ESTUDOS CURSO POPULAR DEFENSORIA PÚBLICA DPESP -2020

PROCESSO PENAL

39. Prerrogativas e garantias dos defensores públicos relacionados com o processo penal. Lei orgânica nacional da DP e Lei orgânica da DPESP.

41. Assistência jurídica integral e gratuita. Aspectos processuais.

1. **Garantias e prerrogativas.**

Conceito.

Justificativas.

Natureza da nulidade.

Meios de impugnação.

São ferramentas que possibilitam o bom exercício da função institucional. Não devem ser entendidas como privilégios, mas como meios necessários ao exercício eficiente do trabalho. Justificam-se pela **alta carga de trabalho, pela indeclinabilidade de causas e pela ainda falta de estrutura** em muitas Defensorias do país.

Diante disso, as disposições acerca do assunto devem ser encaradas como **normas de ordem pública**, eis que garantem o devido processo legal, a paridade de armas e o efetivo acesso à justiça, direitos fundamentais encartados no artigo 5º da Constituição.

Portanto, a inobservância de tais disposições legais encana o processo de **nulidade absoluta**, gerando a necessidade de anulação e repetição dos atos praticados. Contudo, importante destacar que, mesmo em caso de nulidades absolutas, a jurisprudência vem reconhecendo a **necessidade de demonstração de prejuízo** à defesa para decretação de nulidade de atos processuais.

Tecnicamente, quando a **inobservância de uma garantia** ou prerrogativa está presente em uma decisão não recorrível, o meio a ser utilizado para suscitá-la é o **mandado de segurança**, tendo em vista a violação a direito líquido e certo. Igualmente, caso se trate de caso em que a liberdade de locomoção do réu esteja em perigo, também será **possível a utilização do *Habeas Corpus.***

Contudo, caso o desrespeito venha em uma decisão recorrível, o melhor a se fazer é utilizar o **recurso cabível**, trazendo a questão da violação à garantia ou prerrogativa como uma **preliminar de mérito**. Aliás, caso essa inobservância tenha ocorrido durante o processo, nada impede sua alegação em sede de apelação, pois, como vimos, trata-se de nulidade absoluta, insanável, portanto. Devemos nos lembrar de demonstrar o prejuízo, conforme exigido pela jurisprudência.

1. **Independência Funcional.**

Previsões legais: art. 134, §4º, CF; art. 3º, LC 80/1994; art. 160, I, LC 988/2006 SP; artigos 43, I, 88, I, 127, I, LC 80/1994.

Trata-se de garantia do defensor público de cumprir a missão institucional do Órgão conforme dita sua consciência jurídica sobre a Constituição e a lei, desde que de forma fundamentada. Não se trata de carta branca para atuar como quiser, mas de liberdade para adotar o caminho que considerar mais eficiente para cumprir as missões institucionais, livre de pressões internas ou externas.

Dessa forma, a atuação de forma desvinculada dos fins institucionais obviamente não se encontra sob o manto da independência funcional, sendo passível de punições administrativas.

Podemos exemplificar com o caso recente na DPU, em que um defensor ingressou com ACP contra programa de contratação de negros em uma empresa privada. Trata-se de medida que vai contra os fins institucionais da Defensoria de proteção de vulneráveis, entre os quais, se encontra a população negra.

Especificamente no processo penal, a independência funcional é relevante na análise de recursos bipartidos em interposição do termo de recurso e oferecimento das razões recursais. Em síntese, são a apelação e o RESE (artigos 588 e 600 do CPP). Lembrando que, no âmbito dos Juizados Especiais, a apelação é oferecida em uma só peça (artigo 82, º1º, da Lei n. 9099/95).

O que ocorre se há mudança do defensor atuante no processo entre essas fases?

