ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A EFETIVAÇÃO DA DEFESA PENAL DATIVA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

THE EFFECTIVENESS OF THE CRIMINAL DEFENSE AS A PUBLIC SERVICE AND ESSENTIAL ROLE OF THE STATE JURISDICTION

Ademir de Oliveira Costa Júnior*
Fábio Wellington Ataíde Alves**

RESUMO: O trabalho estabelece condições ao cumprimento de uma defesa penal efetiva, a partir da plena realização das funções da defensoria pública. Propõe que não deve haver distinção entre as funções do defensor público e as do advogado nomeado. Enfoca criticamente a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do assunto e discute a questão dos privilégios processuais dos defensores públicos.
Palavras-chave: Assistência Jurídica. Defesa penal. Defensor público.

ABSTRATCT: This article establishes conditions for the performance of an effective criminal defense from the full realization of the role of a public defender. It suggests that there should be no distinction between the functions of the public defender and the nominated attorney. It discusses critically the jurisprudence of the superior courts on the subject and discusses the issue of procedural privileges of public defenders.
Keywords: Legal Assistance. Criminal defense. Public defender.

* Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie – São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela UNISINOS – Rio Grande do Sul. Advogado.
** Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte.

1 A REALIZAÇÃO DA CIDADANIA PELA DEFESA DATIVA EFETIVA

Assim como é possível tratar de um Estado de Direito ideal, em oposição ao Estado de Direito do mundo da realidade, também é possível fazer uma contraposição entre defesa real e defesa ideal. Tomando como parâmetro o sistema penal brasileiro, para haver uma defesa real é preciso que a defesa pública se aproxime, em qualidade, à defesa privada, o que ainda está longe de acontecer.

Arrogando-se a estrutura material das defensorias públicas do Brasil, não será difícil concluir que a defesa realizada por um advogado constituído tende a ser naturalmente mais eficaz do que a desempenhada por um advogado *ad hoc,* ou custeado pelo Estado.

Apesar desse estado de coisas, o conceito de "administrado" desde há muito deve ser substituído pelo de "cidadão". Como explica Raymundo Faoro, na transição do capitalismo político para o modelo dito moderno, o indivíduo súdito passa a ser cidadão, enquanto o Estado muda "de senhor a servidor"[1]. Esta reflexão permite compreender que o "acusado pobre" relaciona-se com o defensor público, na qualidade de sujeito de direitos, isto é, na condição de alguém que espera a atuação efetiva do serviço que lhe é devido pelo Estado.

Ser cidadão significa possuir direitos de participação, direitos civis (autodeterminação) e direitos sociais (direito à prestação do Estado) [2]. Dessa maneira, a cidadania exige que o direito a uma defesa dativa efetiva decorra do comando segundo o qual caiba ao Estado Social garantir a ampla defesa por meio da autodefesa (autodeterminação) e, igualmente, pela defesa técnica (dever de prestação social).

Portanto, tendo na conta que a cidadania significa pertencer a uma comunidade [3], a ineficácia dos serviços prestados pelas defensorias públicas confirma que os acusados reconhecidamente pobres ainda não pertencem a nenhuma comunidade. No Estado Democrático de Direito, a defenso-

1 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** Formação do Patronato Político Brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo: Publifolha, 2000. p. 364. v.2.

2 PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 18, n. 72, p. 126-145, p. 130, out.dez. 1993.

3 VIEIRA, José Ribas. A Cidadania: sua complexidade teórica e o Direito. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 34, n. 135, p. 219-224, p. 220, jul./set. 1997.

ria pública irrompe a desigualdade, tornando-se o instrumento do cidadão capaz de desfazer os obstáculos que o mantém na marginalidade, conduzindo-o a um status de igualdade plena.

2 A EFETIVAÇÃO DA DEFESA DATIVA: O CONTROLE JUDICIAL DO CONTEÚDO DAS RAZÕES DEFENSIVAS

Antes de tudo, é adequado advertir que nos reportamos ao defensor dativo no sentido abrangente, incluindo tanto o defensor público (oficial) como o advogado nomeado judicialmente.

