



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

Processo nº: 2019/12863
Propositora: Franciele de Araújo Santos (GO-58.649)
Assunto: Consulta
Juiz Relator: Fabiano Gonçalves Novaes

Trata-se de consulta formulada pela advogada **Franciele de Araújo Santos (GO-58.649)**, nos seguintes termos:

Advogado X foi nomeado como dativo em um processo criminal, cuja finalidade "promover a defesa criminal do acusado....".

Ocorre que o referido advogado foi procurado pela família do acusado, querendo efetuar o pagamento de honorários advocatícios para contratá-lo a ingressar com pedido de revogação de prisão preventiva.

Gostaria de saber se é antiético advogado nomeado para defesa de processo criminal firmar contratos de prestação de serviços com a finalidade de solicitar liberdade do acusado?

Assim, foram os autos distribuídos ao Órgão Especial desta E. Corte Ético-Disciplinar para apreciação.

Conheço da consulta, porque formulada "em tese" e relacionada a matéria de competência deste Colegiado Deontológico, satisfazendo os requisitos dos arts. 71, inciso II do CED e 14, inciso III do RITED/OABGO.

Passo, pois, à resposta da questão, cujo enfoque específico é a **atuação do advogado como defensor dativo em processo penal**, com as suas peculiaridades normativas, o qual não pode - e nem deve - ser confundido com o advogado que patrocina processos outros no interesse de beneficiários da assistência judiciária, sob os auspícios da Lei nº 1.060/50 e Código de Processo Civil em vigência.

Na esteira da garantia constitucional que assegura "aos acusados em geral", o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV da Carta Magna de 1988), dispõe o art. 261 do CPP que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

Segundo valiosa lição do Professor e membro do MP/SP - Rogério Sanches Cunha¹:

"Por **contraditório** se entende a possibilidade que se confere ao réu de conhecer, com exatidão, todo o processo e, em decorrência de tal ciência, contrariá-lo sem nenhuma espécie de limitação. Impõe-se ao juiz, em consequência, a obrigatoriedade de ouvir ambas as partes (*ciência bilateral das partes*) antes de decidir. A **ampla defesa**, de sua parte, representa verdadeira consequência do contraditório. Se através dele se reconhece a absoluta igualdade entre as partes, será por meio da ampla defesa que tal igualdade ganhará corpo, tornando-se efetiva e palpável. A ampla defesa consiste, portanto, na possibilidade de o réu contraditar a acusação."

Desta sorte, o defensor pode ser **constituído** (contratado pelo réu, segundo critérios de sua livre escolha) ou **dativo** (nomeado pelo Juiz - em regra, integrante da Defensoria Pública - arts. 5º, inciso LXXIV e 134, *caput* da CF ou, em sua falta, por advogado, segundo convênios firmados entre a OAB/Estados).

O Estatuto da Advocacia e da OAB - Lei Federal nº 8.906/94 - dispõe, em seu art. 22, § 1º:

"Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º. O advogado, **quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado**, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado."

Lembremos da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inciso LXXIV da CF/1988, pela qual "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". O cumprimento desse dever perante os "**necessitados**" dá-se pela atuação da Defensoria Pública (art. 134 da

¹ <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/07/19/stj-nao-se-nomeia-advogado-dativo-se-ha-defensoria-publica-estruturada-para-atuar/consulta-realizada-em-04/12/2020,-às-11h42>





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

Carta Magna). À sua falta ou impossibilidade é que se tem a atuação residual do advogado dativo.

Ao ver-se nomeado advogado dativo, o profissional passa a exercer um encargo público (*e não função pública*) e, **via de regra**, não faz jus a qualquer tipo de remuneração por parte do jurisdicionado/assistido, exceção feita aos eventuais honorários de sucumbência ou ao pagamento de honorários pela União ou Estado-Membro. Fazendo-o à custa do réu/assistido, incorre - *em tese* - em desvio disciplinar e, em situações extremas, há notícias da instauração de persecuções penais por supostas práticas de *concussão* ou *corrupção passiva* (arts. 316 e 317 do Código Penal Brasileiro).

