

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.848 - PA (2015/0175233-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE : **BENEDITO MACIEL CARNEIRO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

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.

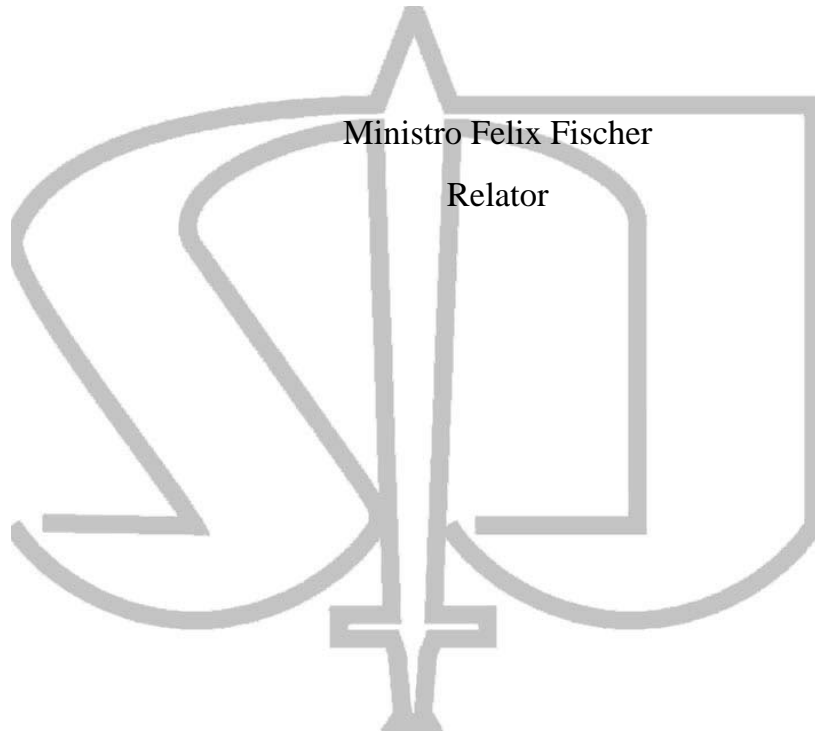
ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2016 (Data do Julgamento).



Ministro Felix Fischer

Relator

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.848 - PA (2015/0175233-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de Benedito Maciel Carneiro em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região.**

Depreende-se dos autos que o recorrente responde processo pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304/CP), porque teria apresentado, perante a autarquia previdenciária, laudos médicos falsos, visando à obtenção de auxílio-doença.

Em manifestação datada de 18/11/2014, a Defensoria Pública da União requereu a nulidade da audiência realizada no dia 30/4/2014, alegando que o Juiz Substituto da Vara, que presidiu o ato, constatando a ausência do Réu e testemunha, teria decidido deprecar o interrogatório e a inquirição, e que, após a saída do Defensor Público (Dr. Antonio Ernesto de Fonseca e Oliveira), da sala de audiências e depois da chegada do Réu e das testemunhas, teria decidido cancelar a ata e realizar a audiência sem a presença do Defensor Público, nomeando defensor **ad hoc**.

O pedido para refazimento da audiência de inquirição de testemunhas de defesa foi indeferido.

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, pretendendo a renovação da audiência de instrução e julgamento. A ordem foi denegada em v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DEFENSOR NATURAL. AUDIÊNCIA. PRAZO DE TOLERÂNCIA. ESTATUTO DA OAB, ART. 7º, INCISO XX. ADVOGADO AD HOC. NOMEAÇÃO. CPP, ART. 261. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CPP, ARTIGO 563. HABEAS CORPUS. REMÉDIO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE IR E VIR. VIA ADEQUADA. PRETENSÃO DE REFAZIMENTO DA AUDIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Mostra-se destituída de fundamento a pretensão

Superior Tribunal de Justiça

deduzida pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO quanto ao refazimento dos atos de inquirição das testemunhas e do interrogatório do acusado. O defensor natural, sob alegação de ter que comparecer a outra audiência, retirou-se antes do término do tempo de 30 minutos previsto no artigo 7º, inciso XX, do Estatuto da OAB (no caso, aplicado por analogia), mesmo tendo sido advertido para aguardar por mais alguns instantes a chegada do réu e das testemunhas, porque, se comparecessem, o ato seria realizado.