O ponto central de concretização do princípio acusatório exige a realização material da defesa penal dos despossuídos [4]. O processo penal, como "indicador político", exige a satisfação dos direitos dos despossuídos, como condição de realização do sistema acusatório, parte integrante do núcleo do Estado de Direito ideal [5]. Como demonstra Stella Maris Martinez, a importância das defensorias públicas precisa crescer conforme aumenta o nível de desigualdade social [6].

A igualdade formal, que apenas implica um tratamento idêntico às partes, não satisfaz à necessidade de superar as desigualdades das partes. Enquanto o Estado se estrutura organizadamente com o fim da persecução penal, muitos dos indivíduos acusados padecem pela falta de condições financeiras e sociais, sem efetiva possibilidade de fazer frente à acusação. A igualdade material reclamada pelo Estado Democrático de Direito exige tratamento desigual para os "ontologicamente desiguais" [7].

Então, urge que a efetividade da defesa reclame do juiz uma atuação garantista. Cabe a este agente identificar as situações de desigualdades entre

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl**.** Las ideas básicas en la relación defensa pública - Estado de Derecho. **"Periódico Pena y Estado".** Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-2, p. 180, 2002.

5 Ibid, p. 19.

6 Como relata a autora, na cidade de Buenos Aires, em 1994 a defensoria pública absorvia 65% dos casos penais, contra 92% dos casos somente no primeiro semestre do ano 2000 (Quién defiende a la defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administraclón de justicia respetuosa de Ios derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBlA, Julio Andrés (comps.). "La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio". Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 165).

7 TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La defensa en el proceso penal. **"Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del control social"**. Maracaibo/Venezuela: Faculdad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, ISSN 798-9598, v. 22, p. 185-206, , p. 200, 1994.

as partes e, assim, estabelecer o equilíbrio de armas [8]. Portanto, o juiz deve exercer controle sobre a função do defensor dativo, a fim de que a defesa do acusado seja exercida efetivamente.

Desde logo, impende advertir que o caráter indisponível da liberdade torna também indisponível o direito à ampla defesa, de modo que interessa ao Estado o cumprimento da defesa efetiva. Porém, a efetividade somente se dá em relação à defesa técnica, própria do dever de prestação do Estado Democrático Social, mas não quanto à autodefesa, cujo nascedouro dá-se no Estado Liberal [9].

Sob esse ponto de vista, o equilíbrio das partes pode acontecer de muitas formas, mas será por meio da defesa técnica que se garantirá o meio fundamental para o estabelecimento de tal estabilização [10]. Cabe ao juiz assegurar, durante as fases do processo, a qualidade do defensor. Por conseqüência, o defensor dativo não pode abdicar livremente dos recursos e meios processuais a sua disposição para exercitar a defesa e garantir a isonomia material entre as partes. Assim, como garantia da isonomia material, esse defensor precisa desenvolver um curso de defesa sujeito ao controle permanente do presidente do processo, como sinal de qualidade da isonomia material.

Como observa López Puleio, o defensor não deve ser considerado como um auxiliar da justiça, porquanto sua função volta-se a defender os interesses do acusado, nem mesmo importando se a sua tese contraria a autodefesa (defesa material) [11]. A noção do defensor como auxiliar da justiça exprime um conceito autoritário, sob a crença de que os interesses estatais da persecução penal estão acima dos interesses individuais da defesa [12]. No Estado de Direito, o defensor público ou o advogado nomeado não defendem os interesses do Estado acusador, mas apenas os interesses do indivíduo em face do Estado acusador [13]. Reflexamente, eles também amparam

8 Ibid,p. 200.

9 Cf.: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 59.

10 TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La defensa en el proceso penal. **"Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del control social"**. Maracaibo/Venezuela: Faculdad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, ISSN 798-9598, v. 22, p. 185-206, 1994. p. 204.

11 LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; SARA PEÑA, GUZMÁN et al. Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina**. "Periódico Pena y Estado"**. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002, p. 246.

12 TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Op. cit.,p. 193.

13 Ibid, p. 194.

os interesses do Estado, na medida em que importa ao sistema democrático que as condenações não desobedeçam ao devido processo legal.

Por tal motivo, como afirma Zaffaroni, o maior erro das defensorias decorre de sua ligação com qualquer dos poderes, em razão do que deve ser pressuposto da defesa pública uma organização menos dependente possível dos poderes do Estado [14].

