

# **CONCURSO DE TESES JURÍDICAS**

## **XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos**

**A Defensoria Pública não pode ser desconstituída em processos judiciais  
dentro de sua atuação institucional em virtude de impedimentos de  
caráter pessoal do defensor público**

Bruno de Almeida Passadore

Camille Viera da Costa

Florianópolis –

2017

**A Defensoria Pública não pode ser desconstituída em processos judiciais dentro de sua atuação institucional em virtude de impedimentos<sup>1</sup> de caráter pessoal do defensor público**

Bruno de Almeida Passadore

Camille Viera da Costa

Defensores Públicos do Estado do Paraná

1. Da delimitação do problema

No presente estudo, abordaremos a situação na qual a Defensoria Pública é afastada de sua atuação institucional, notadamente por membro de Poder Judiciário. Como exemplo concreto analisaremos o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 49.902/PR julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 26 de maio do corrente ano. Em tal caso, juiz federal da 4ª região considerou acusado representado pela Defensoria Pública da União (DPU) em processo-crime indefeso e lhe nomeou advogado dativo. Infelizmente, o STJ - assim como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região - entendeu legal a nomeação de defensor *ad hoc* para promover aludida defesa e, conseqüentemente, o afastamento da Defensoria Pública de suas atribuições constitucionais.

Reconheceu-se, sucintamente, que a resposta à acusação apresentada pela DPU em poucas linhas por si só significaria reduzir o réu ao estado de indefeso, já que *supostamente* seria incapaz de veicular qualquer tese

---

<sup>1</sup> Utilizamos o termo “impedimento” em sentido vulgar de “impossibilidade de cumprir uma função; obstáculo; embaraço; etc”.

defensiva apta a ilidir a culpa do imputado. Frisou-se, ainda, que o Código de Processo Penal exigiria do membro da Defensoria Pública a apresentação de manifestação sempre fundamentada<sup>2</sup>.

De pronto, sublinhamos nossa concordância com a tese de que cabe ao defensor público escolher a melhor estratégia jurídica para a defesa de seu representado e que recorrentemente o momento processual mais oportuno para a apresentação das teses defensivas mais robustas se dará na fase de alegações finais<sup>3</sup>. Por outro lado, consideramos que este argumento se limita à seara correcional – no sentido de demonstrar a ausência de falta administrativa por parte do defensor público - porém irrelevante para a análise do caso pelo STJ tendo em vista que seria **juridicamente impossível a desconstituição da Defensoria Pública de suas atribuições constitucionais e legais** com a consequente nomeação de advogado dativo para atuar no feito, como se verá a seguir.

## 2. Da impossibilidade jurídica de desconstituição da Defensoria Pública e nomeação de advogado dativo em atividade institucional da Defensoria Pública

Acerca da questão, convém diferenciar a atividade institucional da Defensoria Pública e o exercício profissional dos membros da instituição, sendo

---

<sup>2</sup> Conforme o parágrafo único do art. 261 do CPP, o qual dispõe: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

<sup>3</sup> Neste sentido: QUANDT, Gustavo de Oliveira, **Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação**. Publicado em 20/11/2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado-apresentar-resposta-substancial-acusacao>, acessado em 30/07/2017.

certo que, em alguns casos, estaremos diante de **intervenção defensorial necessária**, porém com a **impossibilidade de atuação de um defensor público especificamente determinado**.

Pois bem.

Ao lidar com a atuação do Ministério Público – cujo raciocínio mostra-se plenamente aplicável à Defensoria Pública – é absolutamente natural a percepção de que a lei/Constituição atribui determinada atividade ao órgão ministerial, como, por exemplo, a acusação pública. Há, neste aspecto, o **interesse objetivo da instituição em determinado fim**, não havendo, por outro lado, comprometimento do **necessário desinteresse subjetivo do agente responsável pela atividade do órgão**<sup>4</sup>.

Aliás, veja-se que apesar do comprometimento objetivo, viável a arguição de impedimento e/ou suspeição do membro do Ministério Público, como bem estabelece o art. 104<sup>5</sup> e 258<sup>6</sup> da lei processual penal, sendo, inclusive, dever funcional do membro do órgão ministerial declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso, como estabelece o art. 43, VII, da L. 8.625/93<sup>7</sup> (Lei Orgânica do Ministério Público).

