

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THALES MACHADO MIRANDA

**A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO
DEFENSOR PÚBLICO NATURAL NO PROCESSO PENAL**

**VITÓRIA
2018**

THALES MACHADO MIRANDA

**A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO
DEFENSOR PÚBLICO NATURAL NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito para conclusão do Curso de Direito.
Orientador: Prof. Mestre Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA
2018

Aos meus pais, Lúcia e Edivaldo,
incentivadores do saber e
apoiadores dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Lúcia, que nunca mediu esforços em ajudar-me de todas as formas possíveis.

Ao meu pai, Edivaldo, que, mesmo longe, faz-se presente – nossas conversas ao telefone são infinitas.

À minha irmã, Laísa, companheira da vida e das brigas.

Aos meus amigos, pelo suporte e pela compreensão.

Ao meu orientador, Gustavo Senna, que além de solidarizar-se com a causa da Defensoria Pública, incentivou-me a pesquisar mais sobre o tema e ofereceu-me toda a assistência necessária para que eu desenvolvesse o meu projeto.

A todos aqueles que, através dos seus gestos e/ou das suas palavras, contribuíram para o meu crescimento como ser humano.

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”.
José Saramago.

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar a necessidade de efetivação do princípio do defensor público natural, em especial no processo penal. O método empregado será a revisão bibliográfica e a análise documental. Inicialmente, abordar-se-á o papel desempenhado pela Defensoria Pública na defesa dos hipossuficientes e, para melhor entendê-lo, explicar-se-á de forma problematizada os conceitos de “acesso à justiça” e “princípio do defensor público natural”. Far-se-á, também, uma breve análise histórica da Defensoria Pública no Direito brasileiro. Posteriormente, discutir-se-á a questão da defesa técnica no processo penal. Através da compreensão dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa verificar-se-á como esses fundamentos protegem os litigantes da usurpação dos seus respectivos direitos. Em seguida, ao trator do fenômeno da advocacia dativa, será possível compreender as limitações daquele se comparado à capacidade de atuação do Defensor Público. Logo após, contrapor-se-á o princípio do promotor natural frente ao princípio do defensor público natural. Tal estudo permitirá constatar que, apesar de os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública possuírem atribuições semelhantes, estes últimos encontram dificuldades em exercer com plenitude as suas prerrogativas. Por fim, analisar-se-á um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e uma resolução baixada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Tais documentos servirão, conjuntamente, para a defesa do cumprimento do defensor público natural. Deixar-se-á claro que a advocacia dativa deve ser utilizada em caráter subsidiário e de forma excepcional.

Palavras-chave: Defensor natural. Advocacia dativa. Processo Penal. Defensoria Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS HIPOSSUFICIENTES	08
1.1 ACESSO À JUSTIÇA	08
1.2 BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
1.3 O PRINCÍPIO DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL	12
2 DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL	14
2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL	14
2.2 AMPLA DEFESA	15
2.3 A ADVOCACIA DATIVA	17
3 O PRINCÍPIO DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL E A ADVOCACIA DATIVA NO PROCESSO PENAL	19
3.1 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL VS PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL	20
3.2 ANÁLISE DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 10634 ..	23
3.3 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº 32/2018 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	26
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

Neste estudo, buscar-se-á demonstrar a necessidade de efetivação do princípio do defensor público natural, em especial no processo penal. Para comprovar esta tese, utilizar-se-ão referenciais teóricos provenientes de obras e documentos jurídicos.

Inicialmente, analisar-se-á de que forma a Defensoria Pública atua na defesa dos hipossuficientes. Assim, conceituar-se-á a definição de “acesso à justiça”, bem como verificar-se-á as condições que impedem muitos brasileiros de usar esse tipo de serviço. Ainda no mesmo capítulo, far-se-á uma breve análise histórica da Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro de forma a compreender como a instituição vem galgando o seu espaço ao longo do tempo. Abordar-se-á, também, a diferença entre os termos “assistência judiciária” e “assistência jurídica”. Ao final, por sua vez, explicar-se-á o que é o princípio de defensor público natural, a sua fundamentação jurídica e a sua importância.

Em seguida, discutir-se-á a questão da defesa técnica no processo penal. Buscar-se-á demonstrar como os princípios do devido processo legal e da ampla defesa protegem os litigantes da tentativa de usurpação de seus direitos. Entendida a importância desses dois institutos, falar-se-á sobre a advocacia dativa, com enfoque na diferenciação entre a atuação do Defensor Público e do advogado dativo. Verificar-se-á, ainda, de que forma a figura deste último tem a capacidade de atuação limitada se comparado àquele, já que não goza das mesmas prerrogativas.

Por fim, a comparação do princípio do defensor público natural e do promotor natural, possibilitará compreender que, da mesma forma que seu congêneres, o defensor público goza de obrigações semelhantes, sendo conferido a ele independência funcional para exercer as suas atribuições e, igualmente, competência para atuar na jurisdição que foi designado. Vale lembrar que este não pode sofrer ingerências externas sendo garantido o seu direito à inamovibilidade. Os dois últimos subitens, por sua vez, centrar-se-ão na análise de um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e uma resolução baixada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Tais documentos servirão, conjuntamente, para a defesa do cumprimento do defensor público natural, em especial no processo penal. Pretende-se deixar claro que a advocacia dativa deve ser utilizada em caráter subsidiário e de forma excepcional.

1 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS HIPOSSUFICIENTES

1.1 ACESSO À JUSTIÇA

Antes de se aprofundar no estudo da instituição Defensoria Pública, é necessário entender o conceito de “acesso à justiça”. Tal abordagem mostra-se relevante pois trata-se de uma das esferas de atuação do órgão supracitado. Sem esse conhecimento prévio, tornar-se-á prejudicada a compreensão do conteúdo que será apresentado posteriormente.