1ª hipótese) **Novo defensor não concorda com o recurso, mas sim com a sentença condenatória ou absolutória imprópria**. Aqui, acredito não haver aplicação da independência funcional para sustentar o não oferecimento de razões pelo defensor substituto. Isso porque, como vimos, ele deve agir movido pelas missões institucionais, entre as quais a de exercer a ampla defesa e o contraditório em todos os órgãos e instâncias (artigo 4º, inciso V, LC 80/1994). Acrescente-se o fato de inexistir a *reformatio in pejus* em âmbito criminal, motivo pelo qual o oferecimento das razões em nada pode prejudicar o réu (artigo 617, CPP). Por fim, o efeito devolutivo da apelação é fixado pelo termo de interposição do recurso, subindo os autos com ou sem razões (artigo 601, do CPP). Portanto, nada justifica a posição de o novo defensor não oferecer razões recursais.

2ª hipótese) **Novo defensor quer ampliar o objeto do recurso em sede de razões recursais.** Como vimos, o efeito devolutivo do recurso é fixado no termo de interposição. Supondo que o defensor original fez o termo de interposição afirmando que não concordava apenas com o tempo de prisão fixado, mas o defensor substituto quer a absolvição do réu. Em razões, ele pode sustentar isso? Sim, pois, em favor do réu, o efeito devolutivo da apelação em âmbito criminal sempre é amplo. Nesse sentido, O Tribunal sempre pode conceder *HC* de ofício, nos termos do artigo 654, §2º, do CPP.

1. **Indivisibilidade.**

Previsão legal: art. 134, §4º, CF; art. 3º, LC 80/1994; art. 4º, LC 988/2006.

Todos os membros da Defensoria **presentam a Instituição**, podendo substituir-se uns aos outros para dar continuidade aos trabalhos. A garantia se aplica no âmbito de cada Defensoria. Aliás, este é um dos motivos pelo qual o **vínculo** entre o Defensor e a parte que assiste é **público e institucional**. Dessa forma, a parte não tem a faculdade de escolher o defensor ou de ser assistida sempre pelo mesmo defensor.

Os **fins da Defensoria são os mesmos**, ou seja, no âmbito de unidade, apesar de cada Defensoria ser autônoma administrativamente, no que diz respeito aos fins, todas convergem. Por isso, como todas as Defensorias seguem o mesmo fim, é possível que a DPU atue em Recursos Especiais e Extraordinários interpostos por Defensorias Estaduais, especialmente, quando estas não tenham representação junto aos Tribunais Superiores por falta de estrutura.

Entretanto, se determinada Defensoria Estadual quiser atuar nos **Tribunais Superiores, isso é possível** no âmbito de sua autonomia funcional. Não existe proibição para tal.

Igualmente, a indivisibilidade justifica a atuação de defensores distintos no primeiro e no segundo graus de jurisdição. Contudo, em respeito ao devido processo legal, ao acesso à justiça, à ampla defesa e ao contraditório, é possível ao defensor atuante no 1º grau requerer a realização de **sustentação oral** no julgamento de apelação, por exemplo. Nesse caso, o defensor deve ser intimado pessoalmente da data de julgamento para fazer a sustentação oral, sob pena de cerceamento de defesa.

OBS: o julgamento de **HC não depende de inclusão em pauta**. Nesse sentido, a intimação pessoal do defensor não é necessária se o julgamento do HC ocorrer na sessão seguinte. Entretanto, não sendo isso possível pelo volume de trabalho, o defensor deverá ser intimado pessoalmente da data em que ocorrerá o julgamento.

1. **Inamovibilidade.**

Previsão legal: artigo 134, §1º, CF; artigo 160, II, da LC 988/2006; artigos 43, II, 88, II, 127, II, LC 80/1994.

Fora a hipótese de punição administrativa depois de devido procedimento administrativo disciplinar, o defensor não pode movido de suas funções sem sua expressa vontade. Trata-se de garantia para o exercício funcional livre de pressões internas da Instituição.

Nesse aspecto, existe uma observação importante sobre uma **forma enviesada de movimentação**. Em vez de mover o defensor de lotação, mantém-se ele no mesmo lugar, mas são retiradas funções que pertenciam ao órgão em que atuava. Igualmente, tal prática é vedada, pois viola a inamovibilidade.

