

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2016.

Sr. Presidente.

Trata-se de consulta formulada pela ADEP – Associação dos Defensores Públicos do Estado de Minas Gerais acerca da possibilidade dos Defensores Públicos serem convocados para a realização de audiências de custódia aos sábados e domingos, independentemente da área de atuação, através de publicação de Resoluções da Defensoria-Pública Geral. Referida consulta encerra, ainda, os seguintes questionamentos:

1) O ato normativo para tratar da questão em tela é de competência do Conselho Superior da Defensoria Pública de Minas Gerais (Deliberação) ou da Defensoria Pública Geral (Resolução)?

2) É legal a convocação de Defensores Públicos para a realização de audiências de custódia aos sábados e domingos?

3) É legal a convocação de Defensores Públicos para a realização de audiências de custódia, aos sábados e domingos, independentemente da área de atuação do Defensor Público, observado inclusive a norma do inciso XXIV do artigo 45 da Lei Complementar Estadual 65?

4) É constitucional/legal a norma do artigo 4º da Resolução nº 183/16 (*“Art.4º. Os Defensores Públicos convocados por esta Resolução ficam impedidos de marcarem e/ou alterarem gozo de férias para a data da sua respectiva escala de plantão.”*)?

É o relatório. Passa-se a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

Com fincas no disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, e ainda no art. 7º, item 5, da Convenção

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais, regulamentou, nos termos da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, a realização das audiências de custódia.

Nos termos fixados no ato normativo referido, toda pessoa presa em flagrante deve ser obrigatoriamente apresentada à autoridade judicial competente, no prazo de até 24 horas da comunicação do flagrante, oportunidade em que, após as manifestações do Ministério Público, do cidadão preso e da Defensoria Pública (ou do advogado do preso), serão analisados os aspectos legais do ato de prisão efetivado, a necessidade e a adequação da continuidade da referida prisão ou, ainda, a possibilidade de concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares.

Deverá ainda o Juiz de Direito avaliar possíveis ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. No mesmo sentido, devem ser também apresentados à autoridade judicial competente os cidadãos presos por mandado de prisão.

Dispõe ainda o artigo 15 da citada Resolução nº 213/2015, *“Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.”*.

No âmbito estadual, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por seu Órgão Especial, regulamentou as audiências de custódia por meio da Resolução 796, de 24 de junho de 2015.

Oportuno lembrar, em adendo, que o Poder Judiciário concorre para a harmonia e o equilíbrio da sociedade, tendo como objetivo traduzir a realidade efetiva do direito, aplicando a justiça nas relações humanas e a Carta Magna insculpe, na seara das garantias fundamentais, o acesso do cidadão à via judiciária, devendo a Administração Pública se estruturar para o atendimento de tão relevante demanda da sociedade organizada sob a égide do Estado Democrático de Direito.

A seu turno, o legislador constituinte não pretendeu, entretanto, estipular em favor do Poder Judiciário o monopólio na distribuição da justiça, porquanto estabeleceu a concorrência do Ministério Público (art. 127, CF), do Advogado (art. 133, CE) e da Defensoria Pública (art. 134, CF) como elementos essenciais à função jurisdicional do Estado. Destaca-se, ainda, nos termos constitucionais que a atividade jurisdicional deve ser prestada de maneira ininterrupta, *“funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”*, conforme discorre o artigo 93, inciso XII, da Magna Carta.

Visto isto, registre-se que, para atender à imposição constitucional sublinhada

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

acima e ainda ao disposto na Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça e na Resolução nº 796/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública Geral do Estado de Minas Gerais expediu a Resolução nº 089/2015, de 13 de julho de 2015, dispondo sobre a atuação da Defensoria Pública nas audiências de custódia na Comarca de Belo Horizonte.

No ato normativo apontado, consignou a Defensoria Pública Geral que *“Os cidadãos presos em flagrante delito na comarca de Belo Horizonte, que forem submetidos à audiência de custódia no âmbito da competência da Justiça Estadual, que não estejam representados por advogado, serão assistidos pela Defensoria Pública de Urgência Criminais da Capital, que poderá contar com o auxílio de Defensores Públicos em cooperação.”* (artigo 1º, da Resolução nº 089/2015).

E os artigos 2º e 4º, *caput* e §§ 4º e 5º, do diploma em referência, a Resolução nº 089/2015, acentuam:

“Art. 2º Sem prejuízo de outras medidas que se mostrarem necessárias, a juízo do Defensor Público, nos limites de sua independência funcional, a prestação de assistência jurídica na audiência de custódia compreenderá:

I) o contato prévio com o custodiado para prestar e colher as informações necessárias para a realização do ato;

II) o acompanhamento da audiência de custódia;

III) a adoção de todas as medidas necessárias à defesa da parte durante a realização da audiência, notadamente pedidos de liberdade provisória, relaxamento de prisão e de apuração acerca de eventual caso de ofensa à integridade psíquica e física do preso, bem como eventual medida ambulatorial que se apresente necessária;

IV) preenchimento do relatório de atendimento do preso provisório, a ser fornecido pela Defensoria Especializada de Urgências Criminais;

V) a prestação de informações aos familiares do custodiado;

VI) requerer vistas dos autos à Defensoria Especializada de Urgências Criminais, quando não concedida a liberdade, afim de que sejam tomadas as providências cabíveis.”