Giudicelli, ao analisar a relação entre o alcance da justiça e o ser humano, faz a seguinte ponderação:

[...] o acesso à justiça faz parte da noção de mínimo existencial que, por sua vez, configura o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em efetiva proteção de dignidade humana sem que existam instrumentos suficientes e aptos para possibilitar ao cidadão o exercício de direitos em caso de violação/omissão por parte do Estado¹.

Vê-se que a aproximação do cidadão ao Poder Judiciário é uma forma daquele resguardar os seus direitos, sobretudo, aqueles considerados essenciais à sua existência. Na ocorrência de um distanciamento elevado entre essas duas figuras, ocorre a marginalização dos indivíduos economicamente vulneráveis, fator impeditivo para combater arbitrariedades perpetuadas, muitas vezes, pelo próprio Estado.

Aliás, é notória a contradição entre o discurso presente no ordenamento jurídico e os atos da Administração Pública. Na esfera constitucional, por exemplo, encontram-se

¹ GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50.

dois dispositivos nos quais “formam aquilo que pode se chamar de direito fundamental de acesso à Justiça”², são eles: o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) e a assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV)³. Ambos, lamentavelmente, não são aplicados de forma ampla, haja vista a enorme dificuldade que uma parcela considerável da população brasileira tem em garantir que os seus direitos fundamentais sejam resguardados.

De acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil⁴, em 2014, a média nacional de comarcas atendidas pelas Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal é cerca de 40%. Ou seja, há, ainda, um enorme déficit que precisa ser cumprido.

Nem mesmo a Emenda Constitucional 80/2014 parece oferecer uma perspectiva positiva para o futuro. Tal norma prevê que “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais [...]”⁵. No entanto, faltando menos de 4 anos para que o prazo seja encerrado, várias unidades da federação encontram sérios desafios para capilarizar o atendimento da instituição em seus respectivos territórios. Nos estados da Bahia e de São Paulo, por exemplo, onde a situação é mais crítica, para que a meta seja atingida, de 2015 a 2022, o atendimento deverá ser expandido a uma média de 30 comarcas anualmente⁶.

Será a perpetuidade dessa situação intencional? Afinal, um cidadão consciente e próximo ao sistema de justiça, além de atuar na defesa dos seus direitos, corrobora para que o Estado não deixe de cumprir as suas obrigações com toda a sociedade, seja em atos comissivos ou omissivos.

² Ibid., p. 13.

³ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁴ GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

⁵ BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA, 2015 *apud* GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos, op. cit, nota 3.

Nesse sentido, a atuação da Defensoria Pública, na prestação de assistência jurídica, serve como uma verdadeira facilitadora ao acesso à justiça. Caso não haja incentivos à sua ampliação e fortalecimento, um grande contingente populacional continuará invisível aos olhos da justiça.

Assim sendo, a fim de compreender de forma ampla o serviço prestado pela instituição, analisar-se-á resumidamente a atuação da mesma no Direito brasileiro ao longo das últimas décadas. Conjuntamente, abordar-se-á os termos “assistência jurídica” e “assistência judiciária”, preceitos que fazem parte da história da Defensoria Pública.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

No art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, é assegurado que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁷. Mas o que viria a ser “assistência jurídica”?

Na concepção de Fensterseifer,

[...] pode-se dizer que assistência judiciária ou judicial está incorporada à assistência jurídica, que seria (esta última) um conceito mais amplo, uma vez que agrega também todo espectro da atuação extrajudicial desempenhada pela Defensoria Pública (orientação jurídica, educação em direitos, práticas extrajudiciais de resolução de conflitos, como mediação, conciliação, litigância estratégica etc.), tanto em sede da tutela e promoção dos direitos individuais quanto, mais recentemente, também os direitos de natureza coletiva.⁸

Pois bem, após a leitura do enxerto, é possível depreender que a assistência jurídica engloba o conceito de assistência judiciária, uma vez que aquela extrapola os limites

⁷ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 64.

do judiciário. Nesta nova posição que vem sendo adotada pela Defensoria Pública, fomenta-se a utilização métodos alternativos de resolução de conflitos e, ao mesmo tempo, promove-se a orientação jurídica e a educação em direitos. Não se pode esquecer, também, da promoção dos direitos de natureza coletiva.

De certo, é bom lembrar que nem sempre a instituição gozou de prerrogativas tão amplas como hoje. A própria Defensoria, “como instituição organizada é, de certa forma, um fenômeno recente”⁹. Nas Constituições anteriores, havia apenas um texto genérico que deixava livre cada unidade da federação adotar o modelo de assistência que concebesse adequado.

Além da falta de uniformização, uma característica comum era a limitação à assistência judiciária. Esta, diferentemente da assistência jurídica, “[...] abrange a defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecida pelo Estado, havendo a possibilidade de desempenho por entidades não estatais ou advogados isolados, conveniados ou não com o Poder Público [...]”¹⁰. Assim, durante um grande período de tempo, o auxílio prestado aos hipossuficientes não ultrapassava os limites de fóruns e tribunais, já que se priorizava a nomeação do advogado para um ato específico. Soluções extrajudiciais e orientações individuais/coletivas, por sua vez, eram preteridas.

Tal orientação foi seguida nas constituições de 1934, 1946 e 1967. Somente após a promulgação da Carta Magna de 1988 que houve uma mudança radical na forma que essa questão foi tratada pelo Estado¹¹. Destaca-se a elevação da assistência jurídica gratuita como direito fundamental, em substituição à mera assistência judiciária. E, de forma pioneira no constitucionalismo mundial, foi criada uma instituição específica para este fim, a Defensoria Pública¹².

⁹ ROCHA, Bheron.; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 32.

¹⁰MORAES apud FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 66.

¹¹ Ibid., p. 63.

¹² GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 66.