1. **INTIMAÇÃO PESSOAL.**

Previsão legal: artigo 44, I, LC 80/1994 (DPU); artigo 89, I, LC 80/1994 (DPDFT); artigo 128, I, LC 80/1994 (DPEs); artigo 186, §1º, CPC; artigo 183, §1º, CPC.

A prerrogativa de intimação pessoal não envolve apenas a ciência sobre abertura de vista dos autos à Defensoria, abrangendo também a **remessa dos autos em carga**. Dessa forma, a prerrogativa só é respeitada com o acesso efetivo do defensor aos autos.

Obviamente, no **processo eletrônico**, a remessa física dos autos não existe, bastando estar disponível a consulta no meio eletrônico, com a respectiva abertura de vista. Lembrando que o defensor possui dez dias para abrir a intimação e começar a contar o prazo de manifestação (artigo 5º, Lei n. 11419/2006). Este prazo de dez dias não é contado em dobro, pois não há realização de nenhum ato processual, apenas abertura de vista, a partir de quando se conta em dobro o prazo para manifestação.

Quanto às normas previstas no **CPC, elas se aplicam ao CPP subsidiariamente**, uma vez que em várias passagens trazem normas gerais sobre processo e não apenas de processo civil. Um exemplo é a disciplina sobre fundamentação de decisões, prevista no artigo 489, §1º, do CPC.

A abertura de vista ao **órgão errado da Defensoria** não faz iniciar nenhum prazo de manifestação. A vista deve ser aberta ao defensor com atribuição para o caso, em respeito à independência funcional. Caso aberta a vista ao órgão equivocado, o ato deve ser repetido com devolução do prazo de manifestação.

**Escritórios-modelo** de faculdades não possuem a prerrogativa de intimação pessoal, conforme determina o artigo 186, §3º, do CPC. No entanto, se forem nomeados como defensores dativos no processo penal pelo juízo, nesse caso, possuirão prerrogativa de intimação pessoal, nos termos do artigo 370, §4º, do CPP.

Esta prerrogativa dos **defensores dativos** de intimação pessoal não é a mesma aplicada aos defensores públicos. Para os dativos, basta a intimação pessoal por qualquer meio hábil (ex.: OJA ou carta), sem necessidade de carga ou remessa dos autos.

Quanto à prerrogativa de intimação pessoal, vale destacar ainda a regra descrita no **artigo 272, §6º, CPC**, que determina a presunção absoluta de intimação de todos os atos realizados ao se realizar a carga nos autos. Assim, ainda que o defensor não tenha sido pessoalmente intimado de uma decisão recorrível anteriormente, ao receber os autos por qualquer motivo posterior, presume-se intimado da decisão anterior, passando a contar o prazo recursal.

**Juizados Especiais.** A jurisprudência indica a inaplicabilidade da prerrogativa de intimação pessoal da Defensoria e do MP, com aplicação do princípio da celeridade, na forma do artigo 82, §4º, Lei n. 9099/95.

Podemos **criticar** esse entendimento, com base no princípio da especialidade, pois a LC 80/94 traz expressamente a prerrogativa de intimação pessoal da Defensoria sem excepcionar qualquer tipo de procedimento especial. Nesse sentido, trata-se de lei especial a par da lei geral, no caso, a Lei n. 9099/95, devendo ser aplicada. Aliás, as razões de aplicação da prerrogativa permanecem hígidas (alta carga de trabalho, indeclinabilidade das causas, falta de estrutura).

A prerrogativa de intimação pessoal cumpre-se com o **ingresso dos autos na Secretaria do órgão da Defensoria.** Assim, independe da entrega efetiva dos autos ao defensor.