“Art. 4º Fica aberto edital de consulta para inscrição dos Defensores Públicos interessados em cooperarem, voluntariamente, nas audiências de custódia, que acontecerão aos sábados e domingos, no horário de 08 às 13h, nas dependências do Fórum Lafayette, com início provável em 08 e agosto.

[...]

§5º A cooperação será realizada sem prejuízo das atribuições do cargo no órgão de atuação do cooperador.

§6º Não havendo interessados em número suficiente, a Defensoria Geral promoverá a convocação dos Defensores Públicos para atendimento da demanda, observada a ordem crescente de antiguidade (do menos antigo para

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

o mais antigo), em Belo Horizonte, independentemente da área de atuação, ressalvados aqueles Defensores Públicos já convocados em outros plantões.”

Em consequência e conformidade com esse ato, foram baixados outras resoluções, dispondo sobre a atuação nas audiências de custódia, a exemplo das Resoluções nº 099/2015, 119/2015, 141/2015, 175/2015, 216/2015, 92/2016, 113/2016, 160/2016, 170/2016 e 183/2016.

Contudo, ressalvado o escopo legítimo das Resoluções apontadas, é certo que referidos atos normativos encontram-se em dissonância com as normas jurídicas em vigência, posto que asseverem acerca de matéria de competência afeta do Conselho Superior da Defensoria Pública, instituem modalidade de cooperação compulsória e impõem a órgãos de execução convocados atribuições estranhas às suas funções institucionais, malferindo a garantia da inamovibilidade e o princípio do defensor natural, como se demonstrará. Fere-se ainda o direito de férias dos Defensores Públicos, em cabal inobservância a direito fundamental social.

Veja-se.

Inicialmente, firma-se posicionamento no sentido de que, no âmbito da estrutura interna da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, seria afeta ao Conselho Superior da Defensoria Pública, por meio de deliberação, a competência para elaborar os atos normativos que versem a respeito da convocação de membros da Instituição para, em cooperação à Defensoria Pública de Urgências Criminais da Capital, em regime de plantão permanente, durante os finais de semana (sábado e domingo), realizar as audiências de custódia necessárias junto à Justiça Estadual, quando presos cidadãos que não estejam representados por advogados, conforme preceitua o art. 28, inciso I, e §1º, da Lei Complementar nº 65, de 16 de janeiro de 2003, do Estado de Minas Gerais, que organiza a Defensoria Pública do Estado, *in verbis*:

*“Art. 28 – Ao Conselho Superior da Defensoria Pública compete:
I – **exercer o poder normativo** no âmbito da Defensoria Pública;*

*(...) § 1º – **Salvo disposição em contrário, as deliberações do Conselho Superior serão tomadas por maioria de votos abertos e nominais, presente a maioria de seus membros, cabendo ao seu Presidente o voto de qualidade.”***
(destacamos)

Ou seja, cabe ao Conselho Superior da Defensoria Pública exercer o poder normativo no âmbito da Instituição e, por consequência, incumbe a este Órgão da Administração Superior da Instituição decidir acerca das atribuições a serem exercidas pelos órgãos de execução da Entidade; à Defensoria Pública Geral, em contrapartida, incumbem apenas os atos de gestão administrativa, financeira e pessoal.

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Assim, considerando que eventual normatização acerca das audiências de custódia deve ter o condão de regulamentar toda a matéria, incluindo a especificação das atribuições dos órgãos de execução e a forma de exercício destas, inclusive em sistema de plantão, caberia ao Conselho Superior da Defensoria Pública dispor sobre a matéria, conforme preceitua o destacado art. 28, inciso I, da LCEMG 65/2003.

Necessário destacar que, inobstante as audiências de custódia realizadas nos dias em que não houver expediente forense (finais de semana) tenham sido caracterizadas, nos termos das resoluções apontadas, como regime de plantão, materialmente são atribuições instituídas em caráter hodierno e permanente, no contexto de um projeto contínuo, que possui estrutura própria e em regime presencial dos órgãos de execução.

Assim, *data venia*, posto não se aventar em urgência (eventualidade) na realização desses atos processuais – que ocorrerão todos os finais de semana –, não há que se aventar a competência da Defensoria-Pública Geral para expedi-los. Caberia a este Órgão, de fato, designar os Defensores Públicos para atuar em plantão – ato de gestão praticado nos termos do art. 9º, XVI, f, da LCEMG 65/2003 –, contudo, desde que referida designação ocorresse com base em normatização específica previamente expedida pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em ato próprio (deliberação), no exercício do poder normativo previsto no art. 28, I, da LCEMG 65/2003.

