



NOTA TÉCNICA

Nº 03/2019

**DEFENSORIA PÚBLICA COMO
ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**



NOTA TÉCNICA Nº 03/2019



MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO MARANHÃO
Procuradoria Geral de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL

Procuradoria Geral de Justiça

Luiz Gonzaga Martins Coelho
Procurador-Geral de Justiça

Centro de Apoio Operacional Criminal

José Cláudio Cabral Marques
Coordenador

Márcia Moura Maia
Subcoordenadora

Domingos Eduardo da Silva
Coordenador Regional - Imperatriz

Fernando Antônio Berniz Aragão
Coordenador Regional - Timon

Hagamenon de Jesus Azevedo
Coordenador Regional - Santa Inês

Carlos Rafael Fernandes Bulhão
Coordenador Regional - Presidente Dutra

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho
Coordenador do Núcleo do Tribunal do Júri

Pedro Lino Silva Curvelo
Coordenador do Núcleo de Execução Penal

Aarão Carlos Lima Castro
Coordenador do Núcleo de Segurança Pública

Coordenadora do Núcleo do Controle Externo da Atividade Policial

Equipe

Ângela Lianete Vieira Lima
Técnico Ministerial

Haroldo Pinheiro Padilha
Técnico de TI

Jonh Selmo de Souza do Nascimento
Assessor Técnico

Érica Larissa Rocha
Estagiária de Pós-Graduação



NOTA TÉCNICA 03/2019

EMENTA: Defensoria Pública. Assistente da Acusação. (IM) Possibilidade. Colisão com Princípios Constitucionais. Razoabilidade. Proporcionalidade.

O **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL CAOP-CRIM**, alicerçado nos artigos 33, inciso V, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)¹ e art. 38, inciso III, da Lei Complementar n°. 13/1991 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Maranhão)², expede a presente **Nota Técnica n° 03/2019**, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução do Ministério Público do Estado do Maranhão com atuação na área criminal, fundamentando-se nas razões que passa a apresentar.

A presente Nota Técnica tem o condão de estabelecer o entendimento do Centro de Apoio Criminal acerca da viabilidade de a Defensoria Pública Estadual figurar como assistente da acusação.

Acerca do tema, importa destacar, inicialmente, que o STJ possui posicionamento no sentido da possibilidade de atuação do Defensor Público como assistente de acusação, inobstante a ausência de disposição regulamentar estadual autorizando expressamente essa assistência, consoante o julgamento do RMS n° 45.793/SC, abaixo transcrito:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE NORMA REGULAMENTAR ESTADUAL AUTORIZANDO O EXERCÍCIO DE TAL FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO A QUE A DEFENSORIA REPRESENTA,

¹ Art. 33. Os Centros de Apoio Operacional são órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes, na forma da Lei Orgânica: (...) V - exercer outras funções compatíveis com suas finalidades, vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução, bem como a expedição de atos normativos a estes dirigidos.

² Art. 38 – Os Centros de Apoio Operacional são órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes: (...) III – remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados a sua atividade;



NO MESMO PROCESSO, VÍTIMA E RÉU. DIREITO DE ACESSO UNIVERSAL À JUSTIÇA.

1. Nos termos do art. 4º, XV, da Lei Complementar 80/1994, é função da Defensoria Pública, entre outras, patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública. Sob esse prisma, mostra-se importante a tese recursal, pois, se a função acusatória não se contrapõe às atribuições institucionais da Defensoria Pública, o mesmo ocorre com o exercício da assistência à acusação. Precedentes. 2. "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, notadamente pela defesa, em todos os graus de jurisdição, dos necessitados (art. 134 da CR). Essa essencialidade pode ser traduzida pela vocação, que lhe foi conferida pelo constituinte originário, de ser um agente de transformação social, seja pela redução das desigualdades sociais, seja na afirmação do Estado Democrático de Direito ou na efetividade dos direitos humanos, mostrando-se, outrossim, eficiente mecanismo de implementação do direito fundamental previsto art. 5º, LXXIV, da C.R" (RHC 092.877, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 18/04/2018, publicado no DJe de 23/04/2018). **3. Para bem se desincumbir desse importante papel de garantir o direito de acesso à Justiça aos que não têm como arcar com os custos de um processo judiciário, o legislador assegurou à Defensoria Pública um extenso rol de prerrogativas, direitos, garantias e deveres, de estatura constitucional (art. 134, §§ 1º, 2º e 4º, da CR) e legal (arts. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, 4º, V, e 44, I, da Lei Complementar n. 80/1994), permeados diretamente por princípios que singularizam tal instituição. Assim sendo, ainda que não houvesse disposição regulamentar estadual autorizando expressamente a atuação da defensoria pública como assistente de acusação, tal autorização derivaria tanto da teoria dos poderes implícitos, quanto das normas legais e constitucionais já mencionadas, todas elas concebidas com o escopo de possibilitar o bom desempenho da função constitucional atribuída à Defensoria Pública. 4. Não existe empecilho a que a Defensoria Pública represente, concomitantemente, através de Defensores distintos, vítimas de um delito, habilitadas no feito como assistentes de acusação, e réus no mesmo processo, pois tal atuação não configura conflito de interesses, assim como não configura conflito de interesses a atuação do Ministério Público no mesmo feito como parte e custos legis, podendo oferecer opiniões divergentes sobre a mesma causa.** Se assim não fosse, a alternativa restante implicaria reconhecer que caberia à Defensoria Pública escolher entre vítimas e réus num mesmo processo os que por ela seriam representados, excluindo uns em detrimento de outros. Em tal situação, o resultado seria sempre o de vedação do acesso à Justiça a alguns, resultado que jamais se coadunaria com os princípios basilares de igualdade e isonomia entre cidadãos que norteiam a Constituição, inclusive na forma de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, caput, CF) que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da CF). 5. Recurso ordinário a que se dá provimento, para reconhecer o direito dos impetrantes de se habilitarem como assistentes da acusação na ação penal, no estado em que ela se encontrar.

(RMS 45.793/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018, grifo nosso)”.³

Como sustentáculo dessa orientação, a Corte Superior tem utilizado,

³ No mesmo sentido: AgRg no REsp 1733623/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 17/09/2018.



basicamente, **a teoria dos poderes implícitos** no sentido de que, ainda que não exista disposição regulamentar (infralegal e/ou estadual) autorizando expressamente a atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação, tal autorização derivaria das normas legais e constitucionais que instituem e regulam a instituição, todas elas concebidas com o escopo de possibilitar o bom desempenho da função constitucional atribuída à Defensoria Pública, qual seja, a defesa, em todos os graus de jurisdição, dos necessitados, prevista no artigo 134 da CF:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-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, art. 5º, desta Constituição Federal. ”

Renato Brasileiro de Lima⁴, explicando a teoria adotada pelo STF⁵, discorre:

“Teoria dos poderes implícitos: segundo essa teoria, nascida na Suprema Corte dos EUA, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland* (1819) a Constituição, ao conceber um atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implicitamente e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo. Segundo o Juiz Black ‘tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição’”.