Acerca da **intimação pessoal de atos praticados em audiência (art. 1003, §1º, CPC, e art. 798, §5º, “b”, CPP)**, o prazo recursal para Defensoria não se inicia no dia útil posterior à audiência, como poderia parecer. Isso porque não podemos nos esquecer de que a prerrogativa de intimação pessoal envolve não só a ciência, mas também a remessa dos autos em carga, o que não é cumprido na audiência. Assim, eventual prazo recursal somente se inicia com o ingresso dos autos no órgão da Defensoria.

No caso de **sentença condenatória penal em 1º grau**, tanto o réu como o defensor devem ser intimados pessoalmente, pois ambos possuem legitimidade ativa para interposição do recurso de apelação, conforme estabelece o artigo 577, do CPP. Nesse caso, o prazo recursal somente se iniciará a partir da última intimação pessoal realizada, seja do réu, seja do defensor, na forma do artigo 798, §5º, “a”, do CPP.

Nesse contexto, importante destacar ainda que as legitimidades recursais são autônomas. Assim, o réu pode recorrer contra a vontade do defensor e vice-versa. Ora, como sabemos, o recurso defensivo pode apenas beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, na forma do artigo 617, do CPP.

1. **PRAZO EM DOBRO.**

Previsões legais: artigo 44, I, LC 80/1994 (DPU); artigo 89, I, LC 80/1994 (DPDFT); artigo 128, I, LC 80/1994 (DPEs); artigo 186, *caput,* CPC.

Inicialmente, devemos lembrar que o processo penal lida, na maior parte das vezes, com o **direito indisponível de liberdade do réu**. Nesse sentido, durante todo o andamento do procedimento, deve-se garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório. Dessa forma, a perda de determinado prazo processual pelo defensor jamais pode significar prejuízo à defesa do réu. Assim, não há preclusão para a prática do ato, podendo a perda do prazo ter apenas reflexos disciplinares, a juízo da própria Instituição. Exemplificando, podemos citar a perda do prazo para apresentação de alegações finais escritas. Ainda assim, elas devem ser apresentadas.

Nesse contexto, suponhamos que o advogado constituído pelo réu deixe de apresentar alguma peça indispensável à defesa ou falte injustificadamente a uma audiência marcada. Nessa quadra, é equivocado o juízo de pronto abrir vista à Defensoria para manifestação ou mesmo mandar chamar o defensor para compor a audiência. Primeiramente, o juízo deve intimar pessoalmente o réu para dar-lhe a oportunidade de constituir outro advogado e, só então, sendo o caso, abrir vista à Defensoria.

Quanto à **contagem de prazo,** o processo penal possui regra específica, indicando que os prazos são contados em dias corridos, mas não em dias úteis como no CPC. Trata-se do artigo 798, do CPP.

**Exceções à contagem em dobro do prazo:**

1. **prazos materiais**: decadência e prescrição. Exemplos: prazo de representação da vítima, prazo de queixa-crime, prazo de mandado de segurança, prazo de ação rescisória;
2. prazo de **dez dias para acesso ao processo eletrônico** (art. 5º, §3º, Lei n. 11419/2006);
3. prazo de **sustentação oral** nos Tribunais, no Tribunal do Júri e em alegações finais orais. São atos imediatos e não futuros, não se justificando aumento do prazo, sob pena de violar a paridade de armas;
4. **Juizados Especiais**, com base na aplicação do princípio da celeridade. Criticar com base na teoria da lei específica, uma vez que LC 80/94 não excepciona a aplicação do prazo em dobro a procedimentos especiais.

Ainda sob à égide do artigo 5º, §5º, da Lei 1060/1950, a constitucionalidade do prazo em dobro para Defensoria no processo penal foi questionada no STF, sob o argumento de que violaria a paridade de armas, eis que o MP não tem a mesma prerrogativa. O STF manteve a regra, com base na teoria da **inconstitucionalidade progressiva**, afirmando que, no momento, a Defensoria possui estrutura precária, especialmente, quando comparada com a estrutura dos Ministérios Públicos, motivo pelo qual a necessidade do prazo em dobro permanece, de forma a garantir igualdade material entre os órgãos.