Neste contexto, houve patente invasão de competência pela Defensoria-Pública Geral ao editar as Resoluções asseveradas, competência essa exclusiva, conforme previsto na Lei Complementar, do Conselho Superior da Defensoria Pública, visto que referidas resoluções têm por escopo exatamente normatizar a questão apontada.

Impõe-se, por conseguinte, seja determinada a imediata suspensão dos efeitos destes atos administrativos, posto que viciados, sob pena de restar violado o princípio da legalidade.

Contudo, ainda que assim não fosse, necessário destacar que aludidas Resoluções apresentam ilegalidades materiais, nos termos que seguem.

A despeito de ser plenamente legal a convocação dos órgãos de execução da Defensoria Pública para exercício de plantões, mencionadas convocações não podem ocorrer em caráter permanente e sendo destinadas a todos os membros da Instituição, independentemente da área de atuação, como vem se realizando, sendo ainda imprescindível a competente contraprestação pelos dias trabalhados.

Ora, “*regime de plantão*”, por excelência, encerra um regime de exercício

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

extraordinário, que transcende ao exercício comum, regular. Nesses termos, somente pode ser imposto pela Administração Superior da Defensoria Pública em virtude de situações peculiares, pontuais, que demandem uma atuação funcional do órgão de execução em função específica e em circunstâncias urgentes. Entretanto, os atos normativos apontados estabelecem a ocorrência de plantões cíclicos, os quais devem ser realizados pelos Defensores Públicos em regime permanente e em revezamento (do agente público menos antigo para o mais antigo), o que, *data venia*, imprime negativa à própria sistemática de realização de plantões.

Entretanto, as resoluções expedidas pela Defensoria-Pública Geral, exatamente pelo **fato de imporem um plantão não excepcional, com data pré-definida, trazem a permanência deste plantão**, que deverá ocorrer sempre que não houver expediente forense. Ademais, se a cada semestre há essa atribuição específica a cada defensor público, **também por esse motivo a regulamentação passa a ter um caráter permanente**, impondo aos órgãos de execução da Instituição atribuição diversa das que lhe são regulares.

Destaca-se que referida situação, que impõe atribuições diversas aos Defensores Públicos, em caráter permanente, sem as respectivas anuências, determinando ainda que mencionados plantões sejam cumpridos por todos os membros da Instituição, independentemente de sua área de atuação ordinária, representa cabal desrespeito à garantia da inamovibilidade e ao princípio do defensor natural, que regem a carreira pública em destaque.

Nesse passo, ressalte-se, por primeiro, que a Constituição da República Federativa do Brasil consigna, em seu art. 134, *in verbis*:

“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.*

*§ 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”. (grifos nossos)*

A disposição constitucional suso transcrita assinala, *lato sensu*, o objetivo da Defensoria Pública, qual seja, orientação jurídica e defesa dos necessitados, em qualquer esfera de discussão (judicial ou extrajudicial). Lado outro, prescreve que às Defensorias Públicas dos Estados, cujas organizações foram incumbidas a Leis

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Complementares, são asseguradas autonomia funcional e administrativa. Mais ainda, delineia que aos seus membros é garantida a inamovibilidade.

Prosseguindo, registre-se que em Minas Gerais a já citada Lei Complementar nº 65/2003 organiza a Defensoria Pública do Estado, define sua competência e dispõe sobre a carreira de Defensor Público.

Feitas tais considerações, note-se que no bojo da multicitada LCEMG nº 65/2003 a garantia da inamovibilidade dos órgãos de execução da Casa da Cidadania restou gizada nos arts. 68 e 73, inc. II, nos seguintes termos:

“Art. 68 – Os membros da Defensoria Pública são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma desta lei complementar”;
(grifos nossos)

e

“Art. 73 – O Defensor Público goza das seguintes garantias:

.....

II – inamovibilidade”. (grifos nossos)

Destarte, **a garantia da inamovibilidade veda que o defensor público possa ser afastado, sem fundamentação, do seu órgão de lotação legalmente estabelecido.** Referida garantia tem o escopo de proteger estes agentes públicos de eventuais ingerências externas que possam interferir em seu trabalho, possibilitando-lhes o livre exercício das atribuições funcionais e garantindo-lhes a independência funcional.

Ademais, mencionada garantia da inamovibilidade deve ser compreendida em sentido amplo, visto não vedar apenas o advento da remoção de uma comarca para outra, mas também de um órgão de atuação para outro, ainda que localizado na mesma comarca ou nas dependências do mesmo fórum.

Frise-se que referida garantia da inamovibilidade se opera, inclusive, em relação aos Órgãos Superiores da própria Defensoria Pública, que, **salvo situações excepcionais, devidamente justificadas e mediante prévia manifestação do Conselho** (sendo nesse sentido a previsão disposta no art. 9º, XVI, a, da LC 65/2003), não podem compelir seus membros a atuarem ordinariamente em órgão de atuação diferente daquele em que estão lotados.