Sobre a questão, esclarece CABRAL:

O Ministério Público e a Administração Pública, pelo fato de

---

<sup>4</sup> CABRAL, Antônio do Passo, **Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal** in Revista de Processo, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, ano 32, vol. 149 (jul/2007), p. 351.

<sup>5</sup> “Art. 104. Se for argüida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.”

<sup>6</sup> “Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juizes.”

<sup>7</sup> “Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”

agirem em prol de um interesse público material (ainda que um interesse geral, público), têm suas atuações pautadas por interesse objetivo e desinteresse subjetivo, porque, apesar de imparcialidade, falta-lhe imparcialidade. Objetivamente, por vezes, **atuam em favor de um interesse por uma determinação normativa que é atribuída à função destes órgãos. Mas isso, frisa-se, não implica necessariamente em comprometimento de sua imparcialidade [...]**<sup>8</sup>

Assim, como frisa o autor, apesar de imparcial, o promotor de justiça/procurador da república carece de imparcialidade, algo que se mostra necessário à atividade jurisdicional. Quer-se dizer com isto que a qualidade de parte é, em determinadas circunstâncias, característica inarredável da própria divisão de competências dentro e fora do processo, muito embora isto não prejudique a imperiosa **imparcialidade do agente atuante, como corolário do princípio da impessoalidade.**

Denota-se, portanto, que a **divisão funcional** se relaciona a uma **aptidão extrínseca**, e referente às **atribuições distribuídas a cada um dos sujeitos processuais envolvidos**, ainda que não o seja na qualidade de parte, como é o caso da Defensoria Pública, órgão que em muitos casos atua como representante processual de determinado litigante. Tal situação é, a toda evidência, distinta da avaliação acerca da **capacidade técnica** ou **imparcialidade do agente** que exerce as funções atribuídas a determinado órgão. Trata-se aqui de **qualidades intrínsecas**, pessoais, e **inerentes ao**

---

<sup>8</sup> CABRAL, **Imparcialidade e Imparcialidade [...]**, *op. cit.*, p. 351 – grifos adicionados.

**profissional do direito**<sup>9</sup>.

Assim, caso em determinada localidade haja atividade defensorial em prol da população vulnerável em casos criminais nos quais o acusado não tenha defesa técnica constituída, cabe à Instituição a referida atuação. **E exclusivamente a ela.** Afinal, tendo em vista a escolha pelo constituinte do modelo público de assistência jurídica, torna-se claro, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), que a *“atuação da Defensoria Pública [...] não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc”*<sup>10</sup>.

**Nestas situações, não haverá parcialidade ou incapacidade da Instituição**, porém, não se nega que **isto seria possível em relação ao membro da Defensoria Pública individualmente considerado**, o qual, tal qual os membros do Ministério Público, podem ser suspeitos ou impedidos de atuar em um caso concreto.

Esta situação se mostra clara quando há **atuação defensorial em prol de ambos os litigantes**, situação não rara na seara de família. Em tais hipóteses é plenamente **viável a atuação da Defensoria Pública nos interesses do autor e do réu concomitantemente, havendo, por outro lado, a garantia conferida ao usuário do órgão de atuação de membros distintos**, dado o claro impedimento de um mesmo defensor público que atua nos interesses do autor, também atuar em favor do réu<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>10</sup> STF, HC n. 121.682/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/11/2014.

<sup>11</sup> Veja, por exemplo o art. 4-A, V, da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública): *“Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: [...] V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções.”* E, igualmente, o dever do membro da Defensoria Pública, tal qual do Ministério Público, de declarar-se suspeito ou impedido quando o caso: *“Art. 129. São deveres dos membros da Defensoria Pública dos Estados: [...] VI – declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; [...]”*

Assim, não se ignora, por expressa previsão legal (art. 497, V, do CPP)<sup>12</sup>, bem como por iterativa jurisprudência<sup>13</sup>, ser possível o **controle judicial acerca da (falta de) qualidade da defesa de acusados em processos criminais**. Estas questões, por outro lado, **envolvem eventual incapacidade do profissional responsável pela defesa técnica do acusado**, seja ele um advogado particular, dativo ou defensor público.

Não obstante, isso jamais significará a impossibilidade de atuação da Defensoria Pública, a qual, como dito, é a Instituição que nosso ordenamento jurídico atribuiu a função de atuar, entre outras situações, em casos nos quais haja interesse de hipossuficiente ou se trate de acusado em processo criminal sem defesa técnica, desde que, por óbvio, haja atuação de órgão defensorial na localidade – já que, como se sabe, a Defensoria Pública **ainda** não se mostra estruturada em todas as comarcas/seções judiciárias do país.