Engana-se, no entanto, quem acredita que tal reconhecimento foi suficiente para que as autoridades públicas cumprissem os seus deveres constitucionais. Nos trinta anos de vigência da atual Carta Cidadã, destacam-se as fortes pressões para a criação de políticas públicas direcionadas à efetivação do órgão, bem como à sua regulamentação. Entre as conquistas, merecem destaque

as Emendas Constitucionais 45/2004 e 80/2014 que, entre outras diversas alterações, separaram a Defensoria da advocacia em uma seção específica, reconheceram o seu caráter de instituição permanente, atribuindo-lhe novas funções, enquanto expressão e instrumento do regime democrático, e concedendo-lhe novas garantias, tais como funcional e administrativa, igualando-a em importância à Magistratura e ao Ministério Público enquanto instituições integrantes do sistema de justiça.¹³

Essas alterações abriram espaço para que a instituição pudesse exercer as suas atribuições de maneira independente, sem ingerências do Poder Executivo, como outrora era visto. Dessa forma, ao lado da Magistratura e do Ministério Público, poderá aquela promover transformações sociais que se puserem necessárias.

1.3 O PRINCÍPIO DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL

Para que haja mudança, é necessário a presença. E, nesse caso, como demonstrado anteriormente, o enorme déficit de defensores públicos no Brasil é um empecilho para alteração do panorama atual.

Notadamente, não faz sentido o Estado prever a existência do Estado-Defensor, na figura da Defensoria Pública, conforme o art. 134, da CF¹⁴, se a sua expansão não é promovida de maneira efetiva. De acordo com o Mapa da Defensoria Pública no Brasil de 2013, há em todo o território brasileiro 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos. Estes últimos ocupam 59,5% de um total de 8.489 cargos existentes¹⁵.

¹³ GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 66.

¹⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁵ MOURA, T. W. et al. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Edição dos Autores, 2013.

Diante desses dados, é evidente que há uma atenção especial à figura do Estado-Acusador, representado pelo Ministério Público, e do Estado-Julgador, na figura do Poder Judiciário, em detrimento do Estado-Defensor. Essa realidade, segundo Giudicelli, impede que a defesa influa de maneira satisfatória no desfecho da lide¹⁶.

Um dos fatores determinantes para a busca de um equilíbrio entre diversas formas de atuação do Estado diante do ordenamento jurídico é o cumprimento do Princípio do Defensor Público Natural. Este preceito, segundo Esteves, transmite o entendimento que deve existir “um órgão de atuação ou execução, previamente investido de atribuição, mediante lei ou ato normativo interno da própria Defensoria Pública, observando-se critérios objetivos na fixação dessa atribuição¹⁷”.

Isto posto, “quer-se dizer com isso que o assistido da Defensoria Pública tem o direito a ser atendido não por um Defensor Público de sua escolha ou indicado de forma *ad hoc* por terceiros, mas sim por um Defensor Público com atribuição para atuar naquela situação através de regras já pré-fixadas¹⁸”.

Toda essa preocupação visa impedir que o agente responsável pela defesa dos interesses do assistido não sofra intervenções externas. Exercer a independência funcional não pode ser um obstáculo, caso contrário haverá prejuízos na condução do devido processo legal.

Interessante observar que houve um período no qual juízes e promotores poderiam ser nomeados “para o ato” e não havia garantia de inamovibilidade. No caso da Defensoria Pública, só houve positivação do referido preceito através da Lei Complementar 132/09, que acrescentou à Lei Complementar 80/1994 o inciso IV, do art. 4º-A¹⁹. Com essa complementação, a Lei Orgânica da Defensoria Pública, norma que prescreve diretrizes gerais de organização e atuação da instituição, obtém um grande avanço.

¹⁶ GIUDICELLI, op. cit., p. 55, nota 11

¹⁷ ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 834.

¹⁸ GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 98.

¹⁹ BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 7 DE OUTUBRO DE 2009**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

A disposição seguinte foi adicionada ao seu conteúdo normativo:

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:

[...]

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural;

Percebe-se então que a positivação do princípio reafirma a ausência de pressuposto na nomeação de advogados dativos nas comarcas em que há ao menos um defensor investido no cargo. É, de fato, uma afronta que ele não seja intimado a ingressar na ação. Ainda que a unidade da Defensoria Pública não esteja totalmente estruturada, seguindo o princípio analisado, o defensor público competente pela jurisdição deveria ser notificado e após a sua ciência, havendo recusa, nomear-se-ia advogado para o ato.

Apresentados alguns dos elementos essenciais para compreensão da atuação da Defensoria Pública, prosseguir-se-á para análise da defesa técnica no processo penal. No próximo capítulo, serão abordados conceitos como “devido processo legal”, “ampla defesa” e “advocacia dativa”, requisitos indispensáveis para o estudo que realizar-se-á posteriormente.

2 DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL

2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

No inciso LIV, art. 5º, da Constituição Federal de 1988²⁰, é assegurado que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De forma expressa, percebe-se que o legislador foi sucinto em relação à matéria. A dúvida, no entanto, paira na qualificação de “devido processo legal”. Quais seriam os requisitos a serem cumpridos para que a lide fosse conduzida de modo paritário?

²⁰ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

Badaró²¹ defende que essa questão deva ser analisada sob duas perspectivas: processual e material. A primeira diz respeito ao aspecto formal, no qual “a pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante autoridade competente, tendo como alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”²². A segunda, por sua vez, está ligada à esfera da aplicação e elaboração da norma, com ênfase na observação à razoabilidade, à adequação e à correição²³.

Desse modo, restou ultrapassada a ideia de que bastava ficar adstrito às minúcias da lei para evitar riscos ao resultado do processo. Na prática, além dos protocolos a serem seguidos, é necessário, sobretudo, aplicar a norma em conformidade com o caso concreto.

2.2 AMPLA DEFESA

No subitem anterior, buscou-se demonstrar que mero preciosismo é insuficiente para a boa condução do processo. Insistir nessa prática é, simplesmente, afastar-se de uma realidade social além das salas de audiência. No prosseguimento da discussão, verificar-se-á de que modo a observância ao “princípio da ampla defesa” pode influir na decisão final do julgador.

Nas palavras de Badaró, é possível bipartir o direito de defesa em:

(1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre acusação e defesa.²⁴

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 92.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 87.