2. O réu assistido por advogado ad hoc, nomeado para o ato em cumprimento às disposições do artigo 261 do Código de Processo Penal, não se mostrando possível, cogitar-se de ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa.

*3. Em sede de processo penal, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, consubstanciado no artigo 563 do Código de Processo Penal: 'nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes'. Precedentes do STF e STJ.*

4. O habeas corpus é remédio constitucional destinado a tutelar a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir. Tratando-se de garantia individual que tem por finalidade fazer cessar o constrangimento ilegal ou a simples ameaça de constrição à liberdade de pessoa física, constitui via inadequada para o exame de questões alheias à sua finalidade constitucional" (fl. 72).

Daí o presente recurso ordinário (fls. 79-83), no qual o recorrente, renovando os mesmos argumentos expendidos no **writ** originário, requer "*seja decretada a nulidade de todos os atos processuais a partir da audiência realizada e o refazimento de todos os atos processuais subsequentes na presença do Defensor Público Natural*" (fl. 83).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso em d. parecer (fls. 96-102).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.848 - PA (2015/0175233-4)
EMENTA

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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, buscando a nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada por defensor **ad hoc**.

Depreende-se dos autos que o recorrente responde processo pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304/CP), porque teria apresentado, perante a autarquia previdenciária, laudos médicos falsos, visando à obtenção de auxílio-doença.

A Defensoria Pública da União (DPU) apresentou resposta à acusação, pugnando, preliminarmente, pela rejeição da denúncia, e, no mérito, requereu a absolvição sumária por atipicidade da conduta, nos termos do art. 397, II, do CPP.

Em 21/01/2014, o MM juiz federal substituto da vara, não vislumbrando hipóteses de absolvição sumária, designou o dia 30/4/2014, para inquirição das testemunhas arroladas pela defesa e interrogatório do ora Paciente.

Em audiência realizada em 30/4/2014, o MM. juiz federal substituto da 3ª SJ/PA, após responderem o pregão os membros da DPU e MPF, constatou-se que as

Superior Tribunal de Justiça

duas testemunhas de defesa e o réu estavam ausentes.

Diante disso, o juiz decidiu deprecar para a comarca de Abaetuba/PA todos os demais atos processuais. Ocorre que em seguida o Defensor retirou-se, pois havia outra audiência para realizar. Todavia, logo após a saída do Defensor Público da sala de audiência, o réu e as testemunhas chegaram.

No entanto, mesmo já com a ausência do Defensor Público e mesmo depois de lavrada a ata de não realização da audiência no qual ficou registrada a ausência do réu e das testemunhas (fl. 28), o juiz decidiu dar início à audiência e, assim, nomeou advogado **ad hoc** para o ato.

Em manifestação datada de 18/11/2014, a DPU requereu a nulidade da audiência realizada no dia 30/4/2014, alegando que o juiz substituto da vara, que presidiu o ato, constatando a ausência do Réu e testemunha, teria decidido deprecar o interrogatório e a inquirição, e que, após a saída do Defensor Público (Dr. Antonio Ernesto de Fonseca e Oliveira), da sala de audiências e depois da chegada do réu e das testemunhas, teria decidido cancelar a ata e realizar a audiência sem a presença do Defensor Público, nomeando defensor **ad hoc**.

O pedido para refazimento da audiência de inquirição de testemunhas de defesa foi indeferido, bem como a ordem em **habeas corpus** impetrada no eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O presente recurso ordinário merece ser **conhecido e provido**.

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 da República.

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**, nos termos do artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94:

Superior Tribunal de Justiça

"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;

A doutrina sobre o tema assevera que:

"O princípio do Defensor Natural consiste em que o defensor público não poderá ser afastado arbitrariamente dos casos em que deva officiar, de acordo com os critérios legais estabelecidos previamente, de maneira que apenas os membros da Defensoria Pública que tiverem atribuições predeterminadas é que poderão atuar nos casos a que forem submetidos.