Mesmo assim, o advogado nomeado ou mesmo o defensor público podem, em certas circunstâncias, tangenciar interesses do Estado incriminador, mesmo se afastando da efetiva defesa do acusado [15]. Por tal razão, felizes têm sido as decisões que eivam de nulidade o ato do defensor que pede a condenação do acusado, notadamente quando o crime sequer fora confessado por ele [16].

3 A FUNÇÃO PÚBLICA DE DEFENDER E A INDEVIDA SEGREGAÇÃO DOS ADVOGADOS NOMEADOS

Cumpre entender a diferença entre o advogado constituído (de livre escolha do acusado) e o defensor dativo (nem sempre de livre escolha do acusado). Como distingue Oña Navarro quanto à defesa técnica, também é preciso considerar as peculiaridades dos casos de defesa particular e de defesa dativa [17].

De certa forma acertada, López explica que o defensor constituído decorre de uma relação de direito privado, ao passo que o defensor dativo deriva de um comando de ordem pública [18]. De fato, o advogado constituído não se confunde com o defensor dativo, motivo pelo qual ambos não se

14 **Zaffaroni**, Eugenio Raúl. Op. cit.,p. 18. Na Argentina, a defensoria pública é exercida pelo Ministério Público da defesa, órgão autárquico e independente tanto do Poder Judiciário como do Ministério Público Fiscal (Lei n. 24.946/98). Sobre o assunto, cf.: MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administraclón de justicia respetuosa de los derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (comps.). "La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio". Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 165.

15 LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. **Defensa técnica y proceso penal**. "Actualidad Penal". Madrid: Actualidad Editorial, n. 2, p. 709-722, p. 711,1994.

16 Neste sentido: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.743-MT, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 7/11/2000, quinta turma, informativo n. 77, de 30 de outubro a 10 de novembro de 2000. Precedentes citados: STF, HC n. 73.428-MS, DJ 13/9/1996; STJ: REsp. n. 49.744-PR, DJ 21/8/1995.

17 OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. EI derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y garantias penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p. 165-238, p. 175.

18 LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Op. cit., p. 711.

podem sujeitar a um mesmo regramento.

Contudo, os tribunais não têm atentado para a necessária separação entre a função do defensor constituído e a do defensor dativo. O Supremo Tribunal Federal já aceitara o desentranhamento de defesa prévia apresentada fora do prazo, ainda que dativo o defensor, sem que se configure ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa [19].

Embora o defensor exerça um mandato, este se desenvolve de maneira relativamente independente da vontade do mandante [20]. Por outro lado, deve ser visto que o defensor dativo já não possui a mesma liberdade e independência conferida ao advogado constituído, uma vez que todo defensor dativo deve fundamentar seus arrazoadas (art. 261, parágrafo único, CPP) [21]. Permite-se, assim, que o juiz também exerça uma forma de controle sobre o mérito da defesa desenvolvida pelo defensor público, ou dativo. No entanto, o princípio da motivação não se limita apenas à defesa prévia, cabendo ao defensor fundamentar todos os seus arrazoados.

É fundamental que, diante do caso concreto, o juiz debele a atuação meramente protocolar do defensor. Como decidira o Supremo Tribunal Federal, se "defensor designado teve desempenho simplesmente formal, em verdadeira postura contemplativa, forçoso é concluir que o réu esteve indefeso" [22]. No entanto, muito embora não seja esta a postura trivial da jurisprudência