Em sendo assim, na visão do STJ, há “*poderes implícitos*” à Defensoria Pública para atuar em defesa da vítima, como assistente de acusação, por se tratar do meio necessário para viabilizar o exercício pleno da função constitucional atribuída ao órgão.

Todavia, *data maxima venia* ao posicionamento firmado pelo STJ, a possibilidade do exercício dessa atribuição pela Defensoria Pública embora possa, teoricamente, ser admitida mediante uma análise isolada e abstrata do

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 182.

⁵ Convém ponderar, nesse ponto, que o STF reconheceu legitimidade ao Ministério Público de promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, com arrimo nessa mesma teoria, porquanto, se a última palavra acerca de um fato criminoso cabe ao Ministério Público, porquanto é ele o titular da ação penal pública, deve-se outorgar a ele todos os meios para firmar seu convencimento, aí incluída a possibilidade de realizar investigações. STF, Pleno, RE 593.727/MG.



artigo 134 da CF, **a partir de uma interpretação do texto constitucional com base nos princípios da unidade da constituição⁶, da concordância prática ou harmonização⁷ e da conformidade constitucional⁸, essa atribuição não se legitima, porquanto colide com outras normas com o mesmo status constitucional e, na resolução do aparente conflito de normas, através da razoabilidade e da proporcionalidade, cede em face dos demais postulados constitucionais.**

Senão vejamos.

1. Dos princípios constitucionais colidentes com a atuação da Defensoria Pública como assistente da acusação. Resolução do aparente conflito de normas com base na razoabilidade e proporcionalidade.

1.A. Princípios da legalidade e da separação de poderes.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com previsão constitucional, consoante insculpido pelo artigo 134 da CF:

“A defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”⁹

De acordo com o §1º do mesmo diploma legal, Lei Complementar

⁶ Acerca desse princípio interpretativo, Luís Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição. Editora Saraiva, 3ª edição, p. 188) sustenta que “a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes de Lei Maior”.

⁷ De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (Direito constitucional, Editora Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 234) “Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.”

⁸ Significando que “o órgão (ou órgãos) encarregados da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE)”. J.G Gomes Canotilho, op. cit., p. 233-234.

⁹ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;



prescreverá normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados.¹⁰

Obedecendo ao comando constitucional, a **Lei Complementar nº 80/94** organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreveu normas gerais para sua organização, nos Estados, cujo artigo 1º estabeleceu:

“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**, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

Especificamente acerca da Defensoria Pública estadual, dispôs, a norma em comento:

“Dos Defensores Públicos dos Estados
Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado **incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo.**
Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais:
I – atender às partes e aos interessados;
II – participar, com direito a voz e voto, dos Conselhos Penitenciários;
III – certificar a autenticidade de cópias de documentos necessários à instrução de processo administrativo ou judicial, à vista da apresentação dos originais;
IV – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado.”

No **âmbito do Estado do Maranhão**, a **Constituição Estadual**, em sua seção III, repetiu, basicamente, a conceituação e finalidades institucionais já

¹⁰ §1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.



previstas na CF, a saber:

“Art. 109. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado e incumbi-lhe a assistência jurídica integral e gratuita, bem como a representação judicial em todas as esferas e instâncias daqueles que, na forma da lei, sejam considerados necessitados.

Art. 111. A lei disporá sobre a estrutura, funcionamento e competência da Defensoria Pública, observado o disposto na Constituição Federal e nas normas gerais prescritas por lei complementar federal, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e o provimento dos cargos de carreira, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

A esse respeito, então, a Lei Complementar Estadual nº 19, de 11 de janeiro de 1994, criou a Defensoria Pública do Estado do Maranhão e dispôs sobre sua competência, estrutura e funcionamento, elencando, expressamente em seus artigos 1º e 8º, a natureza e finalidade do órgão, bem como suas competências/atribuições:

Art. 1º – 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº. 169/2014)

Art. 8º - São funções institucionais da Defensoria Pública.

I – Promover, extrajudicialmente, a orientação jurídica dos necessitados, visando a conciliação entre as partes em conflito de interesse;

II - Atuar em processos como curador especial nos casos previstos em lei;

III - Atuar junto às delegacias de Polícia e estabelecimentos penais, visando assegurar à pessoa, sob qualquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

IV - Patrocinar:

a) ação penal privada e a subsidiária da ação penal pública;

b) ação cível;

c) defesas em ações penais e cíveis;

d) os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma desta Lei;

e) à defesa dos interesses do menor;

V - Homologar transações extrajudiciais.

Parágrafo único – A defesa do menor caberá, especialmente, nas hipóteses previstas no art. 227, § 3º da Constituição Federal.

Como visto, a Lei Complementar Estadual enumerou explicitamente as atribuições da Defensoria Pública, dentre as quais não se encontra a atuação



como assistente da acusação.

Na esfera criminal, constou, exclusivamente: a promoção da ação penal privada e a subsidiária da pública; assim como, a promoção da defesa na ação penal.

O legislador, portanto, não conferiu à Defensoria Pública a função de assistente da acusação, em que pese tenha regulamentado explicitamente a atribuição para patrocinar a ação penal privada e a subsidiária da pública na hipótese de omissão do Ministério Público.

Mostra-se relevante, nesse contexto, destacar que acaso o intuito da norma fosse abranger, na seara penal, a defesa dos interesses da vítima hipossuficiente de modo geral, não teria elencado apenas as duas hipóteses de intervenção, quais sejam, promoção da ação penal privada e a subsidiária da pública, tampouco teria limitado, na ação penal, a promoção da defesa do acusado.

O legislador, quando quis prever a atuação do Defensor Público, no processo penal, em prol da vítima, o fez expressamente, **não sendo caso de lacuna legislativa, mas silêncio eloquente da norma**.

À guisa de exemplo, podemos trazer à baila o artigo 28 da Lei Maria da Penha¹¹, que garantiu manifestamente a toda mulher vítima de violência doméstica o acesso aos serviços da Defensoria Pública.

Essa garantia expressa consignada na Lei Maria da Penha corrobora a assertiva acerca do silêncio eloquente da lei, evidenciando, ademais, que a atuação da Defensoria Pública em prol da vítima, no processo penal, *não é função ordinária da instituição, mas, sim, absolutamente excepcional e dependendo de regulamentação expressa*, até mesmo porque nos casos de violência doméstica, há outras questões diversas daquelas de natureza penal, o que justifica a assistência da instituição nesta hipótese específica.