OBSERVAÇÃO: **prazo em dobro da Defensoria no ECA**. Art. 152, §2º, do ECA. Apenas é excepcionado o prazo em dobro para o MP e para a Fazenda Pública, razão pela qual a Defensoria mantém a prerrogativa de prazo em dobro nos procedimentos regidos pelo ECA, inclusive, o processo para apuração de ato infracional.

1. **PRISÃO DO DEFENSOR PÚBLICO.**

Previsões legais: artigos 44, II e III, 88, II e III, 128, II e III, da LC 80/1994; artigo 74, I, da Constituição Estadual de SP.

O defensor público de São Paulo **não possui foro** por prerrogativa de função; apenas há previsão especial de **foro para o Defensor Público-Geral**, nos termos do artigo 74, inciso I, da Constituição Estadual de SP. Nesse caso, em infrações penais comuns, é competente o Tribunal de Justiça.

Ainda na questão sobre o foro por prerrogativa de função, importante destacar o entendimento pacífico de que o foro fixado unicamente em Constituição Estadual não prevalece sobre o juízo competente fixado na Constituição Federal. Trata-se da SV 45. Assim, em caso de crime da competência do Tribunal do Júri, esta prevalecerá.

Fora isso, as únicas **especialidades na prisão** de um defensor público são a necessidade de comunicação ao Defensor Público-Geral e o seu recolhimento à sala separada e condigna, nos termos do artigo 128, incisos II e III, da LC 80/1994. Inexistindo local que atenda a esses requisitos, deve ser determinada a prisão domiciliar do defensor.

Notem que, de acordo com o texto legal, **não é necessário que a infração penal seja inafiançável** para justificar a prisão em flagrante de um defensor público, tal como é necessário para prender em flagrante um juiz ou um promotor de justiça (artigos 33, II, LC 35/1979, 40, III, Lei n. 8625/1993, e 18, II, d, LC 75/93).

Contudo, existe entendimento doutrinário (Diogo Esteves e Franklyn Roger) defendendo a **extensão da prerrogativa** também aos Defensores Públicos, em observância à necessidade de **igualdade de tratamento**, prevista no artigo 128, XIII, da LC 80/94.

Por fim, o processo investigatório em face de um defensor público precisa ser acompanhado por outro defensor público indicado pelo Defensor Público-Geral, conforme indica o artigo 128, §ú, da LC 80/1994.

1. **LIVRE COMUNICAÇÃO COM O RÉU.**

O artigo 128, VI, da LC 80/94, estabelece que o defensor pode conversar com o assistido livremente, mesmo em caso incomunicabilidade do preso. Não existe mais, sob o ordenamento jurídico atual, a possibilidade de existir incomunicabilidade do preso. Tal prática é vedada pela própria Constituição, no artigo 136, §3º, IV, que impede a incomunicabilidade do preso mesmo em caso de Estado de Defesa.

Igualmente, o Pacto de San José da Costa Rica, em vigor no Brasil com status supralegal, também impede a incomunicabilidade do preso, nos termos do artigo 8º, item 2, alínea “d”.

Muitas vezes, o defensor só possui contato com o réu ou o preso no momento da audiência, ocasião em que tal prerrogativa se faz importante ao garantir que o defensor possa entrevistar o assistido antes da audiência, em local reservado.

**H)** **LIVRE ACESSO A ESTABELECIMENTOS POLICIAIS, PENAIS, DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES.**

Previsões legais: artigo 128, VI, LC 80/94; artigo 4º, XVII, LC 80/94; artigo 162, XII, da LC 988/2006.

Além de prerrogativa, a realização de visitas às prisões e aos centros de internação se revela verdadeira missão institucional da Defensoria. Não depende de autorização ou aviso prévio.