19 Neste sentido: "HABEAS CORPUS - DESENTRANHAMENTO DA DEFESA PRÉVIA DEDUZIDA EXTEMPORANEAMENTE - POSSIBILIDADE - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DESSA PEÇA PROCESSUAL - INOCORRÊNCIA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE PREJUÍZO PARA O RÉU - ALEGADA FALTA DE INTIMAÇÃO DO RÉU QUANTO À SENTENÇA DE PRONÚNCIA - EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO QUE COMPROVA A OCORRÊNCIA DE DUPLA INTIMAÇÃO (DEFENSOR E RÉU) - PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" DE VERACIDADE - CONTRARIEDADE AO LIBELO APRESENTADA POR DEFENSOR DATIVO DIVERSO DAQUELE NOMEADO E COMPROMISSADO - INCONSISTÊNCIA DESSA ALEGAÇÃO - INDICAÇÃO, EM PLENÁRIO, FEITA PELO RÉU, DE SEU NOVO DEFENSOR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL - PRETENDIDA OCORRÊNCIA DE CONFLITO ENTRE AS DEFESAS DO PACIENTE E DO CO-RÉU, FEITAS PELO MESMO ADVOGADO - SITUAÇÃO NÃO CARACTERIZADA - COMPATIBILIDADE DAS TESES SUSTENTADAS - PEDIDO INDEFERIDO. - Se o réu, por seu defensor, ainda que dativo, deixa de oferecer, no prazo legal, a defesa prévia, vindo a produzi-la, extemporaneamente, torna-se lícito ao magistrado ordenar o desentranhamento dessa peça processual, sem que tal determinação configure ofensa a garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa. Precedentes […]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70.175-RS, Relator Min. Celso de Mello, DJ 17 de junho de 2005).

20 TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys, Op. cit., p. 193.

21 Expressa o art. 261, parágrafo único, CPP, que "a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada" (redação dada pela lei n. 10.792/03).

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 72.573/RJ, 2a. T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08.3.96, p. 6.214.

dos tribunais, a efetividade não mais se compadece com o profissional nomeado que apenas se faz presente nos atos processuais, sem ativa participação, ou que se limita a apresentar razões genéricas e abstratas [23].

A função do defensor dativo não prescinde da efetividade. O exercício de qualquer atividade pública exige obediência aos preceitos de legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e, sobretudo, eficiência, sem a qual não se reconhecerá a ampla defesa eficaz. A atividade do advogado nomeado também se subordina a tais princípios, porque realiza função própria do dever de prestação do Estado.

Enquanto o advogado constituído não está obrigado a cumprir atos de defesa que lhe são facultados – como a oferta de razões recursais [24] –, ao defensor dativo, impõe-se-lhe o dever de praticar todos os atos necessários e úteis ao acusado, preservando-lhe o direito indisponível à liberdade. Assim, quando o defensor dativo deixa de realizar um ato processual, ou não o faz satisfatoriamente, os efeitos devem ser diversos dos que normalmente acontecem com o advogado constituído. Desta forma, sendo o dever de fundamentação dos atos administrativos uma "garantia essencial da cidadania" [25], não cabe à defensoria dativa o poder de plena discricionariedade sobre a defesa penal, à diferença do que ocorre com a defesa do advogado constituído.

Importa notar que a inércia do defensor dativo deve resvalar sobre o profissional, e não sobre o acusado. Logo, não cabe ao acusado suportar preclusões processuais por deficiência da prestação da defesa do Estado. Em sendo o Estado Democrático Social inativo, cumpre ao juiz destituir o defensor e comunica-

23 É de se destacar o seguinte julgado: "Não há praticamente defesa oferecida em benefício ao réu se o defensor dativo comportou-se com omissão em substância quanto a atos próprios de seu ofício na ação, limitando-se a assinar atas e termos de depoimentos testemunhas que não reinquiriu, apenas cumprindo um rito formal e burocratizante, o qual não corresponde a garantia constitucional da ampla defesa do acusado. Recurso de habeas corpus a que se dá provimento para anular o processo desde a denúncia inclusive" (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RHC, Rel. Clóvis Ramalhete, RT 572/430). Cf.: Franco, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). "Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial". V. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2306. Em sentido oposto: "Não caracteriza, necessariamente, deficiência de defesa o fato de o defensor dativo, sem elementos, deixar de arrolar testemunhas, por conveniência, não formular reperguntas às testemunhas, e diante das circunstâncias, apresentar considerações defensivas de ordem genérica" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal., HC n. 76.226/CE, 1a. T., Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 03.4.98).

24 Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 83292/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, 10.2.2004, primeira turma, informativo n. 336, 9 a 13 de fevereiro de 2004.

25 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 86, n. 743, p. 26-63, p. 44, set. 1997.

-lo-á a instituição respectiva (Defensoria Público ou Ordem dos Advogados), a fim de que sejam tomadas as medidas sancionadoras, se for o caso.