Inclusive, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, recentemente, por voto da maioria absoluta do Conselho Superior da Defensoria

¹¹ Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.



Pública do Estado, editou o Enunciado nº 08, abaixo transcrito, admitindo a atuação como assistente da acusação, em **casos excepcionais, desde que editada resolução para a regulamentação da matéria:**

“ENUNCIADO CSDPE Nº 08

O **CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO**, no uso de suas atribuições legais, na Reunião Extraordinária nº 04/2018, realizada em 19 de outubro de 2018, em análise ao Expediente Administrativo nº 001465-30.00/99-5, por voto da maioria absoluta de seus membros, consolidou o seguinte entendimento:

“Os membros da Defensoria Pública devem atuar como assistentes de acusação nos casos de grave violação dos direitos humanos, respeitada a independência funcional e priorizada a defesa do acusado, **devendo ser editada resolução¹² para regulamentação da matéria**”.

Porto Alegre, 26 de outubro de 2018.” (Grifos nossos)

Portanto, a atuação da Defensoria Pública como assistente da acusação *sem norma que autorize e regule essa atribuição (Lei Complementar e Resolução) fere o princípio constitucional da legalidade*, corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Além disso, ao contrário da tese firmada pelo STJ, ***não há como adotar para a presente hipótese a teoria dos poderes implícitos consagrada pelo STF***, porquanto **há norma clara em sentido oposto ao que se pretende legitimar.**

Com efeito, o §1º do artigo 134 da CF é expresso, não deixando qualquer margem de dúvidas, ao determinar à Lei Complementar a fixação da competência da Defensoria Pública. E esta, no âmbito do Estado do Maranhão (Lei Complementar Estadual nº 19/94), **não quis estabelecer a atribuição do Defensor Público para atuar como assistente da acusação.**

Não se trata, como visto, de uma lacuna da lei que possa ser integrada pela adoção da teoria dos poderes implícitos, mas de uma verdadeira **opção legislativa, no legítimo exercício de seu poder atribuído pela constituição.**

Dar sentido diverso ao que a norma claramente definiu, estendendo à Defensoria Pública uma atribuição que Lei Complementar pretensamente deixou de incluir no rol de competências da instituição, viola diretamente o princípio da

¹² Até a presente data, 12/02/2019, a resolução apontada no enunciado ainda não foi editada.



legalidade¹³ e, de forma consequencial, o princípio da separação de poderes¹⁴.

1.B. Princípio da razoabilidade.

Com origem no direito norte-americano, o princípio da razoabilidade integra o Direito Constitucional Brasileiro a partir do aspecto material do princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CF).

Segundo preconizado por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ “*proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio.*” (Grifo nosso)

A análise da razoabilidade, destarte, vai além da verificação da congruência da norma/ato com seus aspectos internos ou com o caso concreto apresentado, exigindo-se o *confronto com os aspectos externos à norma, a fim de aferir se ela está informada pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.*

A doutrina mais consagrada sobre princípios jurídicos, Humberto Ávila¹⁶, ao aprofundar as acepções do princípio da razoabilidade, quais sejam, *razoabilidade como equidade (harmonização da norma geral com o caso individual); razoabilidade como congruência (harmonização das normas com suas condições internas de aplicação) e razoabilidade como equivalência (relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona)* assevera:

“A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

¹⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, p. 225-227.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Editora Malheiros, 15ª edição, p. 194-199.



elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal”.

Em sendo assim, no contexto dos **atos do Poder Público**, a compreensão deste princípio comporta o emprego da ***lógica do razoável***, ou seja, a ***compatibilização da norma com os interesses e razões na conduta*** de todo e qualquer agente integrante dos órgãos da administração pública (parâmetros externos à norma), sendo que este último critério perpassa, necessariamente, pela observância dos fins constitucionais do órgão estatal.

E a atuação da Defensoria Pública como assistente da acusação vai de encontro aos interesses primordiais defendidos pela instituição, bem como à finalidade de sua criação, pelo Estado, no âmbito do processo penal, qual seja, a satisfação do *munus* estatal de garantir a ampla defesa aos acusados.

Senão vejamos.

Consagrado no artigo 5º, LV, da CF¹⁷, **o princípio da ampla defesa** “traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada. (...) Desta garantia inserta ao texto constitucional outras decorrem e estão previstas na própria Carta Magna, como o dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados”.¹⁸

Sob a ótica do interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; por outro lado, sob o enfoque publicístico, é vista como uma garantia-dever.

Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:¹⁹

“O direito à ampla defesa, no processo penal, impõe o reconhecimento do direito à defesa pessoal e à defesa técnica. A defesa técnica decorre da necessidade de **simetria de conhecimento especializado entre a acusação e a defesa e é absolutamente indisponível** no processo.” (grifos nossos)

¹⁷ LV - 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;

¹⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. Editora Método, 8ª edição, p. 38-39.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 836.



Em decorrência desse princípio, inclusive, o STF editou a Súmula nº 523, no sentido de que *“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”*.

Também dessa garantia constitucional da ampla defesa ao acusado, decorre a regra inserta no artigo 261 do CPP:

“Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

Extrai-se, da norma em comento, **a obrigatoriedade da defesa técnica ao acusado**, ou seja, **a indisponibilidade do direito de defesa**, como decorrência da indisponibilidade ao direito à liberdade, através de profissional dotado de capacitação técnica – cuja garantia, a todos os acusados, é *dever do Estado*.

A presença do defensor, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho²⁰, é imprescindível. *“Pouco importa esteja o acusado ausente. Pouco importa seja ele revel. O art. 261 do CPP, cumprindo a garantia constitucional, permanece intangível na sua imperativa determinação, em virtude de um superior interesse da justiça”*.

Ao Estado incumbe, destarte, garantir, ao réu, a existência de um defensor, não somente habilitado para a função, mas que realize uma defesa técnica *efetiva*.

E o órgão criado e organizado pelo Estado para garantir o direito - indisponível e necessário - da ampla defesa ao réu no processo penal foi, exatamente, a Defensoria Pública.

Fernando da Costa Tourinho Filho²¹, ao defender a relevância da defesa no processo penal, menciona:

“De notar, ainda, tamanha a relevância da defesa, que a Constituição, no art. 134, proclama que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Editora Saraiva, 35ª edição, p. 576.

²¹ Idem, p. 574.



Por outro lado, a assistência à acusação é facultativa, como se depreende da norma do artigo 268 do CPP:

“Art. 268. Em todos os termos da ação pública, **poderá** intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31. ”

O assistente da acusação, destarte, não é parte necessária no processo, sendo considerado sujeito secundário e acessório da relação processual. Funciona, consoante Renato Brasileiro de Lima²² “*como verdadeiro auxiliar do Ministério Público, prestando auxílio ao órgão acusador (...)*”.