Apenas a título de observação, a jurisprudência dominante é no sentido de que casos tais - *a rigor* - não constituem infração penal, por não ser possível equiparar o advogado dativo ao funcionário público. Assim, oportuna a lição de Nelson Hungria²:

"É preciso, porém, não confundir função pública com *múnus* público. Assim, não são exercentes de função pública os tutores ou curadores dativos, os inventariantes judiciais, os síndicos falimentares (estes últimos estão sujeitos a lei penal especial) etc. Também não são funcionários os concessionários de serviços públicos e seus empregados."

E acrescenta, Guilherme de Souza Nucci³:

"211. Não são considerados funcionários públicos: a) síndico de massa falida; b) **defensor dativo**; c) administradores e médicos de hospitais privados credenciados pelo Governo (...)"

Mas, como mencionado linhas volvidas, a consulta em análise versa especificamente acerca da atuação do **defensor dativo na esfera criminal**, o que reclama a transcrição do art. 263 do Código de Processo Penal, por sua especificidade:

² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal: decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 5ª ed. Rio de Janeiro; Ed. Forense, 1983, p. 397

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 8ª ed.; Ed. Revista dos Tribunais.





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

"Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, **ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança**, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, **que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo**, arbitrados pelo juiz."

Percebe-se que o defensor (*público* ou *dativo*) será nomeado àqueles réus que não o tiverem, os quais poderão substituí-lo por outro de sua confiança (*contratado*) a qualquer tempo. Imperioso registrar a importantíssima ressalva: *o acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.*

Em Goiás, a remuneração da advocacia dativa nos processos que tramitam na esfera da Justiça Estadual é disciplinada pela Portaria nº 293/2003 da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do procedimento administrativo n.º 23585757/2003, que disciplinou convênio com a OAB-GO.

Mencionada portaria estabelece:

"Art. 3.º Farão jus à percepção de honorários a serem pagos pelos cofres públicos do Estado:

a) os advogados defensores dativos de **réu pobre**; ..."

Verifica-se no ato administrativo em comento, ainda que por outras palavras, a mesmíssima ressalva que se tem no art. 263, parágrafo único do CPP, sendo lícito concluir: **se o réu não é considerado pobre, deve arcar com os honorários devidos ao seu defensor.**

Podemos, assim, visualizar duas situações - *em tese* -, para oferecer melhor resposta à consulente, especificamente quanto à atuação do defensor dativo no processo penal, sob o estrito aspecto do comportamento ético-disciplinar da advocacia.

Na **hipótese 1ª**: diante da citação no processo penal, o réu informa ao juiz não ter defensor constituído e **não possuir condições financeiras de fazê-lo; aqui, o defensor dativo é nomeado sob tal e especial circunstância (pobreza aos olhos da lei, que goza de presunção 'juris tantum')**, devendo ser remunerado





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

- **unicamente** - pelo Estado, que deve garantir assistência jurídica integral àqueles que não possam custeá-la - art. 5º, inciso LXXIV da CF/1988.

Neste caso, se o advogado cobrar honorários advocatícios do réu/assistido, ainda que em procedimento incidental, incorrerá em infração deontológica, além de poder ver-se responsabilizado na seara penal, por força de conflito jurisprudencial⁴.

Na **hipótese 2ª**: diante da citação no processo penal, o réu não se faz representar por defensor constituído e **silencia-se quanto à possibilidade financeira de arcar - ou não - com a contratação de um advogado.**

Aqui, o defensor dativo é nomeado em virtude da inércia do réu, apenas a garantir-lhe o exercício da ampla defesa e contraditório. É assegurado ao réu, a qualquer tempo, constituir o defensor que lhe pareça ideal; e, se no decorrer da lide, pelas razões que mais lhe sejam convenientes, o réu opta pela contratação remunerada daquele mesmo defensor, antes nomeado "dativo", passa a tê-lo por "advogado constituído", na forma do art. 263, *caput* do CPP.

Realço tais observações, formulando um questionamento puramente retórico: se o réu a quem fora nomeado defensor dativo pode, a qualquer tempo, constituir novo patrono, porque estaria impedido de contratar e pagar honorários ao profissional inicialmente indicado pelo Juiz, se dispõe de recursos financeiros para tanto?

Mais que um dever de ordem legal àqueles que não se enquadram no conceito legal de hipossuficientes, o pagamento pelos préstimos profissionais constitui dever moral, de não locupletar-se às expensas do Erário, tampouco às custas do labor não remunerado de um profissional do Direito.