Impõe-se, ao Estado-Juiz, o dever de assegurar ao acusado a defesa técnica, mesmo nas fases pré-processuais, sempre quando atingir o procedimento um estado em que seja necessária a intervenção técnica. Normalmente, os réus pobres somente têm defensores dativos nomeados no ato do interrogatório, quando, muitas vezes, a nomeação já deveria ter ocorrido ainda na fase pré-processual. Sempre que o suspeito ou investigado estiver numa situação de risco à liberdade, cabe ao Estado-Juiz garantir-lhe o patrocínio de seus direitos por meio de um defensor.

Seguindo este norte, a prisão em flagrante dá ensejo a uma situação de restrição à liberdade que poderá justificar a intervenção de defesa técnica. Assim, oportuno o advento da lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o Código de Processo Penal para determinar que, em vinte e quatro horas, o auto de prisão em flagrante seja enviado à Defensoria Pública, caso o autuado não possua advogado.

Mantendo a linha da efetividade defensiva, não se ajusta ao princípio da ampla defesa a orientação jurisprudencial firmada em torno da dispensabilidade de nomeação de defensor técnico para os casos em que o procedimento legal prevê uma resposta preliminar (anteriormente ao recebimento da denúncia), quando ocorre inércia do imputado. Neste contexto, sobressai o exemplo do procedimento das ações penais perante os tribunais. A lei n. 8.038/90 normatiza que, depois da oferta da denúncia ou da queixa (antes do recebimento), o imputado será notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias. No entanto, tem-se entendido que, diante da inércia do imputado, não haveria necessidade de nomear-se defensor técnico para a oferta da resposta preliminar [26].

Especificamente nesse procedimento, a ocasião reservada para apreciar a resposta preliminar não somente admite o ato de recebimento da denúncia, mas torna possível até mesmo o julgamento antecipado de mérito pela improcedência da acusação (art. 6º). Daí, em função da importância crucial deste momento, deverá imperar o dever de prestação do Estado por

26 Neste sentido: "Inexiste nulidade quando o réu, devidamente notificado, deixa de apresentar resposta por escrito e não se nomeia defensor dativo para fazê-lo" (Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n. 74100/GO. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 09-05-97, p. 18128, julgamento em 28/06/1996, 1ª Turma, ement. 1868-02/345).

meio da nomeação de defesa técnica. Caso o imputado não exerça a sua autodefesa (direito à autodeterminação), convém que lhe seja assegurado o direito à defesa preliminar realizada por um defensor dativo.

Equivocadamente, o princípio da voluntariedade do recurso tem sido aplicado igualmente para o defensor dativo como para o advogado constituído. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "o defensor público não é obrigado a recorrer de tudo, ainda que em caso de sentença condenatória" [27]. A aplicação indiscriminada desse princípio aos defensores públicos ou nomeados ignora o caráter indisponível da liberdade e, acima de tudo, desatende à necessidade de se estabelecer um controle judicial da atividade defensiva, em vista à obtenção de uma qualidade na eficiência do serviço prestado.

Assim, somente cabe admitir-se a voluntariedade do recurso quando evidentes as vantagens para o réu, ou quando este anui com o resultado da sentença, renunciando ao prazo recursal ou manifestamente expressando o desejo de não recorrer. Por tal razão, impõe-se que o acusado, quando da intimação da sentença penal, seja instado pelo oficial de justiça a manifestar a intenção de recorrer, hipótese em que caberá ao juiz – caso o advogado constituído quede-se inerte – nomear-lhe defensor, para assegurar o direito ao segundo grau.

Assim, uma conclusão se impõe. O reconhecimento de efetividade da defesa pública exige que o defensor nomeado seja equiparado em todos os termos, ao defensor público, com o propósito de se lhe assegurar a efetiva participação no processo. O defensor nomeado exerce parcela de encargo de responsabilidade direta do Estado, não havendo motivo para diferenciar a sua atuação em relação àquela exercida pelos agentes do próprio Estado. Enfim, o defensor nomeado, como condição de efetiva participação, precisa tomar conhecimento do conteúdo dos atos processuais em igualdade de condições com os defensores públicos, sob efeito de se prejudicar a eficiência de seus serviços.