Nas lições precisas de Fernando da Costa Tourinho Filho²³:

“Ao falar sobre as ‘partes processuais’, fizemos a sua distinção em ‘necessárias’ e ‘contingentes’. Aquelas são imprescindíveis, isto é, para a existência de um processo, haverá necessidade das partes necessárias: de um lado, a pessoa *rem in judicio deducens* e, do outro, a pessoa contra quem *res in judicio deducitur*.”

Contingentes são as partes ‘cuya constitución está permitida por La ley, pero que son necesarias para que El proceso exista.

Entre nós, **a única parte contingente é o assistente da acusação. A lei permite sua intervenção no processo, mas, com assistente ou sem assistente, o processo existirá. Contingente, portanto**”.

Além de se tratar de parte contingente (não necessária, facultativa), a atuação do assistente de acusação no processo penal é **restrita**, inobstante o entendimento mais atual e majoritário da doutrina e jurisprudência seja no sentido de que o interesse do assistente da acusação não se limita à obtenção de um título executivo judicial, mas à própria condenação do réu.

Não é por outra razão que o STJ posicionou-se no sentido de que o rol dos poderes determinados ao assistente da acusação, no artigo 271 do CPP²⁴, é taxativo. Nesse sentido:

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Op. Cit., p. 1212.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. Op. cit., p. 609

²⁴ Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

§ 1º. O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente.

§ 2º. O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado.



“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. EXEGESE RESTRITIVA. HIPÓTESE NÃO INCLUÍDA NO ROL DO ART. 271 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - "O assistente de acusação detém legitimidade restrita às hipóteses taxativamente previstas no art. 271 do Código de Processo Penal." (AgRg no Ag 1378822/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 22/09/2015).

III - Esta Corte Superior de Justiça adota exegese restritiva quanto à intervenção do assistente de acusação, admitindo sua participação apenas nos atos taxativamente previstos no rol do art. 271 do Código de Processo Penal. Assim, a legitimidade recursal do assistente de acusação depende da inércia do Ministério Público, bem como da natureza da decisão a ser impugnada.

IV - In casu, a assistente de acusação interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão que rejeitou parcialmente a denúncia em relação aos pacientes e outro réu, com fundamento na inépcia e ausência de justa causa para a ação penal, mesmo não tendo havido recurso por parte do Ministério Público.

V - Se o próprio dominus litis da ação penal deixou de recorrer, conformando-se com a decisão que rejeitou a denúncia quanto aos pacientes, mostra-se manifesta a ilegitimidade do assistente de acusação para interpor recurso em sentido estrito, buscando o recebimento da denúncia, pois tal hipótese não está prevista no rol do art. 271 do Código de Processo Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no recurso em sentido estrito n. 0004963-54.2016.8.08.0014, e, assim, restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Colatina/ES, que rejeitou parcialmente a denúncia em relação a ALEXANDRE MAGNO AMARAL FERREIRA e MÁRIO GIURIZATTO.

(HC 430.317/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018) ” (grifos nossos)

A dispensabilidade da participação do assistente da acusação no processo é expressamente consagrada no Código de Processo Penal, na medida em que o §2º do artigo 271 do referido diploma legal reza que “*O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado*”.

Em sendo assim, no **sopesamento** entre o exercício de uma **função**



indisponível e obrigatória ao Estado (defesa do réu), de um lado, e de outra **função facultativa, dispensável e restrita** (assistência à acusação), **deve preponderar, evidentemente, pela lógica do razoável e pelo bom senso, aquela.**

Outro argumento relevante a ser levado em consideração neste ponto, é o fato de que, **na esfera penal, a proteção às vítimas já é efetivada pelo Ministério Público**, instituição incumbida de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho²⁵:

“Juiz e Promotor realizam ambos idêntica missão, servindo ao interesse público de buscar, na decisão final do processo, o ‘resplendor de todos os valores jurídicos que presidem a justiça’ (..)

Claro que a natureza das funções de que cuidamos restringe-se às suas atividades como órgão estatal da pretensão punitiva. Mas, no campo repressivo, ele atua, conforme vimos, não só como *custos legis e substituto processual*, mas também como *interveniente adesivo obrigatório* (hipótese da ação privada subsidiária da pública).

No campo extrapenal, sua atuação é multiface, ora funcionando como parte, ora como substituto processual, ora como *custos legis*.”

Assim, a atuação do Ministério Público no processo penal não se limita à acusação; mas, sim, à busca da verdade e da justiça, bem como à defesa dos direitos individuais indisponíveis, inclusive das vítimas do delito.

Não por outra razão, o artigo 387, inciso IV, do CPP²⁶ determina que o Juiz, ao proferir a sentença condenatória, fixe um valor mínimo para a reparação dos danos causados com a infração, devendo o *Parquet* velar por essa reparação, como *múnus público*.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Op. Cit., p. 431.

²⁶ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).



Desta forma, não se vislumbra motivo crível e razoável para que se admita a **atuação simultânea e transversal, em um mesmo processo, de dois órgãos estaduais com iguais pretensões**, de modo a gerar uma desnecessária “dupla defesa” aos interesses da parte ofendida pelo Estado, ente que já responde com dificuldades à exorbitante demanda de conflitos jurídicos existentes.

Não há lógica em aumentar as atribuições da Defensoria Pública (quando já existe outro órgão estatal incumbido da mesma função), porquanto é fato notório que, dadas as condições financeiras precárias do Estado, a instituição enfrenta dificuldades em cumprir, até mesmo, com as funções que lhe são inerentes e ordinárias.

À guisa de exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública não atua nos autos de prisões em flagrante, no momento da apresentação e oitiva do flagrado (artigo 304 do CPP), tendo em vista a escassez de Defensores Públicos.

Ora, se a instituição nem mesmo consegue garantir a prerrogativa constitucional conferida ao flagrado hipossuficiente, inculpada no inciso LXIII do artigo 5º da CF, de ser assistido por advogado²⁷, é razoável que pretenda, também, atuar em uma atividade dispensável, cujo objeto da tutela é perfeitamente exercido pelo Ministério Público?

Por fim, em clara lição acerca da razoabilidade, Luís Roberto Barroso²⁸ preceitua:

“Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

Portanto, fere a lógica, o equilíbrio, a moderação e os próprios fins da Defensoria Pública – instituição criada e mantida pelo próprio Estado para garantir o acesso à justiça aos necessitados – e que, na seara penal, possui a

²⁷ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Editora Saraiva, 3ª edição, p. 215.



atribuição precípua de garantir o princípio constitucional da ampla defesa aos acusados em geral, que a instituição “opte” pela assistência à acusação, atividade facultativa e que já conta, na sistemática processual vigente, com órgão estatal apto a tal *mister*.

1.C. Princípios da razoável duração do processo e da eficiência.