Pessoas presas são indivíduos em situação de vulnerabilidade, uma vez que têm um dos direitos fundamentais mais básicos restringido, a liberdade, atraindo a atuação da Defensoria independentemente da condição financeira do réu (artigo 4º, XI, da LC 80/94; artigo 5º, VI, l, da LC 988/2006). No mesmo sentido, estabelece a LEP, em seu artigo 81-A.

Igualmente, o artigo 81-B, §ú, da LEP, determina a função da Defensoria de visitar regularmente os presídios.

A inobservância de direitos basilares na execução da pena, tais como deficiências nas instalações, na alimentação, na higiene, no fornecimento de água, entre outros aspectos, viola a dignidade do preso. Verificando isso, o defensor público deve fazer uso dos meios cabíveis para enfrentar a situação.

Uma possibilidade é o manejo de ação de desvio ou excesso na execução, na forma do artigo 185, da LEP. Contudo, a forma mais célere e eficaz é o manejo do *Habeas Corpus* coletivo, já reconhecido como ferramenta válida pelo STF. Artigo 25, Pacto de San José da Costa Rica, bem como com base no artigo 5º, XXXV, da CF, sendo certo que as garantias fundamentais devem ser interpretadas extensivamente.

**I) ACESSO A PROCESSOS E PROCEDIMENTOS.**

Previsões legais: artigo 44, VIII, LC 80/1994 (DPU); artigo 89, VIII, LC 80/1994 (DPDFT); artigo 128, VIII, LC 80/1994 (DPEs); artigo 162, II, da LC 988/2006 SP.

Inicialmente, lembremos que o vínculo do defensor e da parte assistida é **público e institucional,** não dependendo de procuração para atuar, salvo em relação aos atos que necessitam de poderes especiais, quando a parte assinará o documento juntamente ao defensor. Assim, para ter acesso a processos e procedimentos, o defensor não precisa mostrar procuração.

Tradicionalmente, no que se refere às características do inquérito policial, estudamos que ele é sigiloso. Contudo, esse sigilo deve ser entendido em termos, mas não de forma ampla, especialmente, quando pretendemos adotar o sistema acusatório em nosso país, em que a regra é a publicidade de todo o processo ou procedimento.

O inquérito somente será sigiloso na medida em que tal sigilo se fizer essencial para o sucesso de investigações em andamento. Assim, enquanto medidas investigatórias estão sendo realizadas, quanto a elas, o sigilo permanece, não sendo franqueado o acesso mesmo ao defensor público.

Suponhamos a determinação da medida de interceptação telefônica com autorização judicial. Durante o período de realização da interceptação, é essencial manter o sigilo, especialmente, para a pessoa investigada, sob o risco de total esvaziamento da diligência.

Por outro lado, terminada determinada medida investigatória e relatada nos autos do procedimento investigatório, a pessoa investigada ou indiciada, assim como seu advogado ou o defensor público, passam a ter total acesso ao resultado da medida.

Portanto, chegamos à seguinte conclusão: o defensor público deve ter total acesso a inquérito, quanto a medidas investigatórias terminadas e/ou relatadas, mas, **em relação a medidas investigatórias ainda em andamento, mantém-se a regra do sigilo**, como forma de manter a própria utilidade da investigação.

Em relação aos processos penais, a **regra é a publicidade**, conforme determina expressamente o artigo 5º, LX, da CF, bem como o artigo 8º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica.

Somente em casos excepcionais, o sigilo será aplicado, notadamente, nos casos em que é necessária a proteção da intimidade da vítima em casos de violência sexual, quando existe a necessidade de proteção de dados sigilosos dentro do processo penal ou em processos de apuração de ato infracional.

Nesses casos, a regra é a publicidade interna do processo ou procedimento investigatório. Na **publicidade interna**, o acesso aos autos é franqueado apenas às partes do processo ou procedimento, mas não à sociedade em geral. Não há, portanto, publicidade externa dos autos.

Isso é importante para entender a prerrogativa do defensor público de acesso a processos e procedimentos. Quando houver alguma necessidade sigilo, como nos casos acima tratados, **apenas o defensor com atribuição** para atuar naquela causa é quem poderá ter acesso aos autos, mas não qualquer defensor.