²³ Ibid., p. 87.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 92.

Aqui, a discussão será restringida à defesa técnica, já que a mesma se encontra estritamente ligada ao tema deste estudo. De modo algum desconsidera-se a importância da autodefesa, mas, por critérios metodológicos, optar-se-á pelo enfoque daquela.

No contexto de prestação de assistência judiciária aos hipossuficientes, cabe o questionamento: há paridade de armas entre acusação e defesa? De fato, existem inúmeros advogados com notório saber jurídico, todavia, tendo ciência dos atos do processo momentos antes da audiência, serão eles capazes de defender o acusado de forma satisfatória? Uma defesa que não tem conhecimento dos principais argumentos apresentados pelas partes durante o processo e que tem pouco ou nenhum diálogo com o assistido, certamente, não pode resguardar o direito da ampla defesa em sua plenitude.

Tal falha caracteriza-se uma ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988²⁵. Segue abaixo a transcrição do dispositivo:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo nosso)

Em sede infraconstitucional, o Código de Processo Penal (1941) reforça a importância da defesa. Isso é explícito no art. 396, §2º²⁶ que apresenta o seguinte conteúdo:

Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Ou seja, de modo diverso ao que ocorre no processo civil, não há revelia. Nesse caso, o réu, obrigatoriamente, deve apresentar defesa técnica. Se aquele não constituir advogado nos autos por iniciativa própria, o magistrado nomeará defensor público e, na falta desse, advogado dativo.

²⁵ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

²⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

E, justamente, ao redor dessa última figura há uma polêmica. Ora, compreendendo-se a importância da defesa técnica no processo penal, é inadmissível que um advogado tome conhecimento da causa nos momentos seguintes à nomeação.

Nem mesmo se houver nomeação para a causa, ao invés de para o ato, pode-se ter certeza que haverá um processo paritário. Como profissional liberal, certamente, o advogado priorizará os casos em que há probabilidade de auferir maiores lucros. Como é sabido, frequentemente os estados atrasam o pagamento dos atos jurídicos realizados, além de não respeitarem a tabela de honorários produzida pela própria OAB.

Essa é apenas uma rápida abordagem sobre as consequências negativas da advocacia dativa. Logo mais, através de diferentes recortes, poder-se-á compreender com mais clareza a extensão desse fenômeno.

Antes disso, no entanto, é preciso entender o que é a advocacia dativa. No subitem a seguir, através de uma análise crítica buscar-se-á explicá-la.

2.3 A ADVOCACIA DATIVA

Ao comparar, lado a lado, a atividade defensorial e a atividade advocatícia dativa é possível diferenciar com facilidade tais formas de atuação. Na primeira, como já demonstrado anteriormente, o operador jurídico vai além da defesa técnica, “há um compromisso institucional com o acesso à justiça e seu papel transformador”²⁷. No caso da advocacia dativa, é comum a prestação de apenas um ato processual. Obviamente, o advogado pode ser designado a acompanhar o processo desde o início, cabe lembrar, no entanto, que o mesmo não está vinculado à causa.

²⁷ ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e transformação social. **Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005. Disponível em: < <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/755/1617>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

Poder-se-ia argumentar que, pelo princípio da indivisibilidade, os membros da Defensoria Pública poderiam substituir-se uns aos outros e, de forma semelhante à advocacia dativa, haveria prejuízo ao acusado. Ocorre que os defensores públicos exercem atividade totalmente voltada ao auxílio dos necessitados, sendo criados núcleos de atendimento específicos para determinados tipos de demanda.

Não encontra fundamento, portanto, a ideia de que o assistido teria a sua defesa técnica prejudicada por uma possível substituição de defensores públicos. A propósito, nada impede que os defensores lotados em um mesmo núcleo comuniquem-se entre si. Melhor dizendo, existe comunicabilidade entre núcleos e entre toda a instituição. Há, por exemplo, defensorias que adotam um sistema de dados dos assistidos, o que auxilia ainda mais nessa tarefa. Na Defensoria Pública do Estado do Tocantins, por exemplo, utiliza-se o “Solução Avançada em Atendimento de Referência” (SOLAR). O sucesso da ferramenta foi tão grande que servidores da área de Tecnologia da Informação (TI) de outras defensorias foram a Palmas conhecer o *software*²⁸.

Ao olhar novamente para os advogados dativos, é difícil enxergar essa troca de informações. Sem dúvida, haverá prosseguimento na lista de dativos, todavia, não ocorrerá comunicação entre os mesmos. Isso na possibilidade de existir uma organização mínima entre aqueles que realizaram o cadastro. Diante da não formulação de um acordo de cooperação entre o Tribunal de Justiça local e a Seccional da OAB da região, é bem provável que a nomeação ocorra de forma livre, sem critérios pré-fixados. No estado do Espírito Santo, essa prática já se mostrou ruim, haja vista o recente caso da “farra dos dativos”²⁹.

²⁸ OLIVEIRA, Cléo. **Técnicos de Defensorias no Centro-Oeste, Norte, Nordeste e DF estão em treinamento na DPE-TO.** Palmas, 22 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.to.def.br/noticia/26614>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

²⁹ BARROS, Rafael Monteiro de. **OAB-ES denuncia que judiciário favoreceu a contratação de dativos.** Vitória, 26 out. 2017. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2017/10/oab-es-denuncia-que-judiciario-favoreceu-a-contratacao-de-dativos-1014105169.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.

Em contraste, ao tratar das possibilidades de atuação dos defensores, Rocha vai além e explora essa realidade. Em suas palavras, diz o seguinte:

É a Defensoria Pública, desta forma, a responsável pela descoberta do verdadeiro problema que aflige o brasileiro excluído [...]. Tal descoberta é viabilizada por um atendimento digno, estruturado, inserido em uma verdadeira rede de cidadania, mediante estrutura humana e material na conformidade da determinação constitucional.³⁰

Logo, é notável o impacto de uma Defensoria Pública forte, autônoma e estruturada. Do atendimento inicial à sustentação oral em tribunais superiores, é oferecido ao assistido toda uma rede de suporte. Desse modo, com a devida orientação poder-se-á definir com precisão a via adequada para a resolução do conflito.

