional.

Conforme o raciocínio exposto anteriormente, deve a Defensoria Pública atuar nos três níveis de proteção, de maneira integral. Portanto, deve garantir a

normatização e eficácia das políticas públicas, e, ao mesmo tempo, prestar prestação de serviço público de qualidade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes; deve efetuar a defesa de adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional; e deve primar pela correta execução das medidas de proteção e socioeducativas. A execução de medidas, sejam de proteção, sejam socioeducativas, configuram atividade administrativa do Estado, com fiscalização judicial, e, portanto, a inclusão da Defensoria Pública como instituição, e não de Defensores Públicos como atuantes para uma das partes, no acompanhamento deste atividade é medida de rigor. Neste último ponto, é necessário, para que a atuação seja livre e irrestrita, que se conceba a Defensoria Pública como órgão de execução, conforme se exporá a seguir.

3) A Defensoria Pública como órgão de execução na execução das medidas socioeducativas

A compreensão da Defensoria Pública como órgão de execução na execução das medidas socioeducativas decorre direta e imediatamente da regra segundo a qual não se pode conferir ao adolescente tratamento mais gravoso do que ao adulto. Tal regra encontra-se prevista nas diretrizes do Riad (regra 56), e, mais recentemente, foi expressamente incorporada a nosso ordenamento jurídico, na Lei 12.594/12 (art. 35, I: “*A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*”).

Ora, se o adulto pode contar com a atuação da Defensoria Pública como órgão de execução durante o cumprimento de sua pena, por qual motivo os

adolescentes que cumprem medidas socioeducativas não poderiam gozar do mesmo tratamento? A inclusão de um novo ator, e um ator constitucionalmente trazido para a defesa dos vulneráveis, obviamente trará benefícios aos adolescentes submetidos a estas medidas. Observe que a fiscalização e realização de inspeções não só é instrumento pelo qual se garante a observância a direitos humanos, mas se trata de único instrumento hábil a denunciar, e, portanto, evitar a prática de torturas e violências, que infelizmente são realidade nas diversas unidades de medidas socioeducativas no Brasil.

Mais do que isso, identifica-se que as funções de fiscalização e inspeções são trazidas pela Lei Orgânica da Defensoria Pública, pelos artigos abaixo transcritos:

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

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,

XI- exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

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

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Ainda, a Lei é clara ao estabelecer o livre acesso dos Defensores Públicos às unidades de internação, bem como a entrevista reservada com os adolescentes (art. 128, VI, LC 80/94). A previsão que abarca as unidades de internação, medida mais gravosa dentre as previstas no ECA, obviamente deve se estender às demais medidas socioeducativas, mais leves, pela incidência pura e simples do brocado “quem pode o mais, pode o menos”:

VI – comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando estes se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento;

Somado a isso, a própria Lei 12.594/12, que é a lei que disciplina a execução das medidas socioeducativas, estabelece a Defensoria Pública como um dos agentes de fiscalização:

Art. 18. A União, em articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, realizará avaliações periódicas da

implementação dos Planos de Atendimento Socioeducativo em intervalos não superiores a 3 (três) anos.

§ 2o O processo de avaliação deverá contar com a participação de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos Tutelares, na forma a ser definida em regulamento.

Por fim, a LEP é aplicada subsidiariamente ao ECA e à Lei do Sinase, em virtude da previsão contida nos arts. 152 e 153 do ECA.

De tudo isso, extrai-se a conclusão de que a Defensoria Pública é órgão de execução na execução das medidas socioeducativas.

3) A Defensoria Pública como órgão de execução nas medidas de proteção

De igual sorte, também deve a Defensoria Pública ser encarada como órgão de execução nas medidas de proteção.