Nessa esteira, salienta Sérgio Luiz Junkes: *Analogicamente ao Princípio do Promotor Natural, o Princípio do Defensor Natural veda que o Defensor Público seja afastado dos casos em que, por critérios legais predeterminados, deveria officiar. Tal como o do Promotor Natural, esse Princípio apresenta dupla garantia, uma vez que se dirige tanto aos membros da Defensoria Pública, como para a Sociedade.*" [Leonardo Melo Moreira. Princípio do Defensor Natural e a Razoável Duração do Processo. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 80-96, mar. - mai. 2015].

Ademais, o col. 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:**

"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. 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

Superior Tribunal de Justiça

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" (RHC n. 106.394/MG, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 8/2/2013).

*"EMENTA Habeas corpus. Interrogatório. Falta de citação prévia. Nulidade. Inexistência. Cientificação da imputação na data da audiência. Nomeação de defensor público ao réu que com ele se entrevistou previamente e não requereu o adiamento do ato. Negação da prática do crime pelo paciente. Inexistência de prejuízo a sua defesa. Audiência de instrução. Nulidade. Ocorrência. Ausência de intimação pessoal da defensoria pública para o ato. Prova acusatória, colhida na audiência, utilizada para a condenação. Prejuízo demonstrado. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem parcialmente concedida. 1. A falta de citação não anula o interrogatório quando o réu, ao início do ato, é cientificado da acusação, entrevista-se, prévia e reservadamente, com a defensora pública nomeada para defendê-lo - que não postula o adiamento do ato -, e nega, ao ser interrogado, a imputação. Ausência, na espécie, de qualquer prejuízo à defesa. 2. É nula, por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a audiência de instrução realizada sem a presença da Defensoria Pública, não intimada pessoalmente para o ato, máxime quando a prova acusatória nela colhida tiver embasado a condenação do paciente. 3. **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.** 4 - Ordem parcialmente concedida, para anular a condenação do paciente" (HC n. 121.682/MG, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/11/2014).*

Outrossim, "quando a LC 80 assegura - expressamente - o direito ao defensor público natural e quando a CADH prevê a garantia mínima de o acusado ser assistido por defensor de sua escolha, podemos concluir que a ordem jurídica censura, ao menos em regra, uma interferência externa na relação defensor-assistido, que, devidamente estabelecida, somente pode ser dissolvida pelos autores envolvidos (defensor público e acusado), salvo casos excepcionais em que a atuação da Defensoria Pública esteja reconhecidamente prejudicando o assistido, quando o direito à defesa técnica efetiva e de acesso à justiça irão preponderar,

permitindo que o judiciário "destitua" a Defensoria da defesa do acusado" (PAIVA, Caio. *Prática Penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016 grifei).

No caso dos autos, a nomeação de defensor dativo para patrocinar o acusado ocorreu em processo patrocinado pela Defensoria Pública da União, sendo que o membro daquela instituição compareceu ao pregão da audiência, conforme ata e informações do juízo de primeiro grau, mas se retirou da sala de audiência diante da decisão do juiz de deprecar os atos do processo para outra comarca, qual seja, Abaetetuba/PA.

Todavia, no caso em comento não verifico desrespeito ao Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que o Defensor Público se retirou da audiência para realizar outra em juízo diverso e com a ata de audiência em que o juízo de primeiro grau determinou a depreciação do processo (fl. 28). **O Defensor Público agiu de boa-fé, não podendo ser nomeado defensor ad hoc, sob pena de violação do princípio do Defensor Natural.**

No tocante a necessidade do Defensor Público acatar as regras do Estatuto da OAB (tolerância de 30 minutos previsto no art. 7º, Inciso XX), o tema é controverso, tendo em vista que Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5334) contra o artigo 3º, caput e parágrafo 1º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), que impõe aos advogados públicos inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Entendo que os Defensores Públicos não são advogados públicos, possuem regime disciplinar próprio e têm sua capacidade postulatória decorrente diretamente da Constituição Federal e são submetidos as Leis Complementares competentes. A Emenda Constitucional nº 80/14 dispõe:

[Artigo 134 da Constituição Federal] § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal."