Além disso, o advogado nomeado está obrigado a aceitar o encargo. O Código de Processo Penal dispõe que, salvo motivo relevante, os advogados serão obrigados a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo juiz (art. 264) [28]. Em louvor ao princípio da efetividade, a obrigatoriedade deve

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 1508/SP, 5a. T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 07.6.93, p. 11.264. Neste sentido: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 9814/RJ, 5a. T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 27.9.99, p. 105.

28 Em sentido semelhante, prescreve o art. 34, XII, da lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) que constitui infração disciplinar a recusa injustificada a prestar assistência jurídica, diante da nomeação judicial.

ser entendida *cum grano salis*, de modo que a impossibilidade de desempenhar a defesa penal efetivamente apresente-se como justificativa. É necessário que o advogado detenha condições técnicas e materiais que lhe permitam aceitar o encargo, à falta das defensorias públicas estruturadas pelo Estado.

Também, em relação aos defensores nomeados, vigora o direito à livre escolha de defesa técnica. Como dispõe o art. 5º, § 4º, da lei n. 1.060/50, para a realização da defesa técnica, deve dar-se preferência ao advogado indicado pelo interessado, desde que o profissional declare aceitar o encargo. A fim de assegurar a efetividade da regra, faz-se razoável consultar o réu, previamente, sobre qual advogado prefere que recaia a nomeação. Em não sendo assegurada a notificação prévia, cabe ao acusado o direito de declinar o nome do advogado nomeado, uma vez que haja outro profissional que aceite o patrocínio da causa.

Ainda em razão do direito à livre escolha de defesa técnica, sempre que o advogado constituído renunciar ao mandato, impõe intimar-se o acusado para constituir outro profissional. Exceto em casos de urgência, não deve o juiz nomear defensor dativo sem o cumprimento desta providência prévia. Com efeito, somente depois de decorrido o prazo conferido ao acusado para constituir advogado é que, então, deverá ser-lhe nomeado defensor dativo.

Embora a lei determine a intimação pessoal dos defensores públicos, ou quem exerça o cargo equivalente, estabilizou-se a orientação segundo a qual os defensores nomeados não têm direito à intimação pessoal, porque não exercem "cargo equivalente" ao de defensor público. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal tem registrado julgados pelos quais afirma que a intimação pessoal "prevista no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50 não se aplica ao defensor dativo, mas, tão-somente aos defensores públicos" [29].

Todavia, a questão deve ser resolvida à luz do princípio isonômico, não havendo razoabilidade penalizar uma garantia do acusado, restringindo-lhe o direito de defesa efetiva simplesmente porque o próprio Estado não assegura a instalação e o devido funcionamento do serviço público

29 Desta forma: "HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DEFENSOR DATIVO. INTIMAÇÃO PESSOAL. 1. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a prerrogativa processual da intimação pessoal prevista no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 não se aplica ao defensor dativo, mas, tão-somente aos defensores públicos. Precedentes. 2. Ordem indeferida" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.543-DF, DJ de 15 de abril de 2005, informativo n. 383, de 11 a 15 de abril de 2005). Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o defensor nomeado deve ser intimado pessoalmente em primeiro e segundo graus, reconhecendo assim "a sua equivalência ao cargo de defensor público" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 10.639-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 14/12/1999, quinta turma, informativo n. 44, de 13 a 17 de dezembro de 1999).

considerado essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF). Naquelas comarcas em que o serviço essencial ainda não esteja exercendo sua função constitucional de defesa dos necessitados, cabe assegurar que os defensores nomeados desfrutem das mesmas garantias processuais dos defensores públicos.

4 O "PRIVILÉGIO" DO PRAZO EM DOBRO PARA A DEFENSORIA PÚBLICA E A TÉCNICA DE CONSTITUCIONALIDADE TEMPORÁRIA DO § 5º, ART. 5º, LEI N. 1.060/50

Não obstante o desequilíbrio ínsito entre a defensoria pública e a defesa privada, merece consideração especial a interpretação que vem sendo dada ao art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50. De acordo com este dispositivo, "nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça o cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos" [30].