Isto posto, a par da garantia da inamovibilidade, com respeito às atribuições de cada cargo, ressaí o princípio do Defensor Natural, o qual, nos dizeres do Defensor Público do Estado de Minas Gerais Gustavo Corgosinho, *“assegura que o Defensor Público não seja afastado arbitrariamente dos casos em que deveria officiar, em razão de atribuições pré-determinadas. Pressupõe, então, para a sua*

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

aplicação, que o Defensor Público esteja legalmente investido no cargo, que exista o órgão de execução na estrutura organizacional da Defensoria Pública, que o membro da carreira esteja lotado no referido órgão por titularidade e inamovibilidade, e que haja a prévia definição legal das atribuições do órgão” (DEFENSORIA PÚBLICA, Princípios Institucionais e Regime Jurídico, Ed. Dictum, p. 153)

Assim, de tudo o que até aqui exposto deflui-se que o Defensor Público do Estado de Minas Gerais, devidamente lotado e inamovível, com atribuições definidas pela Chefia da Casa, não pode ser afetado em sua independência funcional e nem afastado dos misteres que lhe são inerentes, a não ser se apenado com remoção compulsória, após regular processo administrativo. Contrário senso, não pode ser compelido a desempenhar atribuições que não são suas, a não ser se por designação formal e fundamentada, expedida por órgão competente.

Nessa esteira, o relatório final apresentado no corpo do Procedimento CSDPMG nº 038/2008, que tratava da distribuição dos cargos de Defensor Público diante da previsão do art. 46 da LC 65/2003:

“CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DE ESTADO DE MINAS GERAIS Procedimento 038 /2008

Assunto: Distribuição dos cargos de Defensor Público diante da previsão do art. 46 da LC 65/03

Relatora: Conselheira Ana Cláudia da Silva Alexandre

Relatório final

I – A criação da comissão de diagnóstico

Na 4ª sessão ordinária de 2009 foi deliberado pelo Conselho Superior que o procedimento em análise, ao qual se apensara outros procedimentos análogos (014/08, 008/08, 015/08) requerendo a criação de cargos originasse a criação da comissão para “FORMULAÇÃO DE DIAGNÓSTICO E DE PROPOSTA DE DISTRIBUIÇÃO E LOTAÇÃO DOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO”, nos termos da DELIBERAÇÃO 004/2009 DO CSDPMG.

A comissão foi em seguida formada com os seguintes membros: conselheira Ana Cláudia da Silva Alexandre, Madep 0112, relatora da matéria e presidente da comissão; a conselheira Andréa Abritta Garzon Tonet, Madep 0089; o presidente da ADEP, Felipe Augusto Cardoso Soledade, Madep 0167; o assessor da Defensoria Pública Geral, Leandro Coelho de Carvalho, Madep 0528; o coordenador da Corregedoria-Geral Thiago Campos Soares Melo Franco, Madep 0424; a coordenadora Cível e Família da Capital, Neusa Guilhermina Lara, Madep 0475; a coordenadora Criminal da Capital, Luciana Moura Fonseca, Madep 0202, e o conselheiro Clayton Rodrigues Sabino Barbosa, Madep 0165.

O respeito ao princípio do Defensor Público natural é de extrema relevância considerando que as demais instituições do sistema de justiça parte integrante

do tripé constitucional, Magistratura e Ministério Público, assim são compreendidas pela cultura jurídica. Não se visualiza a hipótese de condução de um processo empreendido pelo Ministério Público por outra instituição. Da mesma forma, o cumprimento do princípio do Defensor Público natural irá favorecer a conscientização do papel do Defensor Público e a importância da prestação desse serviço pelo Estado, como garantia do direito fundamental de acesso à ordem jurídica.

Para tanto, deverá ser vedado à administração institucional, a possibilidade de desrespeitar a competência para atuação fixada pela nova distribuição, ao seu livre arbítrio e em detrimento do exercício funcional independente de todo Defensor Público, inclusive, os que estejam em estágio probatório. É inquestionável a segurança jurídica que essa nova situação cria ao permitir, não só ao defensor público se responsabilizar unicamente pelas funções afetas ao seu cargo, como justificar a impossibilidade funcional de atuar onde não possua competência. Além disso, permite que a instituição reduza a prestação dos seus serviços às condições de execução desses, sem o risco de romper com a continuidade dos serviços, permitindo a disseminação da cultura do Defensor Público Natural acima mencionada. A gestão assim orientada torna legítima a justificativa da ‘reserva do possível’ no caso da cobrança por uma atuação impossível de ser estabelecida em certos casos por falta de estruturação adequada por razões de insuficiência orçamentária, viabilizando a cobrança da responsabilidade àqueles que estiverem omissos em garantir a condição estrutural para que a instituição possa funcionar em todas as comarcas do Estado de Minas Gerais.

Assim com a aprovação dos cargos, deverão essas novas regras vigorar de imediato, através de deliberação que defina as situações onde deverá ser observado o respeito à competência de atuação, o que significa dizer, o impedimento a ocorrência de mudanças ao livre arbítrio da coordenação administrativa(...)

