Consulta CGDP nº 005/18

Goiânia, 17 de setembro de 2018

Consulente: Gabriel Fiel Lutz, Coordenador do Núcleo Regional de Defensorias de Trindade e Inhumas

Assunto: **Consulta via e-mail sobre o posicionamento institucional acerca da atuação imediata da Defensoria Pública nos processos em andamento sob patrocínio de advogados nomeados dativos**

Trata-se de consulta formulada pelo Coordenador do Núcleo Regional de Defensorias de Trindade e Inhumas, Gabriel Fiel Lutz, sobre o posicionamento institucional acerca da atuação imediata da Defensoria Pública nos processos em andamento sob patrocínio de advogados nomeados dativos.

Como é cediço, Defensoria Pública, seja da União, seja dos Estados, foi alçada, pela Carta Magna de 1988, ao *status* de "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal"* (art. 134).

Foi opção do poder constituinte originário destinar a Defensoria Pública a exclusividade da prestação da assistência jurídica, optando-se pelo modelo público (*salaried staff*) em detrimento de outros modelos (*judicare, pro bono* ou misto).

Nesse contexto, tem-se que, por expressa disposição constitucional, a titularidade do serviço *público* de assistência jurídica *gratuita* pertence, com exclusividade, à Defensoria Pública, a qual, no entanto, ainda não se encontra devida e regularmente instalada em todas as Comarcas do nosso país.

Acrescente-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº. 80/2014 incluiu o art. 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para dispor, em seu §1º, 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, observado o disposto no caput deste artigo"*.

Ocorre que, nada obstante o processo de crescimento e expansão pela qual vem passando a "Instituição" Defensoria Pública, a ainda insuficiência do número de Defensores Públicos em todo o país levou o legislador pátrio a prever em nosso ordenamento a figura jurídica do *advogado dativo*, ou seja, aquele profissional nomeado pelo Estado-Juiz para atuar, em razão da sua capacidade postulatória, em favor dos direitos e interesses daquele que se encontra, por algum motivo, sem representação nos autos, em

homenagem aos postulados, dentre outros, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, também previstos em sede constitucional.

Partindo de tais premissas, inegável é a conclusão de que a atuação do advogado dativo somente deve se fazer presente e necessária caso não haja Defensoria Pública instalada na Comarca ou, ainda que presente a Instituição naquela localidade, não haja previsão normativa específica de sua atuação em determinadas atribuições/matérias (ex.: Juizados Especiais Cíveis).

Nesse sentido, vale ressaltar, é a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR PÚBLICO NATURAL. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. I - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. II - São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos, o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural (artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94). III - Os Defensores Públicos não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal.* ***IV - Na linha da jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal e desta eg. Corte, "O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é nulo o processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada, só se admitindo a designação de advogado ad hoc para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca, ou se este não está devidamente organizado na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores. Precedente" (HC n. 337.754/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 26/11/2015). V - No caso dos autos há violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural, tendo em vista a nomeação de defensor ad hoc para realizar audiência de instrução e julgamento ao invés do Defensor Público Federal que já patrocinava a causa.*** *VI - As pessoas assistidas pela Defensoria Pública são vulneráveis e deve ser assegurado seu direito de realizar a audiência prévia, a orientação para o interrogatório e as perguntas que serão feitas para as testemunhas (realizadas pela defesa técnica) com seu Defensor Público natural. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC 61.848/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016)*

Em caráter liminar, destaque-se, a Defensoria Pública do Estado de Goiás recentemente logrou êxito no *Habeas Corpus* nº. 457.443/GO, senão vejamos a decisão monocrática que restou assim resumida:

> *RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE: DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS PACIENTE: LUCAS MANUEL ALVES (PRESO) DECISÃO Vistos, etc. […] Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art.121, § 2.º, II e IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, e, quando do cumprimento do mandado de citação, informou possuir Advogado constituído. Em face da não apresentação de resposta à acusação no prazo legal, foi-lhe nomeado Defensor dativo, o que ocorreu em 6/12/2017.* ***Em 29/1/2018, a Defensoria Pública suscitou a nulidade da nomeação do Defensor dativo, requerendo a imediata remessa dos autos àquele órgão para o patrocínio da defesa do Paciente. Contudo, o pleito foi indeferido pelo Magistrado singular.*** *Em sequência, a Defensoria impetrou habeas corpus perante o Tribunal estadual. A liminar foi indeferida em 8/3/2018, sendo a ordem denegada, à unanimidade, pela 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, em 3/5/2018. […] É o relatório. Passo a analisar o pedido de provimento urgente. Verifica-se que estão preenchidos, parcialmente, os requisitos autorizadores do provimento urgente. Com efeito, dispõe a Carta Magna, em seu art. 134, que "[a] Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".* ***Dessa forma, existindo Defensoria Pública estruturada na comarca, não se legitima a nomeação de Defensor Dativo, notadamente quando não destacada qualquer circunstância que impossibilite a atuação da Defensoria no caso concreto****. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente" (RHC 106394, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 08-02-2013). […] Ante o exposto,* ***DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar, para determinar a imediata remessa dos autos à Defensoria Pública do Estado de Goiás****, que deverá receber o processo na fase em que se encontra, sem prejuízo dos atos já praticados. Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e ao Juízo de primeira instância, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão. Solicitem-se informações ao Tribunal de origem. Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 09 de julho de 2018. HABEAS CORPUS Nº 457.443 - GO (2018/0163077-9), Ministra Laurita Vaz (Presidente) – 02/08/2018.*