Tal qual em situação de imparcialidade de magistrado ou de membro do Ministério Público, **a situação pessoal do agente da Defensoria Pública não se dirige à Instituição**. Com efeito, **se determinado magistrado, por qualquer razão, não deve atuar em determinado processo, esta circunstância não torna o Poder Judiciário incompetente para prestar a**

---

<sup>12</sup> “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...]V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; [...]”

<sup>13</sup> Por todos: “A colidência de teses defensivas é apenas invocável, como causa nullitatis, nas hipóteses em que, comprovado o efetivo prejuízo aos direitos dos réus, a defesa destes vem a ser confiada a um só defensor dativo, eis que – consoante adverte a jurisprudência do STF – ‘Não se configura a nulidade, se o defensor único foi livremente constituído pelos próprios acusados’ (RTJ 58/858 – RTJ 59/360 – 69/52 – RTJ 88/481 – RTJ 110/95). A indisponibilidade do direito de defesa – que traduz prerrogativa jurídica de extração constitucional – impõe ao magistrado processante o dever de velar, incondicionalmente, pelo respeito efetivo a essa importante garantia processual, cabendo-lhe, inclusive, proclamar o réu indefeso, mesmo naquelas hipóteses em que a ausência de defesa técnica resulte do conteúdo nulo de peça produzida por advogado constituído pelo próprio acusado.” (STF, HC 70.600/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/04/1994, Primeira Turma, DJe de 21/08/2009.)

**jurisdição na causa. Se determinado promotor de justiça está em situação de suspeição, permanece necessária a atuação do Ministério Público**, caso o processo verse sobre uma das hipóteses de intervenção obrigatória. Do mesmo modo, portanto, ocorre em relação a qualquer circunstância que exija ou recomende a não atuação de um defensor público específico em determinada causa, quando, então, ele deverá ser substituído por outro agente que atue na causa apresentando a Instituição.

Isto posto e considerando, ademais, o teor do art. 134 da CF, mormente em seu parágrafo segundo,<sup>14</sup> a Defensoria Pública é configurada como um órgão constitucional autônomo, ou seja, não se submete em termos funcionais ou administrativos a nenhum outro órgão ou poder no que se refere à prestação de seus serviços<sup>15</sup>, cabendo-lhe, portanto, planejar os caminhos que devem ser percorridos para que alcance seu mister constitucional<sup>16</sup>.

Ademais, a **Lei Orgânica da Defensoria Pública** (Lei Complementar

---

<sup>14</sup> “Art. 134. 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. [...] § 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.”

<sup>15</sup> A respeito, frisa-se o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.056, ao declarar a inconstitucionalidade de normas do Estado do Maranhão que submetiam a Defensoria Pública do aludido ente federado à estrutura administrativa do Poder Executivo, cuja ementa é a seguinte: “**CONSTITUCIONAL. ARTS. 7º, VII, 16, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.559/2006, DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE INSEREM A DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO LOCAL. OFENSA AO ART. 134, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADI PROCEDENTE. I – A EC 45/04 reforçou a autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, ao assegurar-lhes a iniciativa para a proposição de seus orçamentos (art. 134, § 2º). II – Qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. Precedentes. III – ADI julgada procedente.**” (STF – ADI 4056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/03/2012). Em igual sentido, tem-se a ADI 3.569, igualmente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/04/2007, em julgado relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence e que considerou inconstitucional lei estadual pernambucana que vinculava a Defensoria Pública local à Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos.

<sup>16</sup> SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; SZEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo, **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 40/41.

Federal 80/94) e a própria **Constituição rechaçam** a figura do **defensor público de encomenda**, estabelecendo-se intenso controle ao poder de designação de membros da instituição para atuação em casos específicos. Com isso garante-se a independência funcional de seus membros e, ao proibir interferências casuísticas na sua atividade, protege-se o jurisdicionado e a sociedade contra interesses escusos que possam advir de escolhas arbitrárias de defensores públicos<sup>17</sup> ou mesmo profissionais privados em substituição a estes devido ao déficit estrutural da instituição<sup>18</sup>. Por esta, razão, cria-se, como **direito subjetivo dos usuários do serviço da Instituição**, o patrocínio de seus interesses pelo **defensor público natural**<sup>19</sup>, e, por consequência, mostra-se **absolutamente nulo o processo em que ocorra nomeação de advogado dativo em substituição a defensores públicos nas localidades dotadas de órgão da Defensoria Pública plenamente organizado**<sup>20</sup>.