III – Sobre uma exposição de motivos

Os trabalhos da comissão originaram a exposição de motivos anexa ao procedimento que será em parte incorporada no presente relatório, com os comentários que achamos pertinentes realizar, diante de alguns pequenos pontos que resultaram em interpretação diversa. As motivações presentes no trabalho executado pelos membros da comissão Leandro Coelho de Carvalho e Thiago Campos Soares Melo Franco são importantes para compreensão da visão que norteou o grupo formado.

Assim, sobre a importância do trabalho executado, chegou-se a conclusão que;

‘Em qualquer empresa, órgão ou instituição é necessário haver uma delimitação das tarefas. A especialização tem por principal consectário alcançar melhor eficiência na prestação do serviço. Para a Defensoria Pública, a maior racionalidade no exercício de sua nobre missão constitucional é obviamente algo proveitoso, até para exigir metas e cobrar resultados de seus membros. Para o Defensor Público, confere maior

segurança no exercício de seus misteres e reforça a garantia da inamovibilidade, prevista no artigo 134, §2º, da Constituição da República, que hoje se limita à comarca, independentemente de quantos órgãos existam.(...)

Nesse sentido é importante destacar o que desde o início deixamos bem claro. Não poderá haver ingerência administrativa no exercício da atribuição do Defensor Público, em atenção à sua independência funcional. A subordinação possível entre o Defensor Público e a Administração é de ordem meramente administrativa e não no sentido de interferir na execução das tarefas que lhes são cometidas. Assim, a segurança que cada órgão de execução terá, doravante, sabendo exatamente qual é o limite de competência do seu cargo, evitará que por meio de metas estabelecidas sem a sua anuência ou no interesse administrativo político institucional seja a si destinado, sem previsão normativa expressa, ou sem sua anuência, a execução de tarefas diferenciadas daquelas traçadas como suas atribuições, a não ser no caso de pagamento da contraprestação do serviço através de gratificações ou diárias, e mediante prévio ajuste. Assim, não há possibilidade de atuação fora do âmbito do cargo destinado a cada Defensor Público, a não ser em casos excepcionados pela norma, como os de substituição em caso de afastamento em razão de férias ou licença, e outras peculiaridades” (documento extraído do sítio eletrônico da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais). (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, excelente artigo intitulado “*Princípio de Defensor Público Natural*”, da lavra do Defensor Público, do Estado de São Paulo, Thiago Alves de Oliveira,

“Sumário: 1. Introdução – 2. Fundamentos – 2.1. Independência funcional – 2.2. Unidade e Indivisibilidade – 2.3. Inamovibilidade - 3. Conceito – 4. Consequências – - 5. Conclusões - 6. Bibliografia.

1. Introdução

Buscaremos com o presente artigo estudar o princípio do Defensor Público Natural, tema que geralmente não merece a devida atenção, mas que apresenta importância dogmática e prática.

2. Fundamentos

O princípio do Defensor Público Natural tem previsão legislativa expressa na lei orgânica nacional da Defensoria Pública^[01]:

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(Grifos Nossos)

Nada obstante, sem prejuízo de tal previsão expressa, o princípio possui densa fundamentação implícita em nosso ordenamento jurídico.

Destarte, de rigor destacar que os ensinamentos atinentes aos princípios do Juiz Natural e do Promotor Natural são plenamente aplicáveis à Defensoria Pública, posto que esta instituição goza de igualdade de tratamento em relação às outras duas. Neste sentido, nos valeremos ao longo deste trabalho de ensinamentos que por vezes se referirão à Magistratura ou ao Ministério Público.

(...)3. Conceito

Neste passo, já nos é possível arriscar um conceito do princípio do Defensor Público natural.

Trata-se de princípio segundo o qual o assistido tem direito a ter seus interesses patrocinados por um Defensor Público cuja designação para atuar esteja previamente definida com base em normas objetivas.

O princípio apresenta uma dupla faceta, pois tem como destinatário não só o assistido, bem como o próprio Defensor Público, que terá sua atuação circunscrita ao seu órgão de atuação, não podendo sofrer interferências, quer externas, quer da própria instituição a que pertence, podendo desenvolver seu mister com plena independência funcional.(...)

4. Consequências

As consequências da adoção do princípio do Defensor Público natural serão aqui estudadas a contrário senso, ou seja, nos debruçaremos a analisar quais as consequências da sua inobservância.

Pois bem, a atuação em arrepio ao princípio do Defensor Público natural levará à ausência de atribuição de determinado membro no caso concreto.(...)

5. Conclusões

O princípio do Defensor Público natural tem previsão expressa e implícita em nosso ordenamento jurídico, visando assegurar ao destinatário da assistência jurídica a atuação de um Defensor Público com plena autonomia e independência, baseado em regras predefinidas.

(...)Como visto, trata-se de princípio que fortalece a atuação da Defensoria Pública e confere segurança a todo aquele que busque na instituição a tutela de suas pretensões” (Informações sobre o texto – Como citar este texto: NBR 6023:2002 ABNT; Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2616, 30 ago. 2010.