De acordo com o inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Ocorre que a atuação da Defensoria Pública como assistente da acusação é passível de ferir esse princípio, na medida em que, de acordo com o que será explanado no item 2 desta Nota Técnica, *na hipótese de ser adotado ao caso concreto o posicionamento defendido pelo STJ, admitindo-se a atuação da defensoria em prol dos interesses da vítima, como assistente de acusação (e esgotada, evidentemente, a questão em sede recursal), acaso a defesa do acusado também esteja sob a assistência da defensoria pública deverá – necessariamente - ocorrer a atuação de dois Defensores Públicos distintos: um para a defesa do réu (devendo, neste caso, ser o agente com a atribuição naquela Vara, consoante abaixo detalhado) e outro para a assistência à vítima.*

Isso se deve ao fato de que a Defensoria Pública não pode atuar como assistente de acusação e defensor nos mesmos autos, por idêntica razão com o que ocorre com corréus, segundo inteligência do artigo 270 do CPP²⁹.

E a análise e regulamentação, pelo Magistrado, dessa circunstância, certamente possui o condão de atrasar e/ou tumultuar o regular seguimento do feito, ainda mais nas hipóteses (não raras nas Comarcas do Estado) em que houver *um único Defensor Público para a respectiva Vara Criminal*, caso em que outro Defensor, com titularidade e atribuições diversas, deverá assumir o encargo de assistência à vítima, o que poderá acarretar, além de outros entraves no trâmite da ação penal, a colidência entre as audiências designadas (fato, sabidamente, comum de ocorrer).

²⁹ Art. 270. O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.



E mais, corre-se o risco de o Defensor Público atuar na acusação dos mesmos indivíduos que, em outro momento processual, poderá ter que defender o que pode, em tese, ensejar eventual colidência de interesses a serem defendidos pela instituição.

Importa consignar que o entrave a regular marcha processual não prejudica somente o interesse público na administração da justiça, mas, inclusive, à própria vítima que a Defensoria Pública busca (como assistente da acusação) tutelar, já que esta possui interesses imediatos e mediatos à condenação definitiva do acusado da forma célere possível.

Ademais, não basta que a tramitação do processo seja célere, se não atingida sua finalidade de forma *eficiente*³⁰, razão pela qual há que se atentar, também, ao princípio da eficiência, que decorre do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CF), além de estar expresso no “caput” do artigo 37 da norma suprema³¹.

Nesse contexto, convém destacar que impacta economicamente aos cofres públicos a atuação concomitante, em um mesmo polo processual (de acusação), por duas instituições financiadas pelo Estado, na medida em que mobilizaria recursos para pagamento de, no mínimo, dois agentes estatais para idênticos fins.

Destarte, não bastasse a violação à legalidade e razoabilidade, a admissibilidade de a Defensoria Pública atuar como assistente da acusação também viola os princípios da ***celeridade processual*** e da ***eficiência (economicidade)***.

1.D. Princípios da isonomia e da vedação ao excesso estatal (proporcionalidade).

Como desdobramento da garantia constitucional assegurada no artigo 5º, “caput”, da CF³², as partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária.

³⁰ No sentido da obtenção do melhor resultado com os menores custos possíveis.

³¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



No dizer sempre expressivo de Norberto Avena³³:

“Os tratamentos normativos diferenciados, excepcionados em algumas hipóteses, somente são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. É o caso do princípio favor rei, segundo o qual **o interesse do acusado tem prevalência sobre a pretensão punitiva estatal e que se encontra cristalizado em vários dispositivos do Código de Processo Penal (...)**”.

Com efeito, a atuação da Defensoria Pública em favor da vítima do crime e, por via de consequência, contra o réu, acarretará a situação ilógica e desproporcional da existência de dois órgãos aparelhados pelo Estado no exercício da acusação do réu, parte que, na maioria das vezes, é *hipossuficiente*.

Ademais, o Defensor Público, ao atuar na qualidade de assistente de acusação, terá poderes que não alcançam ao próprio advogado privado do réu³⁴, como, por exemplo, a prerrogativa de requisitar documentos e providências a órgãos públicos, além de gozar, por força de lei, de prazo em dobro³⁵ para se manifestar nos processos.

Diga-se, de passagem, que o prazo em dobro no processo penal não alcança sequer a atuação do Ministério Público, havendo, neste tocante, indiscutível *prejuízo para o acusado e flagrante violação da paridade das armas*.

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³³ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. Op. Cit., p. 36.

³⁴ Art. 51 da LC Nº 11.795, DE 22 DE MAIO DE 2002. - Aos membros da Defensoria Pública do Estado são assegurados os seguintes direitos, além de outros conferidos por esta Lei Complementar e pelos artigos 124 e 125 da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública nº 80, de 12 de janeiro de 1994: I - uso da carteira de identidade funcional, expedida pelo Defensor Público-Geral do Estado, valendo como autorização para porte de arma, mesmo na inatividade; II - ressarcimento de despesa relativa à contribuição anual à Ordem dos Advogados do Brasil, como órgão de fiscalização do exercício profissional; III - sujeição a regime jurídico especial estabelecido na legislação de regência da Defensoria Pública, inclusive neste Estatuto.

³⁵ Lei complementar nº 80/94: Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – 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;

(...)

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;



Como preceituam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁶:

“O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades e dos mesmos meios* para dele participar. Vale dizer: se dispõem das *mesmas armas*. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à paridade de armas. Como facilmente se percebe, a igualdade, e a paridade de armas nela implicada, constitui *pressuposto* para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para a plena realização do *direito ao contraditório*.”

Importa destacar que a observância ao princípio da isonomia deve ser aferida através do filtro do **princípio da proporcionalidade**, postulado que possui ampla incidência sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado, sendo essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela das liberdades fundamentais, extraíndo-se a sua justificação dogmática da cláusula constitucional da dimensão substantiva ou material do devido processo legal.

Nesse viés, impõe-se analisar, no caso concreto, a paridade de armas no processo penal sob o enfoque de uma das faces do **princípio da proporcionalidade**, qual seja, da **proibição de excesso** (*Übermassverbot*)³⁷, que deve orientar a atuação do Estado, de modo a assegurar que não sejam afetados, para além do necessário, direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade e igualdade.

O STF, há muito, vem adotando o princípio da proporcionalidade como postulado básico de *contenção dos excessos do poder público* (tanto na figura do legislador, quanto na do aplicador do direito).

À guisa de exemplo, citam-se os seguintes precedentes:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR – INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE – CONSIDERAÇÃO, PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, DE QUE A EXISTÊNCIA DE PROCESSO PENAL EM CURSO LEGITIMA A UTILIZAÇÃO, CONTRA A PACIENTE, DA MEDIDA EXCEPCIONAL DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE – INADMISSIBILIDADE –

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang, Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 822.