Portanto, não se mostra estranho que o Conselho da Justiça Federal tenha definido, através da Resolução 305 de 2014, que **não cabe a juiz federal *sponte sua* substituir o membro da Defensoria Pública por outro profissional do direito**<sup>21</sup>, sendo tal **atribuição exclusiva da própria**

---

<sup>17</sup> Em sentido próximo, porém versando sobre o tema do *promotor público natural*: MAZZILI, Hugo Nigro, *Ministério Público*. 4ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 46/49

<sup>18</sup> Veja-se, por exemplo, que o STF inclusive já entendeu que não seria possível estabelecer a necessidade de convênios necessários entre a Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil para garantia de assistência judiciária em casos de impossibilidade de atuação defensorial. Neste sentido: STF, ADI 4.163/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 01/03/2013.

<sup>19</sup> Conforme art. 4º-A, IV, da LC 80/94, segundo o qual: “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; [...]”

<sup>20</sup> Neste sentido: “Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente” (STF, RHC n. 106.394/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 08/02/2013).

<sup>21</sup> Segundo o art. 10 de referida resolução: “Art. 10. Caberá ao juiz da causa exercer o controle sobre a assistência judiciária prestada pelo advogado voluntário, advogado dativo, curador, intérprete, tradutor e perito, podendo substituí-los mediante decisão fundamentada. Parágrafo único. O caput deste artigo não se aplica ao membro da Defensoria Pública nem ao advogado constituído pelo assistido”.

## instituição.

Nesta senda, considerando de um lado a hipotética impossibilidade de atuação do membro da Defensoria Pública em um caso determinado – seja por incapacidade técnica, seja por impedimento ou suspeição - aliada à efetiva estruturação da Defensoria Pública em determinada localidade, temos algumas consequências necessárias por parte do Judiciário ao perceber esta situação. O **magistrado apenas poderá requerer diligências *interna corporis***, seja através de ofício ao Defensor Público Geral, ou de representação à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, **para que haja a atuação da Defensoria Pública apresentada por outro membro** que não aquele impossibilitado.

Neste sentido, torna-se absolutamente equivocado posicionamento, tal qual exposto no RMS 49.902/PR acima mencionado, pelo qual o STJ entendeu que:

A providência judicial impugnada (substituição pontual [da Defensoria Pública por advogado dativo]) é, pois, perfeitamente plausível, ainda mais quando se sabe, como bem observou o acórdão recorrido, que a Defensoria Pública não detém a exclusividade do exercício de defesa daqueles que não têm meios financeiros para contratar advogado, assim como não existe direito subjetivo do acusado de ser defendido pela Defensoria Pública<sup>22</sup>.

Afinal, se mostra **juridicamente impossível** a nomeação de

---

<sup>22</sup> STJ, RMS n. 49.902/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26/05/2017.

profissional estranho aos quadros da Defensoria Pública em caso **atividade inerente e indelegável da Defensoria Pública em virtude de impossibilidade de caráter pessoal do membro da instituição.**

### 3. Sugestão de Operacionalização

Como sugestão de operacionalização, deve-se entender que o membro da instituição ao se deparar com desconstituição da Defensoria Pública de suas atividades institucionais por eventual e suposta impossibilidade pessoal do defensor público, deverá: i) manejar as vias processuais para defesa, em nome próprio, de suas prerrogativas; ou, ii) também considerando o direito subjetivo dos usuários da instituição ao patrocínio de seus interesses pelo defensor público natural, poderá tomar medida similar enquanto representante processual da parte.

### 4. Referência Bibliográfica

CABRAL, Antônio do Passo, **Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal** in Revista de Processo, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, ano 32, vol. 149 (jul/2007), p; 339-364.

QUANDT, Gustavo de Oliveira, **Defensor não é obrigado a apresentar resposta substancial à acusação.** Publicado em 20/11/2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/defensor-nao-obrigado->

[apresentar-resposta-substancial-acusacao](#), acessado em 30/07/2017.

SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; SZEIBIL, Daniel Guimarães;  
JUNQUEIRA, Gustavo, **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo:  
Ed. Saraiva, 2013.