Cabe destacar, ainda, o entendimento doutrinário sobre o tema:

Superior Tribunal de Justiça

O Defensor Público é um Membro (ou Órgão de Execução) da Defensoria Pública (seja da União, dos Estados-membros, seja do Distrito Federal e dos Territórios), esta enquanto Instituição Pública, Permanente, Democrática, Autônoma e com natureza jurídica de Função Essencial à Justiça, na inteligência dos artigos 134, “caput” e § 2.º (Seção III, Capítulo IV, Título IV, da Constituição da República - CRFB) e 1.º, 2.º, 5.º, inc. III, “a”, 53, inc. III, 97-A, 98, inc. III, “a”, da LC n. 80/94 (com alterações da LC n. 132/09) – Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LONDP).

Trata-se de Agente Público Político de Transformação Social. Não é simples Servidor Público (Agente Público Administrativo, sujeito à hierarquia e disciplina do Poder Executivo ou de outro), mas sim em sentido amplo Agente Público Político, haja vista que detém parcela de soberania estatal em suas mãos, ou seja, o exercício da Assistência Jurídica Integral e Gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, aos Vulneráveis, Hipossuficientes ou Necessitados (arts. 5.º, inciso LXXIV e 134 da CRFB), estes enquanto conceito jurídico indeterminado, aberto, vago, impreciso, o qual deve ser interpretado a partir da Unidade da Constituição e da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte Originário com o escopo de extrair o real significado da expressão constitucional, a qual não permite interpretação restritiva, reducionista, pena de ofensa às garantias da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento nacional e do acesso à Justiça (arts. 1.º, III, 3.º, II, e 5.º, XXXV, da CRFB) e demais direitos fundamentais correlacionados.

[...]

O artigo 2.º (“caput” e § 3.º) do EAOAB reitera a redação do art. 133 da CRFB (“o advogado é indispensável à administração da justiça”), indicando clareza ao demonstrar que sua intenção é regular a atuação dos Advogados Privados e Públicos, não podendo invadir a autonomia da Defensoria Pública, regulada nos arts. 134 e 135 da CRFB, sob pena de interpretá-la a partir da legislação infraconstitucional, e não como determina a hermenêutica jurídica básica, buscando-se o sentido e o alcance das leis a partir de uma leitura inicial da Constituição da República.

O EAOAB não pode regular a atuação funcional de Membros de Instituição diversa, autônoma e com independência técnica, cuja regulamentação institucional, ética, de direitos, deveres e obrigações, prerrogativas e garantias, foi exaustivamente prevista cada qual com o cargo respectivo. Submeter membros de carreira pública, com Instituição por completo regulamentada, a um Estatuto com finalidade diversa, significa ingressar na divisão institucional da carreira e violar sua autonomia, impondo-se deveres diversos, retirando-se prerrogativas e garantias, e submetendo os membros a processo ético-disciplinar outro que não aquele regulado para sua carreira (LONDP, arts. 49 a 51; 94-96; 133-135 e legislação estadual respectiva).

[...]

Os Membros das Funções Essenciais à Justiça “Ministério Público” e “Defensoria Pública” detêm capacidade postulatória automaticamente com a nomeação e posse no cargo público, na medida em que recebem poderes, deveres,

Superior Tribunal de Justiça

garantias, prerrogativas e atribuições institucionais da Constituição da República e de sua respectiva Lei Orgânica, além dos atos infralegais da Administração Superior da Instituição respaldados na legalidade estrita. Por esse motivo afirmo tratar-se de Advocacia Institucional, cuja capacidade postulatória e os poderes decorrem da Lei da Carreira, sem qualquer violação constitucional ou extrapolamento legislativo.

[...]

A atividade de Defensoria Pública só pode ser regulada por meio de Lei Complementar (arts. 59, II, e 69, da CRFB) de competência concorrente da União, dos Estados e do DF (art. 24, inc. XIII, da CRFB). A previsão constitucional atualmente se encontra no § 1.º do art. 134, por força de redação dada pela EC n. 45/04, e sua regulamentação infraconstitucional é feita pela LC n. 80/94 (LONDP), alterada substancialmente pela LC n. 132/09, além das Leis Orgânicas nos Estados e no Distrito Federal (a partir da EC n. 69/2012).

Ademais, a Defensoria Pública é Instituição livre de interferências políticas e de outros Poderes, Entidades ou Órgãos, não podendo seus Membros se sujeitar a normas legislativas diversas de sua Lei Orgânica, sob pena de clara violação à Autonomia Institucional da Defensoria (no caso Administrativa) e indicação de inconstitucionalidade material ou não recepção (se se entender que a Autonomia Institucional só surgiu com a EC n. 45/04) do dispositivo que assim o fizer.