Disponível

em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/17296/principio-do-defensor-publico-natural>>

). (grifos nossos)

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Com efeito, o art. 45 da LCEMG 65/2003 ao estabelecer as atribuições afetas aos Defensores Públicos do Estado, consigna, especialmente, em seu inciso XXIV, que:

“Art. 45 – Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:

(...)

*XXIV – exercer **outras atribuições definidas em lei ou ato normativo, desde que afetas à sua área de atuação.***” (destacamos)

Conforme apontado, para ser exigível o exercício de outras atribuições pelos membros da Defensoria Pública, além daquelas especificamente elencadas, é imprescindível a previsão expressa em lei ou ato normativo, observando-se, ainda, que tais atribuições devem ser afetas à área de atuação do defensor público – tudo em respeito à garantia da inamovibilidade e ao princípio do defensor natural.

Contudo, renovada vênua, mencionados requisitos não restaram atendidos na situação em apreço.

Reitere-se, na espécie, que as designações expedidas nos termos das Resoluções apontadas terão o condão de atribuir, compulsoriamente, também a Defensor Público, com funções estranhas ao direito penal e processual penal, a incumbência de zelar pelos direitos e garantias fundamentais de assistido preso em flagrante delito, abarcando as funções afetas ao atendimento prévio e reservado do assistido para, em ato processual subsequente (a audiência de custódia), tomar providências compatíveis, concernentes ao pedido de relaxamento da prisão em flagrante, de concessão da liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão, e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (nos termos da mencionada Resolução CNJ nº 213/2015).

Referida atuação, entretanto, exige domínio e experiência acerca de direito penal e processual penal, matéria estranha a outras áreas de atuação, registre-se. Ademais, **a submissão do defensor público não natural a mero instrumento de regularidade formal do procedimento** não se coaduna com o princípio da eficiência, da qualidade do serviço e mesmo da garantia da dignidade da pessoa presa (escopo buscado pela normatização).

De outro lado, mesmo a se considerar os membros da Instituição que já atuam, por designação, na seara criminal, contudo, em lotação diversa da Defensoria Pública de Urgência Criminais da Capital, **ainda assim restaria inobservado a garantia da inamovibilidade e o princípio do defensor natural**, caso lhe reste imposta a atuação em cooperação em audiência de custódia, que, a despeito referir-se a matéria penal, não guardam relação específica com as mais

diversas nuances e especialidades atinentes à matéria (ato infracional, maria da penha, júri, tóxicos).

Desse modo, forçoso concluir, em contrapartida, que a atuação, nas audiências de custódia, de defensores públicos não vinculados à Defensoria Pública de Urgência Criminais da Capital não está prevista em lei, nem há ato normativo regularmente expedido dispondo sobre a matéria – e, ainda que houvesse, careceria de validade, se a impusesse aos defensores públicos o exercício de atribuições em área de atuação diversa àquelas em que se encontram lotados.

Destarte, em tais casos, somente seria devida a atuação de defensores em cooperação se ocorresse de maneira voluntária e não vinculada, como pretende a Administração Superior.

Assim, reitere-se, as resoluções expedidas pela Defensoria-Pública Geral, dispondo acerca da ocorrência de plantões em finais de semana para atuação em audiência de custódia, ao impor seus termos a defensores públicos convocados que atuam em outra área que não a Urgência Criminal, fere suas garantias, impõe atribuição que não lhe é própria e, por via oblíqua, materializa nessa modalidade a pretensão de instituir cooperação compulsória.

Renovada venia, mencionada prescrição legal acarreta agravo ao princípio da inamovibilidade assegurada aos integrantes da Defensoria Pública, impondo aos agentes públicos dessa carreira a realização de atribuições diversas daquelas que lhe restaram originalmente atribuídas em virtude de designação específica, o que não se admite.

Vê-se, portanto, que, também sob o aspecto material as resoluções expedidas pela Defensoria Pública Geral **ora referidas apresentam-se ilegais, posto que estabelecem obrigações/atribuições que afrontam à garantia da inamovibilidade, ao princípio do Defensor Público Natural** e, sobretudo, ao princípio da legalidade, do qual a administração pública não pode, em hipótese alguma, se afastar.

De outro lado, traz-se ainda à baila o disposto no artigo 4º, da Resolução nº 183/2016, que estabelece a escala de Defensores Públicos convocados para atuarem nos plantões das audiências de custódia do primeiro semestre de 2017, *in verbis*:

“Art. 4º. Os Defensores Públicos convocados por esta Resolução ficam impedidos de marcarem e/ou alterarem o gozo de férias para a data da sua respectiva escala de plantão.” (grifamos)

Entretanto, mencionada disposição normativa, ao consignar vedação expressa a que tais agentes públicos usufruam de férias nos períodos em que escalados para

participar dos respectivos plantões em audiência de custódia, **viola o direito fundamental social de férias afeto aos defensores públicos.**

Nos termos constitucionais, aos membros da Defensoria Pública Estadual deve ser resguardado o direito de gozar férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a normalmente percebida. E a normatização específica da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar 65/2003, assegura, em seu artigo 78:

“Art. 78 – O Defensor Público gozará de férias individuais de vinte e cinco dias úteis por ano.