E o próprio E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, vale dizer, assim também se posicionou:

> *EXECUÇÃO PENAL. CRIME MILITAR. ESTELIONATO. HABEAS CORPUS SUSTENTANDO NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DA DEFESA, NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL E DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1 -* ***Não é legítima nomeação de advogado dativo em comarcas com Defensoria Pública estruturada*** ***(art. 4º, I, LC 80/1994).*** *Nulidade do trânsito em julgado evidenciada. Prejudicas as demais teses. 2 - Habeas corpus conhecido e deferido para declarar a nulidade do trânsito em julgado da condenação. Parecer desacolhido. Expedição de alvará de soltura. (TJGO, HABEAS-CORPUS 77054-89.2018.8.09.0000, Rel. DES. EDISON MIGUEL DA SILVA JUNIOR, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 24/07/2018, DJe 2559 de 03/08/2018)*

Assentadas tais ponderações, e remetendo-se especificamente à questão ora posta pelo Nobre Defensor Público, a Resolução nº. 43/2017, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Goiás, passou a prever, em seu Anexo Único, a existência de 4 (quatro) órgãos de atuação na Comarca de Trindade, cujas atribuições foram distribuídas levando-se em consideração as respectivas unidades judiciárias, de forma a abranger, assim, a quase totalidade das matérias estaduais, tais como as relativas às áreas cível (fazenda pública, saúde, família, consumidor), criminal, infância e juventude, mediante atuação tanto por meio do peticionamento inicial como também pelo acompanhamento processual.

Diante do exposto, não se afigura legítimo, ao menos *a priori*, utilizar-se da estrutura ainda insuficiente da Defensoria Pública na Comarca de Trindade para justificar a não atuação generalizada ou mesmo a escolha sobre quais (espécies de) processos irão recair ou não a atuação da Instituição (como foi, inclusive, sugestão, da 1ª Juíza Auxiliar da CGJGO), no que se referem às demandas nas quais se verificou, um dia, a necessidade de nomeação de advogado dativo. Isso porque, reforce-se, não apenas já existe Defensoria Pública instalada na referida Comarca, como também há expressa previsão normativa quanto aos órgãos de atuação e suas respectivas atribuições, a impedir, portanto, a manutenção do posicionamento quanto à não assunção da Instituição nos mencionados processos.

Lado outro, em que pese o *poder-dever* da Defensoria Pública no sentido de não mais permitir a nomeação/atuação dos advogados dativos na Comarca de Trindade, especialmente naquelas unidades judiciárias em que exista Defensor Público com atribuição para ali exercer as suas funções, não se pode deixar de considerar o direito que o cidadão tem de optar, ou, ao menos, ter a oportunidade de escolher quem irá patrocinar os seus direitos e interesses em determinado processo no qual figura como parte.

Certo, assim, é que impõe-se instar o magistrado condutor do feito para que, nos processos em que tenha sido nomeado e ainda ocorra a atuação de advogado dativo, seja a parte pessoalmente intimada para que informe se deseja constituir advogado particular – podendo até mesmo ser aquele inicialmente nomeado como dativo, desde que

não haja fixação de honorários, com atuação *pro bono* ou remunerada pela própria parte - ou se deseja ser assistida pela Defensoria Pública.

Isso significa dizer, portanto, que o patrocínio da Defensoria Pública nos processos em comento não deve se dar de forma automática e indiscriminada.

Até mesmo porque, acrescente-se, mormente nos processos de natureza "cível", a atuação da Defensoria Pública no feito, salvo quando no exercício da Curadoria Especial, deve ser precedida de criteriosa análise de hipossuficiência econômica, cujos critérios restam devidamente regulamentados por meio da Resolução nº. 020/2016 do CSDP.