3 O PRINCÍPIO DO DEFENSOR PÚBLICO NATURAL E A ADVOCACIA DATIVA

Agora, frente a todo o aporte teórico apresentado para compreensão do objeto de estudo deste trabalho, prosseguir-se-á para o capítulo final. Neste, inicialmente, explorar-se-á a recente equiparação da Defensoria Pública ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. No tocante a este último, pela relação de proximidade das funções desempenhadas pelos seus membros e os da defensoria, analisar-se-á, comparativamente, o princípio do promotor natural e o princípio do defensor natural.

Em seguida, examinar-se-á um caso de referência julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, na verdade, de recurso ordinário em habeas corpus. Na peça, a Defensoria Pública da União sustenta a existência de nulidade processual devido a não intimação da instituição para comparecer em audiência designada em juízo deprecado. Justifica, ainda, não haver cabimento a nomeação de advogado dativo na comarca onde há Defensoria Pública estruturada. A decisão do órgão colegiado é

³⁰ ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e transformação social. **Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005. Disponível em: < <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/755/1617>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

emblemática, uma vez que rompe com o paradigma que vinha sendo adotado pela Corte.

Por último, apresentar-se-á a resolução nº 32/2018, disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES) em outubro de 2018. O documento regulamenta a nomeação de advogados para atuarem como dativos em processos no estado. Essa era uma reivindicação antiga da OAB/ES, mas que tem reflexos diretos na atividade da Defensoria Pública. Assim sendo, far-se-á uma revisão crítica a este dispositivo com a seguinte indagação: será que tal instrumento é capaz de conter os abusos e evitar os excessos até então vistos?

3.1 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL VS PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL

Um dos grandes passos para a consolidação da Defensoria Pública foi a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 247/2013, posteriormente transformada na Emenda à Constituição 80/2014³¹. O referido dispositivo se destacou por trazer uma série de inovações para instituição. Na visão de Paiva³², é possível defini-las em quatro, são elas:

- 1) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia;
- 2) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública;
- 3) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e
- 4) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

³¹ BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

³² PAIVA, Caio. EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública. **Conjur**, 6 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

O item 1, a princípio, pode não significar um grande avanço, visto que houve um “mero” desmembramento na Seção III, do Título IV, da CF/88. A questão, no entanto, está longe de ser um simples rearranjo organizacional. Tal alteração carrega consigo uma simbologia enorme. A mudança “permite realçar a **diferença** entre as atividades desses profissionais (defensor público e advogado), salientando, igualmente, o caráter público de uma e privado de outra”³³.

Quanto aos itens 2 e 3, destaca-se a contribuição de ambos em delinear, do ponto de vista constitucional, o papel da Defensoria Pública. A inclusão dos princípios da entidade, bem como a explicação ampla da sua missão e do seu conceito, além de contribuírem para compreensão do que de fato é a instituição, afasta possíveis dúvidas quanto à sua natureza.

Já o item 4, de extrema relevância para este estudo, merece atenção especial. No §4º, do art. 134, da CF/88, vê-se que o disposto no art. 93 e no II, do art. 96, ambos do mesmo diploma, também se aplicam, no que couber, à Defensoria Pública³⁴. Desse modo, constitucionalmente fica estabelecida a equiparação entre os magistrados, os membros do Ministério Público e os defensores públicos. Isso significa, de maneira simplificada, que os representantes de cada uma das três categorias estão sujeitos a estatutos semelhantes.

Quando se compara o *parquet* à defensoria, nota-se que a relação entre os dois é ainda mais estreita. Pelas próprias funções desempenhadas, já é de se esperar que o Estado-julgador assumira uma posição de afastamento. Por outro lado, acusação e defesa, são duas faces da mesma moeda. Uma não existe sem a outra.

Partindo dessa ideia, mostra-se necessário constatar que assim como o princípio do promotor natural é fundamental para o Estado-acusador, o princípio do defensor natural é igualmente importante para o Estado-defensor.

³³ ROSSÉS, José Pedro Oliveira. O fortalecimento da Defensoria Pública no Brasil com a Emenda Constitucional nº 80/2014. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29527>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

Gomes³⁵ é preciso ao descrever o princípio que é garantido aos membros do Ministério Público. Segundo ele:

O princípio do promotor natural consubstancia-se na garantia de que ninguém será acusado e processado senão pela autoridade competente, sendo vedada a designação de promotor de exceção. Este princípio é fundamental para se preservar a independência e imparcialidade do Ministério Público, em todas as esferas de sua atuação. Mas, sobretudo, representa uma garantia aos interesses da coletividade como um todo.

Em vista disso, chama atenção o fato de o principal beneficiado da aplicação desse princípio ser a sociedade como um todo, muito embora a prerrogativa dirija-se aos nomeados para o cargo. Em outras palavras, ao mesmo tempo que se impede qualquer tipo de ingerência externa no processo de convencimento do acusador, protege-se, sobretudo, os interesses da comunidade. Isso se verifica nas demandas em que são objeto os direitos indisponíveis e sociais³⁶.

Na concepção do autor, “seria uma evidente violação da isonomia se o promotor fosse ‘escolhido’, já que tal escolha poderia ocultar interesses políticos ou econômicos por detrás”³⁷. Trata-se de um direito do cidadão saber, de antemão, quem será a autoridade competente para atuar na promotoria.

O mesmo raciocínio se aplica aos defensores. Não encontra respaldo a nomeação prévia de advogado *ad hoc* em comarcas onde a Defensoria Pública esteja presente. O próprio Estatuto da OAB corrobora com a aludida tese. No §1º, do art. 22, do regulamento, há a seguinte previsão: “o advogado, quando indicado para patrocinar a causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local de prestação do serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”³⁸.

³⁵ GOMES, Magno Frederico et al. O princípio do promotor natural. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, v. 61, n. 423, p. 51-74. Jan. 2013.