§ 1º – As férias não gozadas por conveniência do serviço poderão sê-lo, cumulativamente, em período posterior, não excedendo cada etapa de gozo a dois períodos de vinte e cinco dias úteis cada um.

§ 2º – As férias poderão ser gozadas em dois períodos, um dos quais com duração mínima de dez dias úteis, de acordo com o interesse do serviço.

§ 3º – Não poderá entrar em gozo de férias o Defensor Público com autos em seu poder por tempo excedente ao prazo legal, ou em falta com tarefa que lhe tenha sido previamente atribuída.”

Diante do exposto pode-se concluir que aos membros da Defensoria Pública é assegurada a fruição de 25 (vinte e cinco) dias úteis de férias anuais.

Registra-se, também, que, **somente excepcionalmente**, por conveniência do serviço, a fruição de férias pode ser vetada. Entretanto, conforme exaustivamente demonstrado, **o ato normativo da DPMG ora analisado**, além de criar uma limitação ao direito de gozo férias pelos defensores públicos não prevista em lei, determina uma **limitação permanente (e não excepcional, portanto)**, posto que os plantões aludidos, nos termos em que disciplinados, referem-se a uma situação permanente e, mais, que se renovará ao longo do tempo.

Ademais, nos termos em que disciplinada, a disposição em apreço, aparentemente, impede a fruição das férias em período determinado, sem que haja qualquer prévia tentativa de harmonizar as escalas de “plantão” com as de férias negociadas, causando insegurança para os ainda não escalados e frustrando pretensões.

Ora, o direito ao gozo de férias pelos Defensores Públicos pode ser limitado de maneira excepcional; contudo, o ato normativo ora discutido, ao arrepio da lei e da constituição, estabelece a vedação como regra, o que não se admite. Destarte, mencionadas disposições, por criarem limitações permanentes ao direito de férias, não dispostas na lei, merecem ser afastadas.

Por derradeiro, cumpre ainda destacar que, em relação a referidos períodos de plantão a serem realizados em cooperação com a Defensoria Pública de Urgências

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

Criminais da Capital, durante os finais de semana (sábado e domingo), nas audiências de custódia, junto à Justiça Estadual, quando presos cidadãos que não estejam representados por advogados, deve haver contraprestação financeiras, ou seja, além da compensação, imprescindível o pagamento referente aos finais de semana trabalhados, em serviço extraordinário (plantão), pelos membros da Defensoria Pública.

Isso porque a própria Constituição do Estado de Minas Gerais consigna, no art. 31, caput, que:

“Art. 31 - O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho” (artigo com redação dada pelo art. 3º da Emenda à Constituição nº 57, de 15/7/2003)” .

E a aplicação das normas inerentes aos servidores civis do Estado de Minas Gerais está prevista na própria Lei Complementar 65/2003, em seu artigo 142:

“Art. 142 – Aplicam-se ao Defensor Público, subsidiariamente, a Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, e as normas atinentes aos servidores públicos civis do Estado”.

Em continuidade, tem-se que o inciso XVI, do art. 7º, da Carta Magna garante aos trabalhadores em geral “**remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal**”.

Portanto, tem-se, por aplicação do que dispõe o art. 31 da Constituição do Estado de Minas Gerais e inciso XVI do art. 7º da Constituição da República, que a remuneração, em espécie, dos serviços executados em plantões de finais de semana e em dias feriados traduz-se em direito público subjetivo dos Defensores Públicos.

No âmbito do interesse público, notadamente, verifica-se a presença do Estado como cumpridor da tarefa de executar a vontade da coletividade. Esse agir do Estado encontra ressonância no Direito Público, isto porque sua atividade está afeta ao interesse de todos e não a interesses puramente privados. Com isso, a visão do agir estatal deve ser sempre informada pela conciliação dos diversos interesses que resplandecem no seio da sociedade, a fim de que cumpra sua obrigação de bem servir seus súditos.

Consagrado com a Carta Constitucional que o direito ao repouso semanal do

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

trabalhador e a remuneração pelos serviços extraordinários – *que, como já asseverado, se estende, inclusive, aos servidores do regime estatutário, por força da redação contida no § 3º do art. 39 da mesma Constituição da República* - caracterizam-se como um direito social.

Sendo o repouso semanal e a remuneração extraordinária considerados direitos constitucionais, na categoria de direitos sociais, vislumbra-se, lapidarmente, suas inscrições em regra de ordem pública.

Nesse sentido, os ensinamentos de Alexandre Moraes:

“Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis... A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento de mandando de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e consequentemente inviabilize seu exercício” (Direito Constitucional, Atlas, p. 166).