Importante ressaltar, ainda, que também não se evidencia legítimo impor à Defensoria Pública o ônus de, tendo para si remetidos, de forma automática, todos os processos com advogado dativo nomeado/atuante, buscar o contato com cada parte para que ela compareça à Instituição e indique a sua preferência de patrocínio (defensor público/advogado), uma vez que, além da clara inviabilidade de assim proceder, a determinação da prática dos atos processuais destinados à regularização da representação da parte no processo compete ao próprio Poder Judiciário, por meio do magistrado condutor do feito, e não à Defensoria Pública, nos termos do art. 76, *caput*, do CPC, segundo o qual *"verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício"*. E, inclusive, a contumácia da parte, especificamente nas demandas cíveis, pode implicar consequências jurídicas desfavoráveis a ela, tais como a extinção do processo ou decretação de sua revelia (art. 76, §1º, do CPC), não havendo previsão legal de "remessa dos autos à Defensoria Pública" nesse tipo de situação.

Com efeito, o que não se pode admitir é a atuação concomitante da advocacia privada dativa junto ao serviço de assistência jurídica da Defensoria Pública nas áreas de atuação da comarca em que foram disponibilizados defensores em número reputado suficiente pelo Conselho Superior, sobretudo enquanto estas lotações estiverem providas.

A nomeação de defensor dativo em comarca onde exista defensor público pode até mesmo configurar improbidade administrativa, tendo em vista que essa situação gera uma dupla oneração do Estado.

Logo, não pode a própria Defensoria Pública ser conivente com qualquer forma de atuação que mescle o modelo público com algum outro, devendo caminhar, no seu processo de expansão, para erradicação da advocacia dativa, nos moldes delineados na Carta Magna. Nesse sentido:

> *[...] A previsão constitucional dissipa toda dúvida em favor da adoção do modelo público, com organização e estrutura de instituição pública. Desde logo, já sob o âmbito formal, é possível concluir que os demais modelos são, assim, desobedientes à Constituição, inconstitucionais.*
>
> *Sobre a desobediência percebida em alguns estados, há que se ressaltar que não há constitucionalismo pela metade. Se o modelo concreto diverge do proposto na Constituição, deve ser imediatamente adequado. Em um Estado Democrático de Direito não há espaço para escolha de quais normas constitucionais devem ser obedecidas, mormente as que impõem ao Estado uma*

> *prestação positiva em prol do indivíduo. Daí a emergência da situação de Estados que insistem em permanecer "fora da lei", sob argumento da inexistência de recursos suficientes ou, pior, de que a opção da Constituição não é a melhor, como se coubesse ao agente público deixar de aplicar uma norma constitucional por discordar da conveniência de seu conteúdo. Tais violações, que tangenciam as fronteiras da improbidade por gastos públicos reconhecidamente ilegais, devem ser apuradas e anuladas.*
>
> (REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Danil Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. Comentários à lei da defensoria pública. - São Paulo: Saraiva, 2013, cap. 4.1.3)

Dessa forma, existindo Defensoria Pública estruturada na comarca para atuação em determinada área, não se legitima a nomeação de advogado dativo, notadamente quando não destacada qualquer circunstância que impossibilite a atuação da Defensoria no caso concreto.

Ressalte-se que "*A atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF), não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc, sendo mister zelar pelo respeito a suas prerrogativas institucionais*" (STF, HC n. 121.682/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/11/2014).

Em suma, razão não há para a recusa da Defensoria Pública em assumir o patrocínio dos processos até então acompanhados por *advogados dativos*, desde que: i) tal atuação se insira no contexto das atribuições indicadas na Resolução nº. 043/2017 do CSDP; ii) ocorra prévia e regular intimação da parte, pelo respectivo Juízo, para que regularize a sua representação processual nos autos, indicando a Defensoria Pública ou advogado de sua confiança; iii) caso indique o seu desejo em ser assistido pela Defensoria Pública, especialmente nas demandas de caráter não-criminal, a parte se submeta à análise da hipossuficiência financeira, nos termos da Resolução nº. 020/2016 do CSDP, e tenha deferido o seu pedido de assistência. Saliente-se, por fim, que nas demandas criminais, o patrocínio da Defensoria Pública pode afigurar-se imprescindível para o prosseguimento do feito, mas tal atuação deve observar a precedência da intimação pessoal da parte para que escolha se deseja ser representado pela Instituição ou por advogado, em homenagem, como cediço, aos princípios do contraditório e da ampla defesa e ao direito de escolha do seu defensor, nos termos do artigo 8, 2.d, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

LUIZ HENRIQUE SILVA ALMEIDA: 00696697165

Digitally signed by LUIZ HENRIQUE SILVA ALMEIDA: 00696697165
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=Autoridade Certificadora Raiz Brasileira v2, OU=AC SOLUTI, OU=AC SOLUTI Multipla, OU=Certificado PF A3, CN=LUIZ HENRIQUE SILVA ALMEIDA: 00696697165
Reason: I am the author of this document
Location:
Date: 2018-09-19 10:03:57

LUIZ HENRIQUE SILVA ALMEIDA
- Defensor Público Corregedor-Geral -

IZABELA NOVAES SARAIVA
Defensora Pública Corregedor-Auxiliar