[...]

Para que o Defensor Público disponha de capacidade postulatória não é necessário que, havendo estado inscrito na OAB, por ocasião do concurso para o cargo ou da posse nele, permaneça inscrito no álbum profissional, pois sua capacidade postulatória decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no correspondente cargo público. (g. nosso)

A AGU – Advocacia-Geral da União (Parecer de 06/09/2011) manifestou-se pela improcedência da pretensão do CFOAB, asseverando que “o artigo 133 da Constituição Federal não exige que a advocacia seja atividade privativa daqueles que possuam inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”. Tal exigência fora feita pelo § 1.º do art. 3.º do EAOAB, o qual fora derogado pela LC n. 132/09 que conferiu nova redação ao § 6.º do art. 4.º da LC n. 80/94, haja vista a sucessão temporal de normas infraconstitucionais.

A Procuradoria-Geral da República – PGR (Parecer de 11/05/2012) criticou a ideia de que somente os Advogados regularmente inscritos na OAB têm legitimidade para o exercício do jus postulandi, figurando como compreensão há muito superada. Asseverou, pois, que (ADI 4.636):

Ou seja, não há, no art. 133, monopólio do advogado inscrito na OAB para a postulação em juízo. Em consequência, não é esse dispositivo que autoriza a conclusão de que o Defensor Público deve estar inscrito nos quadros da OAB, inclusive para obter capacidade postulatória.

[...]

A atividade funcional do Defensor Público é muito superior à mera atuação judicial, à prestação de assistência judiciária individual, abarcando assistência jurídica integral e gratuita, que vai de assistência judiciária individual à

assistência jurídica coletiva e supraindividual, educação e conscientização em direitos, elaboração de estudos para aprimoramento social, trabalho efetivo para redução das desigualdades sociais e regionais e erradicação da pobreza e da marginalização e outras situações diversas." [ARRUDA, Ígor Araújo de. Defensoria Pública na concretização de políticas públicas. Um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3277, [21]jun. [2012]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22066>>. Acesso em: 9 dez. 2012.]

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, há que se assegurar o respeito a suas prerrogativas institucionais dos Defensores Públicos, máxime quando, de sua inobservância, como na espécie, advier sério prejuízo à defesa do recorrente.

A atuação da Defensoria Pública não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor **ad hoc**, razão pela qual a nomeação desse não afasta a nulidade da audiência ora impugnada, de acordo com os precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PARA PATROCINAR O RÉU. ADVOGADO DESIGNADO QUANDO AINDA NÃO HAVIA DEFENSORIA PÚBLICA INSTALADA NA COMARCA. ACUSADO QUE EXPRESSAMENTE MANIFESTOU O DESEJO DE SER ASSISTIDO PELO PROFISSIONAL INDICADO PELO JUÍZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. NULIDADE INEXISTENTE.

1. 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

2. No caso dos autos, a nomeação de defensor dativo para patrocinar o acusado ocorreu antes do início das atividades do primeiro defensor público que atuou na comarca, o que afasta a eiva suscitada na impetração.

3. Ao ser julgado pelo Tribunal do Júri, o paciente informou que estaria sendo patrocinado pelo advogado nomeado, tendo solicitado pessoalmente à Juíza Presidente a permanência do dativo no processo, pois não desejava a sua substituição por outro profissional, circunstância que impede a anulação da ação penal, como pretendido, já que de acordo com o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 337.754/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 26/11/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RAZÕES DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ENUNCIADO Nº 182/STJ. ADVOGADO DATIVO. PEDIDO DE HONORÁRIOS. RESOLUÇÃO 558-CNJ. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. Inviável agravo regimental cujas razões estão dissociadas dos fundamentos da decisão agravada.

2. A parte agravante deve infirmar todos os fundamentos da decisão impugnada, mostrando-se inadmissível o recurso que não se insurge contra todos eles (verbete sumular n. 182/STJ).

3. No âmbito da Justiça Federal a assistência judiciária aos beneficiários da gratuidade de justiça será realizada pela Defensoria Pública da União.