Mas uma ressalva deve ser feita, no caso de proteção de dados sigilosos no processo penal. Nesse caso, como a proteção de intimidade abrange apenas esses dados, mas não todo o processo penal em que se encontram encartados, a publicidade de todo o processo deve ser garantida a todos, salvo no que se refere aos dados protegidos. Assim, pode-se ter acesso a todo o processo, menos aos dados protegidos por sigilo (ex.: sigilo fiscal, conversas telefônicas).

Por fim, mais uma exceção se afigura cabível de análise. A jurisprudência admite o uso de informações protegidas por sigilo em processos criminais como **prova emprestada** em processos coletivos ou cíveis indenizatórios, com base na argumentação de que os dados foram inicialmente obtidos para o processo penal, não havendo violação do artigo 5º, XII, da CF. Nesse contexto, portanto, é possível o acesso a esses dados pelo defensor público com atribuição nessas outras áreas.

Por fim, apesar da LC de São Paulo parecer restringir o acesso apenas a processos e procedimentos em trâmite na esfera estadual, a LC nacional não faz tal restrição. Portanto, não há qualquer limitação de acesso apenas à esfera estadual.

**J) REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E PERÍCIAS.**

Previsões legais: artigo 44, X, LC 80/1994 (DPU); artigo 89, X, LC 80/1994 (DPDFT); artigo 128, X, LC 80/1994 (DPEs); artigo 162, IV, LC 988/2006 SP.

Inicialmente, destaque-se que o **poder de requisição abrange somente órgãos públicos**, mas não entidades privadas. Quanto a isso, houve ADI em relação à normativa do Estado do Rio de Janeiro, que ampliou o poder de requisição dos defensores também a entidades privadas. Nessa parte, a ADI foi julgada procedente, com o argumento de que os defensores não poderiam ter uma prerrogativa que nenhum outro advogado público ou privado teria. A manutenção da regra transformaria o defensor em um superadvogado.

Igualmente, apesar de LC de São Paulo restringir o poder de requisição a órgãos estaduais, importante verificar que a LC nacional não faz tal restrição. Portanto, a prerrogativa é ampla, abrangendo qualquer órgão público.

Essa prerrogativa se faz muito importante no âmbito do se chama de **investigação defensiva**. Trata-se nada mais que a adoção de medidas pelo defensor público ou advogado para demonstrar que a pessoa investigada ou indiciada não é autora do crime em análise ou que não existe o fato típico.

Em relação a **documentos protegidos por sigilo, a prerrogativa não se aplica**. Eles somente podem ser obtidos com autorização judicial, conforme dispõe o artigo 5º, XII, da CF.

Contudo, suponhamos que, de forma irregular, o defensor requisite um documento protegido por sigilo e consiga acesso a ele, demonstrando a inocência da pessoa investigada/processada. Nesse cenário, entra em cena o que chamamos de **prova ilícita pró réu** e a discussão sobre a possibilidade de sua utilização. Majoritariamente, a doutrina admite a utilização, com base no princípio da proporcionalidade, pois nesta situação extrema, colocando-se em confronto o direito de liberdade e o direito à intimidade, deve prevalecer o primeiro, afastando episodicamente o segundo. O réu estaria agindo em estado de necessidade.

Em relação ao **desrespeito ao poder de requisição** pela autoridade requisitada, há discussão sobre a incidência do crime de desobediência ou prevaricação. Quanto à desobediência, por um lado, afirma-se que só pode ser praticada por particular e, assim, o funcionário público dentro de suas funções não a praticaria. Por outro lado, afirma-se que, inexistindo relação de hierarquia entre a autoridade requisitante e requisitada, o crime pode ser configurado, eis que não está presente o poder disciplinar. Já em relação à prevaricação, o problema se encontra em demonstrar o especial fim de agir do funcionário público em descumprir a requisição.