³⁶ Ibid.

³⁷ GOMES, Magno Frederico et al. O princípio do promotor natural. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, v. 61, n. 423, p. 51-74. Jan. 2013.

³⁸ BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

Desse modo, na inviabilidade de o acusado constituir um advogado, a Defensoria Pública deve ser intimada a habilitar-se nos autos. Somente esta poderá dispensar a causa, verificada as suas possibilidades de atendimento. Caso haja negativa, ocorrerá então, o envio de ofício ao magistrado e a posterior nomeação de advogado dativo.

Por fim, o entendimento de Giudicelli é certo ao transmitir com exatidão um dos pontos centrais defendidos neste subitem: a importância do princípio do defensor público natural. Lado a lado com seus congêneres, esse não deixa de ser mais ou menos importante. É, assim como os demais, essencial. Nas palavras do autor³⁹:

Fica, portanto, consagrado o papel do Defensor Público enquanto agente político membro de uma instituição una e indivisível, com atribuições previamente estabelecidas e imunes a influências externas indevidas, distintas da advocacia privada e vocacionada à prestação, em regime de exclusividade, do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita ofertada pelo Estado.

3.2 ANÁLISE DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 10634

Em 30 de outubro de 2012, o STF prolatou acórdão que rompeu um paradigma consolidado pela própria Corte. De forma surpreendente, os Ministros decidiram pela mitigação da jurisprudência que afirma que intimadas as partes da expedição da carta precatória, caberia a elas o respectivo acompanhamento, dispensando-se a intimação informando a data determinada para audiência no juízo deprecado. Tal, efeito, no entanto, estende-se apenas à Defensoria Pública. Eis a íntegra da ementa⁴⁰:

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. EXPEDIÇÃO CARTA PRECATÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO *AD HOC*. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA.

1. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal – e na mesma linha a do Superior Tribunal de Justiça -, no sentido de que, intimadas as partes da expedição da precatória, a elas cabe o respectivo acompanhamento, sendo desnecessária a intimação da data designada para a audiência no Juízo deprecado.

³⁹ GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: consolidação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 106.394 / MG**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 1. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

2. Mitigação desse entendimento em relação à Defensoria Pública. As condições da Defensoria são variadas em cada Estado da Federação. Por vezes, não estão adequadamente estruturadas, com centenas de assistidos para poucos defensores, e, em especial, sem condições de acompanhar a prática de atos em locais distantes da sede do Juízo. Expedida precatória para localidade na qual existe Defensoria Pública estruturada, deve a instituição ser intimada da audiência designada para nela comparecer e defender o acusado necessitado. Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente. Nulidade reconhecida.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido.

De acordo com o voto da relatora, Ministra Rosa Weber, é preciso levar em consideração a situação das defensorias no país. Cada unidade da federação apresenta características distintas. Por vezes, há aquelas que possuem uma estrutura melhor, maior quantidade de defensores públicos, quadro de servidores mais extenso, dentre outros. Essa realidade afeta diretamente a qualidade dos serviços prestados. Nesse contexto, torna-se difícil acompanhar apropriadamente a prática de atos em comarcas distantes da sede do juízo⁴¹.

Logo, é injustificável a nomeação de advogado dativo nas localidades onde há instituição criada e habilitada para a defesa do hipossuficiente. No caso em pauta, tal cautela não foi tomada, sendo possível reconhecer o vício afirmado pelo Recorrente. Ainda segundo a Ministra, pelo fato de a oitiva da vítima ser considerada um ato instrutório relevante, presume-se prejuízo, já que não houve a correta intimação da Defensoria Pública local.

Em concordância com o voto da Relatora, o Ministro Marco Aurélio Mello apresenta um questionamento relevante. “O Juiz designa, com antecedência, o dativo para a audiência, notando a ausência de defensor? Não. Ele o faz em cima do laço. A pessoa não conhece o processo e prestará assistência simplesmente formal”⁴². Esse tipo de “auxílio” é inteiramente contrário ao princípio da ampla defesa. Por meio de uma defesa técnica praticamente inexistente, põe-se em risco não só a liberdade do assistido, mas toda a sua trajetória.

⁴¹ Ibid., p. 8.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 106.394 / MG**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 11. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

O Ministro Luiz Fux ainda nos lembra que, segundo a Lei Orgânica da Defensoria, os defensores públicos têm direito à intimação pessoal⁴³. O art. 44, I, do referido diploma afirma que são prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: “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”⁴⁴.

Na esteira desse entendimento, Tiago Bertão de Moraes⁴⁵ explica:

Esta prerrogativa da intimação pessoal mostra-se necessária, porque o Defensor Público não tem condições, principalmente por ausência de estrutura, de acompanhar as intimações realizadas nos Diários Oficiais. Também se revela imprescindível, no controle dos prazos, já que é humanamente impossível controlá-los de forma manual, por meio de agenda, tabelas, ante ao imenso número de processos sob a responsabilidade dos Defensores Públicos.

Franklyn Roger e Diogo Esteves⁴⁶, reforçam o apresentado por Moraes:

[...] a prerrogativa de intimação pessoal formalizada pela entrega dos autos com vista contemplada pela Lei Complementar nº 80/1994 confere aos membros da Defensoria Pública a possibilidade de serem intimados pessoalmente da decisão, mesmo que prolatada em audiência. Isso porque, com a intimação pessoal, o Defensor Público pode examinar os autos com mais cautela e avaliar os elementos lá existentes, de modo a construir o seu embasamento recursal.

Não só a Lei Orgânica da Defensoria Pública garante esse direito, o art. 370, §4º do Código de Processo Penal⁴⁷ é claro ao estabelecer que a instituição deve ser intimada pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade:

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 106.394 / MG**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 13. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

⁴⁴ BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁴⁵ MORAES, Tiago Bertão de. **A prerrogativa da intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública e o novo CPC**. Disponível em: < http://www.justificando.com/2016/10/21/prerrogativa-da-intimacao-pessoal-dos-membros-da-defensoria-publica-e-o-novo-cpc/#_ftnref3>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴⁶ ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 16 nov. 2018.