Em primeiro lugar, observa-se que, após a promulgação do ECA e a consagração da doutrina da proteção integral, necessariamente em relação a cada medida de proteção existe um serviço público competente para executá-la, seja o CREAS, o CRAS, CAPS, entidades de acolhimento, dentre outras. Não mais se admite, como anteriormente, com o Código de Menores, que igrejas, por exemplo, detenham a tarefa de efetuar o acolhimento de crianças e adolescentes em situação de risco. Portanto, todos os órgãos que executam medidas socioeducativas e medidas de proteção são órgãos públicos, ou, no

mínimo, sujeitos à fiscalização e aplicação de sanções quando de irregularidades, conforme dispõe os arts.191 e seguintes do ECA.

A partir daí, nos parece cristalino que, em detendo a Defensoria Pública legitimidade para ajuizar ação civil pública de modo a garantir a eficiência e legalidade desses serviços, conforme trazido pelo art.5º, II, da LACP (Lei 7.347/85), deve necessariamente ter instrumentos para fiscalizá-los, inspecioná-los, indicar irregularidades, bem como auxiliá-los a desenvolver o melhor serviço público possível. Mais do que isso, como garantir o direito das crianças e dos adolescentes sem garantir que as medidas de proteção são eficazes para remediar eventual situação de risco ou de lesão a direito? Observe que a ineficiência na execução de medidas de proteção pode levar, por exemplo, à prática de ato infracional por parte do adolescente, daí necessitando a imposição de medida socioeducativa; pode levar à inclusão de criança e adolescente em família substituta; e, em casos mais drásticos, pode levar inclusive à lesão à integridade física e à própria vida da criança e do adolescente. É dizer, apenas em havendo uma rede eficiente de aplicação de medidas socioeducativas é que o direito da criança e do adolescente efetivamente estará sendo observado.

O ECA traz a questão a respeito da defesa dos direitos difusos e coletivos da criança e do adolescente (arts.208 e seguintes), não contemplando, porém, expressamente, a Defensoria Pública como legitimada para tanto (art.210). No entanto, como é cediço, o microssistema coletivo deve ser aplicado de maneira uniforme, o que obviamente faz com que a Defensoria Pública seja igualmente legitimada para a propositura dessas ações coletivas.

Observe que todas essas possibilidades restaram eternamente consagradas após o julgamento da ADI 3493 pelo STF, em que se firmou a legitimidade ampla e irrestrita de a Defensoria Pública ajuizar ações coletivas.

“A ministra salientou que, além de constitucional, a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes. Ela lembrou, ainda, que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado. “A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional do estado democrático de direito interessa alijar aqueles que, às vezes, têm no Judiciário sua última esperança, pela impossibilidade de ter acesso por meio dessas ações coletivas”, afirmou a relatora, ao evidenciar a possibilidade de, por meio de uma ação coletiva, evitar-se centenas de ações individuais.”(<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3943&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>)

A compreensão da Defensoria Pública como órgão de execução vai muito além da legitimidade para a propositura da ação civil pública. Inserindo-se a instituição no fluxo de fiscalização das entidades que aplicam a medida de proteção permite-se inclusive que se evite tal solução, possibilitando

a solução extrajudicial de conflitos. Ora, se a Defensoria Pública acompanha de perto as atividades desempenhadas por tais entidades e órgãos, pode garantir a solução extrajudicial dos conflitos, que também é incumbência legal da instituição (art.4º, II, da LC 80/94).

Negar a concepção da Defensoria Pública como órgão de execução nas medidas de proteção equivale a impedir a defesa integral e intransigente da criança e do adolescente. Qualquer tentativa de enfraquecimento ou sufocamento da Defensoria Pública deve ser tomada como inconstitucional.

4) Bibliografia

- 1) GRINOVER, Ada Pellegrini- Parecer referente à consulta da ANADEP a respeito da argüição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 -, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público- CONAMP (ADIN n. 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia).- São Paulo, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI167245,41046Legitimacao+da+Defensoria+Publica+em+nada+altera+atribuicoes+do+MP>> Acesso em 11/08/2015.
- 2) BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 4ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm.2012.

3) ROSSATO, Luciano Alves, et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 5ª edição. São Paulo: Editora RT. 2013.

4) MENDEZ, Emilio Garcia e outro. **Das necessidades aos direitos**. 1ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 1994.