³⁷ Ao passo que a outra face do binômio é representada pela proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), que busca superar omissões estatais, para não restar inviabilizada a tutela daqueles direitos fundamentais.



VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA **PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”**: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – PEDIDO DEFERIDO E ORDEM DE “HABEAS CORPUS” CONCEDIDA, DE OFÍCIO, EM MAIOR EXTENSÃO. (HC 109135, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014)

QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEM OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos



prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. **7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.** 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (RE 966177 RG-QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019) (grifos nosso)

Como visto, essa dupla atuação de agentes estatais contra o réu, com prerrogativas inerentes a cada órgão, que vão além das prerrogativas do advogado privado, vai de encontro ao princípio da isonomia e não representa providência *proporcional*, na medida em que coloca o acusado em posição de desvantagem processual perante dois órgãos estatais no exercício de sua acusação, em verdadeiro *excesso acusatório*.

Nesse contexto, de acordo com o princípio da proporcionalidade - enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado e como verdadeiro parâmetro de aferição da própria *constitucionalidade material* dos atos estatais - verifica-se que a atuação da Defensoria Pública na qualidade de assistente da acusação é inconstitucional, na medida em que fere (além dos postulados já referidos) a paridade de armas, mostrando-se desproporcional e excessiva atuação estatal em face do acusado.

Por fim, conforme podemos observar do que restou acima disposto,



em que pese o exercício, pela Defensoria Pública, de defesa da vítima necessitada, por meio da assistência à acusação no processo penal, possa ser *teoricamente* admitida com base no artigo 134 da CF³⁸, que confere ao órgão a defesa dos direitos individuais dos necessitados, modo geral, essa atribuição contraria princípios da mesma hierarquia, previstos no artigo 37, “caput” (legalidade e eficiência); artigo 2º (separação dos poderes) e no artigo 5º, “caput” (isonomia) e incisos II (legalidade), LIV (razoabilidade, proporcionalidade e efetividade) e LXXVIII (razoável duração do processo), todos da CF.

2. E como interpretar essas normas constitucionais, resolvendo esse “aparente” conflito entre direitos e princípios fundamentais?

Interpretar a constituição, no dizer sempre expressivo de Gomes Canotilho³⁹ “*é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente justo através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamental este resultado também de forma racional e controlável (HESSE).*”

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Considerando-se a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais (estando, inclusive, superada a distinção entre regras e princípios), o intérprete deve partir do **princípio da unidade da Constituição**, haja vista que todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano.

A Constituição é um sistema unitário de normas jurídicas que devem conversar entre si e não um simples agrupamento de regras justapostas ou superpostas. A ideia do sistema, na visão de Luís Roberto Barroso⁴⁰ “*funda-se*

³⁸ Norma reproduzida pela Constituição Estadual e pela Lei Complementar nº 80/94.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 215.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 149.



na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes.”

Por tal razão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar **harmonizar os espaços de tensão**.

Daí porque, verificada a colidência entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, de igual valor, o intérprete deve, como solução, evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, estabelecendo-se limites e condicionantes recíprocos, de forma a conseguir uma **concordância prática ou harmonização** entre esses bens. De acordo com as lições de Ingo Sarlet sobre o tema⁴¹.

“Também designado pela doutrina germânica de **princípio da harmonização, o princípio da concordância prática** implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato.

(...)

Este princípio não deve ser aplicado isoladamente, mas socorrer-se dos demais princípios instrumentais e materiais de aplicação da constituição, pois impõe uma **necessária e saudável coordenação e harmonização dos bens jurídicos constitucionais em conflito**, evitando-se o perecimento de uns para satisfazer outros, isto é, o princípio da concordância prática impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos *in concreto*.”

Dentre os métodos indicados para a realização da ponderação no caso concreto, Luis Roberto Barroso⁴² propõe, em primeiro lugar, que “o intérprete deve escolher a solução que impõe a menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos em discussão (concordância prática)” e, em segundo lugar, “quando a disputa envolve direitos fundamentais, a decisão que vier a ser apurada no processo de ponderação não pode traspasar o núcleo de nenhum deles.”

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 223.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Editora Renovar, 2007, p. 291-292.



Em sendo assim, segue propondo o jurista que:

“Diante de um conflito normativo insuperável, a norma que de forma direta promova e/ou proteja os direitos fundamentais dos indivíduos tem preferência sobre aquelas que estejam apenas indiretamente relacionadas com esses direitos.”

Inclusive, esse método interpretativo como forma de solucionar os conflitos entre normas constitucionais é adotado pelo próprio STF:

“QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEM OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE. (...) 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. (...) (RE 966177 RG-QO, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)” (grifos nossos)

Ora, se a atuação da Defensoria Pública em prol da vítima do crime, com base em dispositivo genérico de assistência aos necessitados (artigo 134 da CF), colide com os princípios da *legalidade, separação dos poderes, razoabilidade e proporcionalidade, razoável duração do processo, eficiência e isonomia, **sopesando os bens constitucionais conflitantes, deve ser conferida primazia*** a estas normas, uma vez que promovem, de forma direta, a tutela de direitos e garantias fundamentais, não somente do acusado, mas de toda a sociedade e da própria vítima (a exemplo da razoável duração do processo e da eficiência, que atingem ao Estado com um todo).

Além disso, no caso concreto, conforme foi inicialmente ressaltado,



admitir que a Defensoria Pública atue como assistente de acusação, mesmo a despeito da existência de norma clara em sentido oposto ao que se pretende legitimar⁴³, na medida em que a Lei Complementar Estadual nº 19/94, em opção legislativa, deixou de incluir essa atribuição no rol de competências da instituição, viola diretamente o princípio da legalidade e, de forma consequencial, o princípio da **separação de poderes**.

A fim de impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida, o intérprete também deve se valer do **princípio da justeza ou conformidade constitucional**, para que o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação e harmonização da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

Em sendo assim, deve-se afastar a conclusão acerca da possibilidade da atuação da Defensoria Pública em prol da vítima do crime, como assistente de acusação, também como forma de evitar uma interpretação ao artigo 134 da CF que subverta a separação dos poderes.

Importante consignar que o **Supremo Tribunal Federal**, Corte com a competência para apreciar definitivamente as questões que contrariem normas consagradas na Constituição Federal, **não se pronunciou sobre o tema**, de modo que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, além de não vincularem os demais órgãos do Poder Judiciário, uma vez que não foram julgadas nos moldes dos recursos repetitivos, podem não prevalecer, já que o entendimento do STJ no RMS nº 45.793/SC fundamentou-se em uma análise isolada e abstrata do artigo 134 da CF, sem que fossem considerados e sopesados os demais princípios constitucionais envolvidos direta e indiretamente na problemática.