[...]

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.

Igualmente, não se pode esquecer da Lei 1060/50. Esta norma infraconstitucional ainda vigente, apesar da antiguidade, continua relevante nos dias de hoje. Seu conteúdo prevê as diretrizes para o fornecimento de gratuidade de justiça e assistência judiciária a todos aqueles que se declararem pobres perante a lei. No teor do art. 5º, §5º⁴⁸, já era prevista orientação semelhante ao encontrado na LC 80/94:

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

[...]

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

Dessa forma, não restam dúvidas do quão expressivo foi o acórdão prolatado pelo STF. Em decisão unânime, deu-se mais um passo para a consolidação da Defensoria Pública.

3.3 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO Nº 32/2018 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Como afirmado anteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES), na tentativa de organizar os advogados cadastrados na lista de dativos e evitar novas fraudes, baixou, em outubro deste ano, uma nova resolução. Tal documento estabeleceu critérios para a nomeação de dativos, levando em consideração a inexistência ou insuficiência, da prestação de serviços jurídicos pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo.

⁴⁸ BRASIL. **LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Nesta nova deliberação, a OAB/ES, em sistema próprio, realizará a inscrição dos advogados interessados. Em seguida, elaborar-se-ão listagens com dados daqueles que manifestaram interesse. Essas listas serão enviadas aos seus respectivos juízos e os magistrados ficarão obrigados a cumpri-las. Nesse caso, a progressão da lista dar-se-á por critérios pré-fixados na própria resolução. É o disposto no art. 2^o⁴⁹:

A nomeação do defensor dativo é atividade exclusiva do Magistrado, que, visando conferir tratamento igualitário aos profissionais que se disponibilizem ao exercício do múnus, respeitará, preferencialmente, o sistema de rodízio sequenciado entre os advogados previamente inscritos em lista elaborada e fornecida pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Espírito Santo (OAB/ES), com periodicidade anual.

A adoção da referida medida impede que ocorram arbitrariedades durante as nomeações. Com o sistema de rodízios, é possível haver, de fato, uma efetiva rotatividade entre os advogados inscritos. Desse modo, evita-se a designação de atos somente para uma minoria previamente selecionada.

Importa destacar que o caráter subsidiário da atuação dos advogados dativos ainda permanece. Nas comarcas em que há Defensoria Pública, esta deve ser intimada a fim de que haja uma prévia oitiva quanto às suas possibilidades de atuação. O art. 1^o, §2^o⁵⁰, da resolução, é claro:

Nas Comarcas ou Juízos em que atuar a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a nomeação de advogados para funcionarem como dativos dependerá de prévia oitiva daquela instituição quanto à possibilidade, ou não, de efetivamente prestar a adequada e célere assistência jurídica à parte, apenas sendo possível a referida nomeação em casos de impossibilidade.

Fentenseifer é preciso ao apontar o porquê dessa atuação secundária da advocacia dativa.

[...] enquanto o Defensor Público integrante de carreira específica dedica-se exclusivamente ao atendimento da população que necessita de serviços de assistência, o advogado privado convertido em defensor dativo certamente

⁴⁹ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Tribunal Pleno. Resolução nº 32, de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de disponibilização: 22 out. 2018. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/709940?view=content>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁵⁰ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Tribunal Pleno. Resolução nº 32, de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de disponibilização: 22 out. 2018. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/709940?view=content>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

prioriza, por uma questão de limitação da jornada de trabalho, os seus clientes que podem oferecer uma remuneração maior do que aquela que é repassada pelo Estado, a qual observa a tabela de remuneração básica dos serviços de advogado.

Assim, qualquer tentativa de conferir a outro operador jurídico as competências precipuamente designadas ao Defensor Público é infrutífera. Somente este último possui atribuições voltadas exclusivamente para defesa dos hipossuficientes, seja na esfera individual ou coletiva.

Por falar em exercício da delegação, mostra-se um avanço a excepcionalidade conferida à nomeação para prática de ato específico. Agora, a designação de advogado dativo será feita prioritariamente para o patrocínio de todo o processo. É o que diz o art. 3^o⁵¹:

A nomeação do advogado dativo será feita para patrocínio de todo o processo, podendo, excepcionalmente, ser nomeado para a prática de ato específico, a depender da necessidade do caso concreto, devendo o nomeado ser cientificado expressamente acerca da extensão de sua nomeação e declarar a aceitação do múnus nos autos.

Tal mudança possibilita um contato maior entre o advogado e o assistido, fator imprescindível para que se consiga compreender as especificidades do caso concreto. Isso permite que o jurista ofereça uma defesa embasada e de maior qualidade, muito além do simples formalismo.

O presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Espírito Santo (Adepes), Pedro Paulo Coelho, no entanto, vê com ceticismo a adoção de tal resolução. De acordo com membros da associação, a Defensoria Pública do estado não conta com orçamento adequado para a execução de suas finalidades. Além disso, dos 269 cargos criados, há apenas 167 defensores ativos, tendo a sua atuação restrita a apenas 26 dos 78 municípios capixabas⁵².

⁵¹ Ibid.

⁵² BAPTISTA, Jussara. **OAB-ES vai passar a fazer lista de advogados dativos para nomeação.** Disponível em: <https://seculodiario.com.br/public/jornal/materia/oab-es-vai-passar-a-fazer-lista-de-advogados-dativos-para-nomeacao>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Como demonstrado anteriormente, a Emenda à Constituição 80/2014⁵³ estabelece que deve haver um Defensor Público para cada unidade jurisdicional até 2022. Essa realidade, todavia, parece distante de se concretizar no Espírito Santo, onde nem metade das comarcas conta com Defensor Público empossado.