4. A atuação dos advogados voluntários e dativos, necessariamente nessa ordem, só se legitima para os casos de inexistência ou deficiência da Defensoria Pública da União, lembrando-se, ainda, que os advogados voluntários não farão jus a qualquer remuneração.

5. O juiz da causa possui todos os elementos necessários para justificar a atuação dos defensores voluntários e dativos, devendo, portanto, apreciar eventual pleito de honorários.

6. Agravo regimental não conhecido" (AgRg no HC n. 141.659/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 12/9/2012).

Superior Tribunal de Justiça

Em atenção ao que já foi mencionado é possível afirmar o desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do defensor público natural na espécie, uma vez que a prova oral produzida na audiência de instrução realizada, **sem a presença do defensor público natural**, será relevante na conclusão do juízo ao prolatar a sentença.

Cabe destacar, ainda, que **as pessoas assistidas pela Defensoria Pública são vulneráveis**. Destarte, é direito do acusado necessitado realizar **a audiência prévia e reservada antes da audiência de instrução e julgamento, a orientação para o interrogatório e as perguntas que serão feitas para as testemunhas (realizadas pela defesa técnica) com seu Defensor Público natural**.

Não raro os Defensores Públicos têm contato com o assistido somente no dia da audiência de instrução e julgamento, sendo que se tal ato é realizado por advogado **ad hoc** não há como não falar em prejuízo ao paciente que não estabelecerá contato com seu defensor público natural, no momento mais importante do processo criminal.

No caso **Gideon** a Suprema Corte dos Estados Unidos dispôs, que: "*Não só esses precedentes, mas também a razão e a reflexão nos obrigam a reconhecer que em nosso sistema adversário de justiça criminal, qualquer pessoa levada ao tribunal, que é pobre demais para contratar um advogado, não pode ter assegurado um julgamento justo, a menos que tenha aconselhamento jurídico. Isto nos parece ser uma verdade óbvia. Governos, tanto estadual e federal, muito apropriadamente gastam grandes somas de dinheiro para estabelecer um mecanismo para acusação de crimes. Os advogados para processar (acusar) estão em toda parte considerada essencial para proteger o interesse do público em uma sociedade ordenada. Da mesma forma, existem alguns réus acusados de crime, poucos de fato, que não conseguem contratar advogados que podem preparar e apresentar suas defesas. (...) os mais fortes indícios da crença generalizada de que os defensores em tribunais criminais são necessidades, e não luxo*U.S." (EUA. United States Supreme Court. **Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)**. Chief Justice Earl Warren).

A Constituição da República exige uma defesa técnica e, para as pessoas carentes, foi instituída as Defensorias Públicas para o patrocínio de todas as causas criminais, independentemente da jurisdição (estadual, federal, militar, eleitoral,

internacional). Portanto, a natureza de fundamentabilidade do direito de defesa no Brasil é muito similar ao precedente da Suprema Corte americana (Gideon v. Wainwright), ou seja, em todos os processos criminais o acusado tem o direito fundamental de ser amparado por defensor, lembrando que aqui é um direito indisponível.

O direito de defesa técnica possui dupla natureza jurídica, uma de direito fundamental individual para todos os que se submeterem ao processo criminal, e outra de direito coletivo na busca de um julgamento justo em que a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos efetivamente para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Por fim, a Defensoria Pública ao ser escolhida pela Constituição Federal como instituição essencial à justiça, devendo prover a defesa dos necessitados e sendo um direito do assistido ser patrocinado pelo Defensor Público natural, não cabe a nomeação de advogado **ad hoc** para realizar ato processual de processo já patrocinado pela Defensoria Pública União. A nomeação de advogado **ad hoc** além de violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do defensor público natural (art. 4^a-A, da Lei Complementar n^o 80/94), onera, ainda mais, o erário com o pagamento de honorários ao advogado dativo.

Ante o exposto, **conheço e dou provimento ao recurso**, para anular a audiência, realizada por advogado **ad hoc**, e os atos processuais posteriores, devendo ser renovado tais atos com a presença do Defensor Público Natural.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2015/0175233-4

RHC 61.848 / PA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038117520154010000 343397120114013900 38117520154010000

EM MESA

JULGADO: 04/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BENEDITO MACIEL CARNEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Uso de documento falso

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.