Por tal, adotamos entendimento no sentido da **impossibilidade da**

⁴³ Com efeito, o §1º do artigo 134 da CF é expresso, não deixando qualquer margem de dúvidas, ao determinar à Lei Complementar a fixação da competência da Defensoria Pública. E esta, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Complementar Estadual nº 9.230/91), não quis estabelecer a atribuição do Defensor Público para atuar como assistente da acusação. Não se trata, como visto, de uma lacuna da lei que possa ser integrada pela adoção da teoria dos poderes implícitos, mas de uma verdadeira opção legislativa, no legítimo exercício de seu poder atribuído pela constituição.



atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação, com arrimo nos princípios constitucionais previstos no artigo 37, “caput” (legalidade e eficiência), artigo 2º (separação de poderes), artigo 5º, “caput” (isonomia) e incisos LIV (razoabilidade, proporcionalidade e efetividade) e LXXVIII (razoável duração do processo), todos da CF, conforme a fundamentação supra, adotando-se, para a resolução do “aparente” conflito de normas constitucionais (princípios invocados em face do artigo 134 da CF) o critério interpretativo da *Harmonização ou Concordância Prática*, para, sopesando os bens constitucionais conflitantes, dar primazia aos princípios acima invocados.

Deste modo, acaso seja esse o entendimento adotado pelo agente ministerial, cumprirá manifestar-se nos autos nesse sentido (§1º do artigo 271 do CPP), invocando os preceitos constitucionais acima referidos, a fim de, desde a manifestação prévia à decisão judicial, seja prequestionada a matéria, possibilitando, na eventual decisão judicial em sentido contrário, a interposição de **correção parcial**⁴⁴, e, posteriormente, se for o caso, através do manejo de

⁴⁴ Acerca da possibilidade de interposição da correção parcial para a hipótese em que o Magistrado, em que pese a prévia manifestação ministerial em sentido contrário, defira a assistência da vítima, pela Defensoria Pública, na qualidade de assistente de acusação, importa tecermos algumas considerações. O artigo 273 do CPP é expresso no sentido de que do despacho que admitir ou não o assistente de acusação, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão. Todavia, apesar de o CPP dispor que se trata de decisão irrecorrível, doutrina e jurisprudência admitem a impetração de Mandado de Segurança contra a decisão judicial que viola o direito líquido e certo do ofendido de se habilitar como assistente de acusação. Para a hipótese contrária, qual seja, a admissão da figura do assistente de acusação quando não cabível (o que é defendido nesse parecer), seria cabível a correção parcial para sanar esse erro in procedendo, para o qual não há previsão legal de recurso adequado. O manejo da reclamação, em situação similar, é defendido por Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal. Editora Juspodivm, 4ª edição, p. 1214-1215. O TJ/RS, inclusive, já analisou correções parciais interpostas em face da admissão, pelo juízo, de assistente à acusação, a saber:

“CORREIÇÃO PARCIAL. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ADMISSÃO DA ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA MEDIDA. DESACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EMBORA NÃO MENCIONADA NO ROL DOS ARTS. 268 E 31 DO CPP. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. Admite-se a correção parcial como sucedâneo recursal na hipótese de decisão interlocutória que não comporta recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Por outro lado, o art. 273 do mesmo diploma, de duvidosa constitucionalidade, ao menos em face da atual Carta Magna, admite temperamentos, como o mandado de segurança em caso de indeferimento da habilitação do assistente da acusação e a correção parcial na hipótese de exclusão do assistente já habilitado. No mérito, não obstante o disposto nos arts. 268 e 31 do CPP, é razoável a admissão da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da boate Kiss como assistente da acusação, mesmo porque tal pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas



recursos adequados, levar o tema ao STF, para que possa definitivamente resolver a controvérsia.

3. Delimitação da atuação da Defensoria Pública:

Na hipótese de restar **superado o entendimento supra no caso concreto e, se assim for o entendimento do órgão ministerial, restarem esgotadas as possibilidades de irresignação (manifestação ministerial nos moldes do §1º do artigo 271 do CPP, correição parcial e demais recursos às Superiores Instâncias), a atuação da Defensoria Pública como assistente de acusação deve observar algumas restrições.**

3.A. Necessidade de representação, concomitantemente, da vítima habilitada no feito como assistente de acusação e do réu, por meio de Defensores Públicos distintos.

Prevalendo a possibilidade de atuação da Defensoria Pública na representação da vítima como assistente de acusação, como decidiu o STJ no RMS nº 45.793/SC, e na hipótese de essa Instituição também assistir ao réu, no mesmo processo, será necessário que **mais de um Defensor Público** atue no feito, ou seja, cada um cumprindo com um papel: um como assistente de acusação e outro como defensor do réu.

De acordo com o Tribunal Superior:

“Se assim não fosse, a alternativa restante implicaria reconhecer que caberia à Defensoria Pública **escolher entre vítimas e réus** num mesmo processo os que por ela seriam representados, excluindo uns em detrimento de outros. Em tal situação, o resultado seria sempre o de vedação do acesso à Justiça a alguns, resultado que jamais se coadunaria com os princípios basilares de igualdade e isonomia entre cidadãos que norteiam a Constituição, inclusive na forma de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, caput, CF) que constituem cláusula pétreia (art. 60, § 4º, IV da CF).”

naqueles dispositivos legais, além de que seria inviável exigir-se a habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e familiares de todos os mortos. Preliminar rejeitada. Correição parcial indeferida. (Correição Parcial Nº 70054289947, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 08/05/2013) CORREIÇÃO PARCIAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO HABILITADO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO À DEFESA. ATRIBUIÇÃO ACUSATÓRIA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TUTELA DA HIGIDEZ PROCESSUAL. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. (Correição Parcial Nº 70068002922, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 30/06/2016)”



3.B. Necessidade de observância da titularidade do Defensor Público com atribuição na respectiva Vara Criminal

Além da imprescindibilidade da atuação de dois Defensores Públicos distintos, um para a defesa do acusado e outro representando os interesses da vítima, como assistente da acusação, há que serem observadas as normas internas da instituição acerca de **atribuição específica do Defensor Público no cargo em que for lotado.**

De acordo com a Lei Complementar Estadual nº 19/94⁴⁵, as atribuições da Defensoria Pública do Estado serão exercidas pelos Defensores Públicos, *organizados em carreira.*

Nos moldes do Regimento Interno da Defensoria Pública do Maranhão o ingresso na carreira de Defensor Público far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, iniciando, após a posse, o exercício do cargo para o qual fora classificado.⁴⁶

Em sendo assim, a atuação do Defensor Público não pode ocorrer mediante sua “livre escolha” (com possibilidade de escolher, em determinado caso concreto, se atua como assistente de acusação ou como defensor do réu), mas, sim, deve observância estrita às funções do cargo para o qual foi lotado e classificado.