Não vejo, pois, óbice de ordem legal para que ocorra a contratação em tais circunstâncias, tampouco impeditivo de natureza deontológica.

⁴ - *pela caracterização de infração criminal, em causa de natureza previdenciária*: Processo nº 0000270-40.2012.4.03.6125 - 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ourinhos/SP
- *em sentido contrário, pela atipicidade da conduta*: TJGO, 1ª CCrim; Julgado em 14/05/2009, HC nº 34.990-4/217 (200901698134), Rel. Des. Leandro Crispim e TJRS, 2ª CCrim; Julgado em 10/04/1997, Apelação Crime nº 696174622, Rel. Des. Nelson Souza Soares Rassier





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

Por cautela, em situações tais, *v.g.* é recomendável ao causídico que, no bojo do processo em que fora nomeado, faça juntar declaração expressa do réu (*agora, seu 'pretense constituinte'*), dizendo-se capaz de suportar as despesas com os honorários advocatícios devidos ao seu defensor, afastando a presunção de incapacidade financeira e, pelo mesmo ato, expressando o firme propósito de constituí-lo patrono, por meio de mandato outorgado para a atuação no foro; concomitantemente, deve firmar junto ao cliente um contrato escrito de prestação de serviços advocatícios, segundo a orientação do art. 48 e parágrafos do Código de Ética e Disciplina da OAB, de modo a resguardar-se.

Forte em tais considerações de ordem legal, jurisprudencial e doutrinária, conheço da consulta para respondê-la nos termos alinhavados, submetendo o voto/parecer à censura de meus pares neste Colegiado Especial.

Goiânia/GO, 17 de dezembro de 2020.

documento assinado por meio eletrônico

Fabiano Gonçalves Novaes

Juiz Relator





Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás
"Casa do Advogado Jorge Jungmann"
Tribunal de Ética e Disciplina - Órgão Especial

Processo nº: 2019/12863
Propositor: Franciele de Araújo Santos (GO-58.649)
Assunto: Consulta
Juiz Relator: Fabiano Gonçalves Novaes

EMENTA Nº _____/2020 - TED-GO - Órgão Especial.

Consulta. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Réu que declara expressamente possuir capacidade financeira para contratar advogado. Desvio disciplinar inexistente.

1. A atuação do advogado como defensor dativo em processo penal dá-se pela inexistência da defensoria pública nas diversas Comarcas, sobretudo Interioranas, submetendo-se a peculiaridades normativas que não o confundem com o advogado que patrocina processos outros no interesse de beneficiários da assistência judiciária.
2. Na esteira da jurisprudência dominante, o defensor dativo exerce encargo público (*munus*) e não função pública.
3. Se o réu não é pobre, deve arcar com os honorários devidos ao seu defensor (art. 263, parágrafo único do CPP c/c art. 3º, alínea "a" da Portaria PGE-GO nº 293/2003).
4. O réu assistido por defensor dativo pode, a qualquer tempo, nomear outro de sua confiança (art. 263, *caput* do CPP), até mesmo constituí-lo defensor por iniciativa própria, informando o juiz da capacidade para arcar com o pagamento de seus honorários e elidindo a presunção de hipossuficiência.
5. Consulta conhecida e a que se responde.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, obedecido o *quorum* de instalação e deliberação (art. 6º c/c 9º, ambos do RITED/OABGO) ACORDAM os integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, conhecer da consulta e respondê-la nos termos do parecer proferido pelo Juiz Relator, que a este se incorpora.

Sessão presidida pelo Juiz Samuel Balduino Pires da Silva.

Goiânia/GO, 17 de dezembro de 2020.

Samuel Balduino Pires da Silva
Presidente

Fabiano Gonçalves Novaes
Juiz Relator



OAB - SEÇÃO DE GOIÁS

Documento assinado digitalmente em 18/12/2020 10:45:42

Assinado por FABIANO GONCALVES NOVAES

Rua 1121 nº 200, Setor Marista - Goiânia-GO - CEP: 74.175-120

Caixa Postal 15 - Fone: (62) 3238-2000 - Fax: (62) 3238-2053

www.oabgo.org.br - E-mail: oabnet@oabgo.org.br