O governo do Estado afirma que a falta de investimento na instituição é motivada pela ausência de recursos. No entanto, segundo dados da Adepes, enquanto a Defensoria sofre com a redução do seu orçamento ao longo dos anos, o total gasto com a nomeação de dativos só vem aumentando. Em 2016, foram despendidos R\$ 6 milhões de reais, valor que dobrou em 2017 para R\$ 12 milhões⁵⁴.

Coelho explica que os gastos são ainda maiores, já que o valor total empregado não se restringe ao pagamento dos atos praticados pelos advogados, há os honorários. Tal aporte, no entanto, não é repassado pelo Estado⁵⁵.

⁵³ BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁵⁴ BAPTISTA, Jussara, op. cit., nota 43.

⁵⁵ Ibid.

CONCLUSÃO

A análise do princípio do defensor público natural frente a três situações distintas permitiu verificar que ainda há muitos obstáculos a serem vencidos. Um deles é a falta de interesse político dos governadores locais na realização de investimentos na instituição. O orçamento reduzido restringe a aplicação de verbas destinadas à estruturação do órgão e à nomeação de novos defensores. Tal situação põe-se como impeditivo à expansão e à capilarização da Defensoria Pública nos estados.

Ao comparar o princípio do promotor natural e o princípio do defensor público natural, ficou evidente que não há paridade de armas entre o Estado-acusador e o Estado-defensor. O quantitativo de membros no Ministério Público e na Defensoria Pública já é um bom indicativo dessa desigualdade. Nesse sentido, qualquer tentativa de priorizar a nomeação advogados dativos não encontra respaldo legal. Nas comarcas onde há Defensoria Pública, sempre o órgão deve ser consultado previamente em relação às suas possibilidades de atuação. É o Defensor Público o sujeito jurídico originalmente competente para realizar a defesa dos hipossuficientes na jurisdição que atua.

Em relação ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus 106.394 MG, o debate girou em torno de uma suposta nulidade no procedimento penal. No caso, o STF buscou verificar se expedida a intimação da carta precatória, era necessária a intimação do Defensor Público no juízo deprecado. Os ministros, de forma imprevisível, resolveram mitigar o entendimento até então consolidado na Corte e abrir uma exceção para a Defensoria Pública. Os argumentos tiveram como base as condições precárias da instituição em muitos estados, bem como a prerrogativa de intimação pessoal que os Defensores Públicos gozam.

Quanto à Resolução nº 32/2018, do TJ/ES, vê-se como acertada a delegação à OAB/ES a responsabilidade de realizar o cadastramento de advogados dativos e de enviar as listagens de cadastrados às respectivas unidades jurisdicionais de interesse. É uma forma de evitar abusos e excessos até então vistos. Antes, uma minoria de advogados se beneficiava de uma parte considerável das verbas destinadas ao

pagamento de dativos. Como a mudança, as regras de nomeação estão mais precisas, podendo haver, de fato, uma rotatividade entre os inscritos.

Apesar dos benefícios que a resolução trouxe, também é preciso olhar com cautela para o fenômeno da advocacia dativa. É injustificável o aumento do orçamento destinada ao pagamento de dativos em detrimento da Defensoria Pública. Os investimentos em estruturação e expansão da instituição devem ser prioridade na agenda governamental. A ela é conferida o dever constitucional de prestar assistência jurídica aos necessitados. A advocacia dativa deve ser vista como exceção.

Logo, é possível depreender que a Defensoria Pública ainda possui um longo caminho pela frente na busca pela paridade de armas. O descaso das autoridades limita a possibilidade de crescimento da instituição. Isso, muitas vezes, induz o órgão a buscar a tutela jurisdicional para garantir os seus direitos. Chegou-se ao absurdo de precisar recorrer ao STF para que a Defensoria Pública do estado de Santa Catarina fosse criada em caráter emergencial.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 92.

BAPTISTA, Jussara. **OAB-ES vai passar a fazer lista de advogados dativos para nomeação**. Disponível em: <https://seculodiario.com.br/public/jornal/materia/oab-es-vai-passar-a-fazer-lista-de-advogados-dativos-para-nomeacao>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BARROS, Rafael Monteiro de. **OAB-ES denuncia que judiciário favoreceu a contratação de dativos**. Vitória, 26 out. 2017. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2017/10/oab-es-denuncia-que-judiciario-favoreceu-a-contratacao-de-dativos-1014105169.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 132, DE 7 DE OUTUBRO DE 2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950**. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 106.394 / MG. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 1. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

_____ - _____ - Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 8. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

_____ - _____ - Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 11. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

_____ - _____ - Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico: 07/11/2012, p. 13. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Tribunal Pleno. Resolução nº 32, de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de disponibilização: 22 out. 2018. Disponível em: <
<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/709940?view=content>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 64.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal**: consolidação, desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 63.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2018. p. 66.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2018. p. 98.

_____ - _____ - Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2018. p. 99.

GOMES, Magno Frederico et al. O princípio do promotor natural. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, v. 61, n. 423, p. 51-74. Jan. 2013.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

MORAES, Tiago Bertão de. **A prerrogativa da intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública e o novo CPC.** Disponível em: <
http://www.justificando.com/2016/10/21/prerrogativa-da-intimacao-pessoal-dos-membros-da-defensoria-publica-e-o-novo-cpc/#_ftnref3>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MORAES apud FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 66.

MOURA, T. W. et al. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.** Brasília: Edição dos Autores, 2013.

OLIVEIRA, Cléo. **Técnicos de Defensorias no Centro-Oeste, Norte, Nordeste e DF estão em treinamento na DPE-TO.** Palmas, 22 mar. 2018. Disponível em: <
<http://www.defensoria.to.def.br/noticia/26614>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA, 2015 *apud* GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

PAIVA, Caio. **EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública**. 6 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e transformação social. **Pensar**, Fortaleza, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/755/1617>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

ROCHA, Bheron.; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 32.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____ - _____ - 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 834.

ROSSÉS, José Pedro Oliveira. O fortalecimento da Defensoria Pública no Brasil com a Emenda Constitucional nº 80/2014. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29527>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 87.