Tem-se interpretado o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50 restritivamente, assegurando apenas a contagem do prazo em dobro para o defensor público ou quem exerça o *cargo equivalente.* Como os advogados nomeados não exercem "cargo", mas cumprem uma função, a orientação jurisprudencial majoritária consolidou um sentido não isonômico ao texto legal, impedindo que tais profissionais tenham direito ao prazo em dobro ou à intimação pessoal.

Contudo, o princípio isonômico e o da efetividade pedem que, em comarcas desprovidas do serviço estatal de defensoria pública, a defesa penal exercida por advogado nomeado deverá gozar dos mesmos "privilégios processuais" dos defensores públicos.

Outra tendência jurisprudencial firmou indevidamente a compreensão de que "a intimação pessoal do defensor público não se aplica à instância especial, devendo, pois, considerar-se realizada por meio de publicação no Diário da Justiça" [31]. Justifica-se que a Lei n. 1.060/50 (art. 5º, § 5º) de-

30 § 5º acrescentado pela Lei n. 7.871/89.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag. n. 376.841-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 7/5/2002, quarta turma, informativo n. 133, de 6 a 10 de maio de 2002. No mesmo sentido: STJ, Ag. n. 364.274-RJ, DJ 6/2/2002; AgRg. no Ag. n. 45.718-SP, DJ 16/5/1994, e AgRg. no Ag. n. 19.720-SP, DJ 17/8/1992.

termina a intimação pessoal dos defensores em "ambas" as instâncias e não em "todas" as instâncias. Esta interpretação restritiva viola a prerrogativa funcional de receber intimação pessoal em qualquer grau de jurisdição (art. 44, I, LC n. 80/94), em função de que a lei n. 9.271/96, que incluíra o § 4º ao art. 370 do Código de Processo Penal, tratou da intimação pessoal defensor sem mencionar exceções, ou seja, sem limitá-la de qualquer forma [32].

Por causa da instituição de "privilégios processuais", inquina-se o art. 5º, § 5º, Lei n. 1.060/50, de violar o princípio isonômico. Desta maneira, sua constitucionalidade foi questionada no Supremo Tribunal Federal, o qual, empreendendo técnica constitucional inovadora, admitiu que o referido dispositivo, ao conceder prazo em dobro para a defensoria pública, deveria ser considerado constitucional apenas enquanto não houvesse a estruturação desses órgãos, de forma que pudesse atuar nas ações propostas pelo Ministério Público em igualdade de armas. O Min. Moreira Alves esclareceu o seguinte em seu voto:

> A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar [33].

32 O art. 370, § 4º, assim expressa: "A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal" (parágrafo incluído pela lei n. 9.271/96).

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 582280, AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29 de setembro de 2006, informativo n. 442, de 25 a 29 de setembro de 2006.

Portanto, o privilégio do prazo em dobro decorre de uma situação empírica temporária (desestruturação das defensorias), cuja futura modificação permitirá o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. É imperioso que o Estado assegure a organização das defensorias, de modo que se ajustem ao princípio da igualdade de armas e, assim, cumpram o preceito constitucional de ampla defesa penal.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 86, n. 743, p. 26-63, set. 1997.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo: Publifolha, 2000. v. 2.

FRANCO, Alberto Silva e Stoco, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. **Defensa técnica y proceso penal**. "Actualidad Penal". Madrid: Actualidad Editorial, fascículo n. 2, p. 709-722, 1994.

LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; Sara Peña, Guzmán et al. Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. **"Periódico Pena y Estado"**. Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Quién defiende a la defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administraclón de justicia respetuosa de Ios derechos humanos**. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (comps.). **La Administración de Justicia:** en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil BRASILeiro**. São: Paulo: Malheiros, 2001.

OÑA NAVARRO, Juan Manuel de. EI derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. In: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (Dir.). "Constitución y garantias penales". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165-238.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 18, n. 72, p. 126-145, out.dez./1993.

TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. La defensa en el proceso penal. Capítulo criminológico**. Revista de las disciplinas del control social**. Maracaibo/ Venezuela: Faculdad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, v. 22, p. 185-206, 1994. ISSN 798-9598.

VIEIRA, José Ribas. A Cidadania: sua complexidade teórica e o Direito. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 34, n. 135, p. 219-224, jul./set. 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública - Estado de Derecho. **Periódico Pena y Estado**, Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 17-20, 2002.