**OBSERVAÇÕES FINAIS:**

**- Assistência jurídica gratuita no processo penal.**

Primeiramente, devemos ter em mente que a assistência jurídica abrange não só a atuação dentro do processo (assistência judiciária), mas também a atuação extraprocessual.

Em processo penal, podemos trazer à baila a atuação durante a fase investigatória, quando ainda não existe processo. Igualmente, ela está presente nos Juizados Especiais, em relação à possibilidade de composição civil dos danos significando renúncia ao direito de representação. Outros exemplos estão presentes no ordenamento, tais como a transação penal, a remissão no processo infracional, o acordo de não persecução penal. Ainda um último exemplo de assistência jurídica extrajudicial a ser citada é a orientação à família do preso, muitas vezes vulnerável após a prisão de um de seus integrantes.

Por outro lado, sabemos que a Defensoria Pública possui a missão institucional de atuar em favor da proteção de pessoas vulneráveis. Nesse contexto, não só a atuação em favor do réu deve ser mencionada, mas também a atuação em favor vítimas vulneráveis de crimes. Podemos citar a atuação em favor de vítimas de crimes de racismo, de tortura, contra as mulheres, contra crianças e adolescentes.

Nesses casos, a atuação extrajudicial da Defensoria Pública é essencial para garantir a essas pessoas o devido atendimento não só na área jurídica, mas também com apoios psicológico e assistencial. Note-se que a Defensoria de São Paulo possui a atribuição de prestar atendimento interdisciplinar, na forma do artigo 5º, V, da LC 988/2006 SP.

Eventualmente, no processo penal, caso a Defensoria venha a atuar como assistente de acusação ou representante da vítima em queixa-crime, nesses casos de vítimas vulneráveis, tal atuação independe do fato de o assistido ser pobre. Trata-se de atribuição não tradicional da Defensoria, a de atuar em favor de grupos vulneráveis, independentemente da questão financeira.

Ao contrário, fora desses casos, a atuação da Defensoria como representante da vítima em queixa-crime ou como assistente de acusação está condicionada ao fato de a vítima ser hipossuficiente financeiramente.

Além disso, devemos lembrar que muitos atos são privativos da vítima. Assim, ela é quem deve realizar representação, perdão, composição civil de danos. Portanto, eventuais manifestações do defensor devem vir acompanhadas da assinatura da vítima, assim como eventual queixa-crime.

Quando atua na defesa do réu, como está em jogo o direito fundamental de liberdade, a ampla defesa e o contraditório no processo penal devem ser sempre garantidos, ou seja, não existe a possibilidade de se renunciar à defesa técnica. Ela deve estar presente e ser efetiva para garantir o devido processo legal substancial.

Nesse sentido, mesmo se o réu não for hipossuficiente financeiramente, ele será assistido pela Defensoria Pública caso não constitua advogado. Sendo esse o caso, a Defensoria Pública deve pedir a fixação de honorários advocatícios em favor da Instituição, para aparelhamento ou investimento na capacitação dos defensores e servidores (artigo 5º, XXI, da LC 80/1994).

Isso se explica pelo princípio da solidariedade social. A função precípua da Defensoria Pública é garantir o acesso à justiça a quem não tem condições financeiras de custear um advogado, garantindo a igualdade de todos. Ao mover sua atuação para quem tem condições de custear sua defesa, invariavelmente, ainda mais considerando que as Defensorias estão longe de ter a estrutura ideal, sacrifica-se em certa medida a atuação em favor dos hipossuficientes financeiramente. Para recompor a balança social, justo é cobrar os honorários do réu não hipossuficiente defendido pela Defensoria.

Aliás, tal questão foi objeto de análise na última prova escrita da Defensoria de São Paulo, na peça de processo penal. Como o réu era um prefeito, no tópico dos pedidos, o candidato deveria fazer o pedido de condenação do réu em honorários advocatícios. Só essa análise valia 1 ponto da resposta.