A própria Lei Complementar 19/94 elenca, como uma das proibições, o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais⁴⁷, além de deixar explícita a possibilidade de responsabilização penal, civil e administrativa, pelo ***exercício irregular de sua função***⁴⁸.

A fim de regulamentar os órgãos de atuação e suas respectivas atribuições, a Defensoria Pública do Estado do Maranhão, em seu Regimento Interno, conforme critérios de organização e de atuação, define as atribuições

⁴⁵ Art. 25 – A Defensoria Pública do Estado será organizada em carreira, sendo integrada pelos seguintes cargos: I – Defensor Público de 1ª Classe; II – Defensor Público de 2ª Classe; III – Defensor Público de 3ª Classe; VI – Defensor Público de 4ª Classe;

⁴⁶ Regimento Interno da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Disponível em: < <https://defensoria.ma.def.br/dpema/documentos/e5923e10ffacf322fe273308affb9d4e.pdf> >.

⁴⁷ Art. 43. É vedado aos membros da Defensoria Pública: V - exercer a advocacia fora das atribuições institucionais. ”

⁴⁸ Art. 46 - Pelo exercício irregular de sua função, o membro da Defensoria Pública responderá penal, civil e administrativamente.



ordinárias de cada órgão da instituição.

Ainda, as Unidades de Atuação da Defensoria Estadual são divididas em Núcleos específicos, de modo que os Defensores Públicos que atuam nos atendimentos e ajuizamentos (com a atribuição, portanto, para a assistência das vítimas no ajuizamento das ações penais privadas) não são os mesmos com atribuições nas Varas Criminais e no Juizado Especial Criminal.

Destarte, superado o entendimento defendido no primeiro item (após manifestação e a possibilidade de interposição de todos os meios recursais disponíveis), a legitimidade da atuação do Defensor Público como assistente de acusação deve ser aferida em cada caso em concreto, de modo que:

- seja observada a necessidade de representação, concomitantemente, da vítima habilitada no feito como assistente de acusação e como defensor do réu (se necessitado), por meio de Defensores Públicos distintos; e,

- sejam observadas as normas internas da Defensoria Pública acerca da atribuição específica do Defensor Público no cargo em que for lotado, pois aquele classificado nas Varas Criminais e nos Juizados Especiais Criminais possui a atribuição específica para a *defesa do réu*, enquanto a eventual assistência às vítimas incumbiria a outro membro a ser designado especificamente para essa atividade.

Derradeiramente, na hipótese de nomeação de um advogado dativo ao acusado (o que entendemos equivocado, de acordo com o disposto acima), seus honorários deverão ser pagos pelo Estado, a exemplo do que acontece no Estado do Rio Grande do Sul, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado⁴⁹.

⁴⁹ “MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DE DEFENSOR DATIVO. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO AO FADEP. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na esteira do art. 2º da Lei n.º 10.298/94, do art. 5º, LXXIV, da CF/88 e do Ofício-Circular nº 034/2018-CGJ, compete ao Estado, e não ao FADEP, arcar com os honorários fixados em favor dos defensores dativos, pois os recursos que o compõem são destinados a apoiar supletivamente os trabalhos desenvolvidos no âmbito da Defensoria Pública e, por conseguinte, não podem ser direcionados ao pagamento dos honorários devidos pelo Estado aos Defensores dativos nomeados. 2. Além disso, a Lei-RS n.º 15.232, de 1º de outubro de 2018, dispõe em seu art. 9º que o pagamento dos serviços prestados pelos advogados



Por fim informamos que, em que pese o teor da presente informação jurídica, caberá ao titular da ação penal, a partir da ampla análise das particularidades do caso, a apreciação definitiva e a definição da medida judicial que entender cabível.

Ante o exposto, o Centro de Apoio Operacional Criminal expede a presente Nota Técnica, portanto sem caráter vinculativo, a fim de subsidiar a atuação dos membros do Ministério Público Estadual, em conformidade com **Artigo 38, III da Lei Complementar 13/1991**.


designados para atuar como assistentes judiciários de partes beneficiadas pela concessão de justiça gratuita, nas localidades em que não haja atendimento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, será realizado pela Procuradoria-Geral do Estado. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 70079268504, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/12/2018) MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO. FUNDO DE REAPARELHAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA - FADEP. DESCABIMENTO. Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 11.667/2011 pelo STF, retirando a fonte de recursos de que o Poder Judiciário dispunha para realizar o pagamento dos honorários de advogados dativos, a Corregedoria-Geral de Justiça expediu o Ofício-Circular nº 034/2018-CGJ em que, ao considerar que a assistência jurídica integral e gratuita das pessoas necessitadas é dever constitucional da Defensoria Pública, incumbindo ao Poder Executivo suprir a falta desse serviço, informou que o Poder Judiciário não mais arcará com o pagamento de honorários de defensores dativos. Dentre as atribuições legais do FADEP, previstas expressamente na Lei Estadual nº 10.298/1994, não está a de remunerar os advogados dativos, competindo ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Logo, mostra-se ilegal o ato ora atacado, que determinou ao FADEP o pagamento dos honorários ao defensor dativo. SEGURANÇA CONCEDIDA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70079202560, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/02/2019) MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS A DEFENSOR DATIVO, PELO FADEP, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM AUDIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DE ACORDO COM A LEI ESTADUAL Nº 11.667/01 E OS ATOS Nº 030/2008-P E Nº 031/2008-P, DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE, É DEVER DO ESTADO, POR INTERMÉDIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ARCAR COM PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO. OS RECURSOS DO FADEP DESTINAM-SE A APOIAR, EM CARÁTER SUPLETIVO, OS PROGRAMAS DE TRABALHO DESENVOLVIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA, CONFORME DISPÕE O ARTIGO 2º DA LEI Nº 10.298/1994. SEGURANÇA CONCEDIDA, COM RATIFICAÇÃO DA LIMINAR. (Mandado de Segurança Nº 70079463972, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 31/01/2019). MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. FADEP. INVIABILIDADE. O FADEP Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Estado possui finalidade específica, não estando o caso dos autos entre as hipóteses que autorizam sua utilização. Segurança concedida para tornar sem efeito a decisão que determinou o pagamento de honorários advocatícios pelo FADEP a defensor dativo. MANDADO DE SEGURANÇA ACOLHIDO, por maioria. (Mandado de Segurança Nº 70080124340, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 31/01/2019).



MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO MARANHÃO
Procuradoria Geral de Justiça



São Luís, 09 de maio de 2019.



José Cláudio Cabral Marques
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOP-CRIM

i

ⁱ Texto Original: Resposta do CAOCRIM/RS ao PR 00869.00013/2019-1 da Promotoria de Justiça Criminal de Santa Rosa/RS.