A esse mister leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“Também se conferem aos servidores públicos titulares de cargos inúmeros direitos, dentre os previstos no art. 7º da Constituição em prol dos trabalhadores em geral. São os que ali se contemplam nos incisos a seguir arrolados. Inciso IV: salário mínimo; VI: a já mencionada irredutibilidade de vencimentos; VII: remuneração nunca inferior ao salário mínimo para quem perceba remuneração variável; VIII: 13º salário anual; IX: remuneração de trabalho noturno superior à do diurno; XII: salário-família para os dependentes; XIII: duração do trabalho diário normal não superior a oito horas e quarenta e quatro semanais; XV: repouso semanal remunerado; XVI: remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal...”.

De característica mais profunda, o princípio da legalidade deve ser observado pelo Administrador *prima facie* no que respeita a Constituição da República, porque é nela o assentamento das demais normas jurídicas. Padecendo a lei doméstica de vício inconstitucional deve o administrador agir em conformidade com a Carta Magna.

Também para Rodrigo Lopes Lourenço, deparando-se com situação onde duas normas jurídicas, de diferente hierarquia, são antagônicas, em que o cumprimento de uma significará o desrespeito de outra, a *“antinomia é resolvida através de critério lógico e até intuitivo: o hierárquico, o qual determina que se*

opte pelo preceito de maior graduação jurídica. Assim, se urna regra infraconstitucional é contrária a comando de constituição, aquela, por ser de menor hierarquia, não deve ser cumprida” (Controle da Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF, Forense, p. 167).

E neste compasso, os dispositivos insertos no art. 7º, incisos XV e XVI e no art. 39, § 3º, da Constituição da República devem ser entendidos como normas prevalentes. Volvendo a Juarez Freitas, pode-se parafrasear que:

“A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das ‘Leis Fundamentais’. Por igual, bem predica José Afonso da Silva, todos os princípios insertos numa Constituição rígida adquirem dimensão jurídica, mesmo os que de caráter mais acentuadamente programático Vale dizer, não devem ser deixados de lado, numa interpretação sistemática, porque, no sistema, não há espaço para franjas brumosas e movediças da retórica, em face até de uma presunção de racionalidade de legislador. Deflui disto que não se deve tergiversar: as normas constitucionais referentes à justiça, como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, não são meras exortações de simples valor teórico, sendo obrigatórias como todos os comandos jurídicos” (A Interpretação Sistemática do Direito, p. 54)

Frise-se, por oportuno, que os princípios jurídicos possuem uma função específica dentro do Direito, não se tratando de meras enunciações figurativas, mas de metanormas que devem orientar a interpretação e a aplicação das normas, impondo-se, portanto, a aplicação da norma constitucional em face de qualquer regra de caráter administrativo.

Visto isto, mister faz-se salientar que se no exercício fiscal-administrativo os membros da Defensoria Pública que não oficiarem em plantões de finais de semana, perceberem remuneração igual àqueles que, ao revés, laboraram em escalas de plantão, revelar-se-á tratamento desigual entre iguais. Mais ainda, o pagamento, pela Instituição Defensoria Pública, dos mesmos subsídios àqueles e a estes, sem considerar o excesso de trabalho destes últimos, indica, sem sombra de dúvidas, desrespeito aos artigos da Constituição Estadual e Federal, bem como desproporcionalidade entre a obra realizada e a contraprestação devida.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, necessário concluir que as resoluções expedidas pela Defensoria Pública Geral, disciplinando acerca da convocação de membros da Instituição para, em cooperação à Defensoria Pública de Urgências Criminais da Capital, em regime de plantão permanente, durante os finais de semana (sábado e domingo), realizar as audiências de custódia necessárias junto à Justiça Estadual, quando presos cidadãos que não estejam representados por advogados,

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA

apresentam-se formal e materialmente ilegais, sendo imperiosa a suspensão de seus efeitos. Caberia ao Conselho Superior da Defensoria Pública de Minas Gerais, por meio de deliberação, normatizar a matéria.

Ademais, a convocação de Defensores Públicos para a realização de audiências de custódia aos sábados e domingos somente seria possível se, além da prévia existência de regulamentação do Conselho Superior da Defensoria Pública de Minas Gerais acerca da matéria, e desde que plenamente fundamentada a eventual convocação para os plantões, se restringisse, de maneira vinculada, aos membros que exerçam suas atribuições junto à Defensoria Pública de Urgência Criminais da Capital, podendo ser exercida por defensores lotados em área diversa apenas voluntariamente.

Por derradeiro, impõe asseverar ser inconstitucional a norma inserta do artigo 4º da Resolução nº 183/16, posto que viole o direito fundamental social de férias.

Outrossim, a imposição de atuação extraordinária sem a devida remuneração, fere frontalmente o artigo 31, da Constituição Estadual e o inciso XVI, do art. 7º, da Carta Magna

É o parecer.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2016.

Luís Carlos Parreiras Abritta
OAB/MG 58.400

Marcelo Miranda Parreiras
OAB/MG 70.316

Iara Parreiras Cândido
OAB/MG 102.959

Iago Porto Abritta
OAB/MG 170.247

Exmo. Sr.
Dr. Eduardo Generoso
DD. Presidente da ADEP

LUIZ CARLOS ABRITTA

ADVOCACIA
