

HONORÁRIOS DEFENSORIAIS (IN)DEVIDOS PELO RÉU NO PROCESSO PENAL

*DEFENSOR FEES (NON) DUE BY THE DEFENDANT
IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS*

Nicolas Bortolotti Bortolon

*(Mestre em Direito Processual - Universidade Federal do Espírito Santo.
Defensor Público Federal titular do 1º Ofício Criminal da DPU em Vitória-
ES. Membro da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal da DPU)
nicolas.bortolon@dpu.def.br*

RESUMO

No presente artigo trataremos da impossibilidade de condenação do réu, no processo penal, ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública, independentemente da sua situação econômica. Para tanto, trataremos das definições doutrinárias sobre as funções típicas e atípicas atribuídas à instituição e a qual classificação pertence a atividade de defesa criminal de acusados que não forem pobres. A partir daí, analisaremos a incidência de normas normalmente invocadas como fundamentos para a fixação e cobrança de honorários pela Defensoria Pública contra seus assistidos não hipossuficientes, em especial o art. 5º, LXXIV, e o art. 134 da Constituição Federal, o art. 263, parágrafo único, do CPP e o art. 4º, XXI, da LC 80/94. Dessa análise, buscaremos demonstrar que o desempenho dessa função atípica também se insere no dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita, não havendo interpretação válida que permita uma atuação onerosa da Defensoria Pública em detrimento de seus próprios assistidos, qualquer que seja a sua situação econômica.

Palavras-chave: Direito processual penal. Assistência jurídica. Honorários. Defensoria Pública.

ABSTRACT

In this article, we will deal with the impossibility of condemning the defendant, in criminal proceedings, to the payment of fees in favor of the Public Defender, regardless of his economic situation. To do so, we will deal with the doctrinal definitions of the typical and atypical functions attributed to the institution and to which classification the activity of criminal defense of defendants who are not poor belongs. From there, we will analyze the incidence of norms normally invoked as grounds for the establishment and collection of fees by the Public Defender's Office against its non-hyposufficient assisted, especially art. 5, LXXIV, and art. 134 of the Federal Constitution, art. 263, sole paragraph, of the CPP and art. 4th, XXI, of the LC 80/94. From this analysis, we will seek to demonstrate that the performance of this atypical function is also part of the duty to provide full and free legal assistance, with no valid interpretation that allows for an onerous performance of the Public Defender's Office to the detriment of its own assisted, whatever their economic situation.

Keywords: Criminal law. Legal assistance. Fees. Public Defender's Office.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DA CLASSIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA EM TÍPICAS E ATÍPICAS. 2. DA GRATUIDADE DA ATUAÇÃO ATÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA. 2.1 Da inexistência de previsão de assistência jurídica integral e onerosa. 2.2 Sobre os honorários a que se refere o parágrafo único do art. 263 do CPP. 2.3 Sobre os honorários sucumbenciais da Defensoria Pública. 2.4 Analogia com a curatela (ou curadoria) especial. CONCLUSÃO.

Data de submissão: 21/06/2024

Data de aceitação: 12/08/2024

INTRODUÇÃO

À Defensoria Pública incumbe, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal, promover 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. A defesa dos hipossuficientes, portanto, é uma das funções típicas dessa instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o que ocorre com muita frequência no processo penal, dada a notória presença majoritária de pessoas pobres figurando como réu em ações penais.

No entanto, a Defensoria Pública, não raras vezes, também é chamada a atuar em prol de réus não hipossuficientes que, por motivos diversos, não constituem advogado ou advogada privados para o exercício de sua defesa técnica criminal. Ocorre, então, a chamada “atuação atípica” da Defensoria Pública, posto que o destinatário do serviço de assistência jurídica, em tais casos, não se enquadra no público-alvo principal da instituição.

Em que pese a atuação na defesa de “réus ricos” não seja o escopo primordial da Defensoria Pública, o fato é que se trata, hoje, de uma atuação comum e que concretiza o direito fundamental e indisponível do acusado ao contraditório, à ampla defesa e à assistência jurídica no processo penal.

Nesses casos, a questão que surge é: o assistido não hipossuficiente, do ponto de vista econômico, que em processo penal é defendido pela Defensoria Pública faz jus à gratuidade da assistência jurídica? Ou, nesse caso, a prestação da assistência jurídica deve ser considerada onerosa e, por isso, o assistido que não for pobre deve ser condenado a pagar honorários em favor da instituição que exerceu a sua defesa?

O presente trabalho tem por intuito oferecer respostas a essas perguntas, a partir da análise da legislação constitucional e infraconstitucional aplicável e à luz da doutrina e da jurisprudência existentes sobre o tema.

1. DA CLASSIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA EM TÍPICAS E ATÍPICAS

A doutrina normalmente classifica as funções institucionais da Defensoria Pública em dois grupos: o das funções típicas e o das funções atípicas¹.

As funções típicas, segundo Esteves e Silva², são “aquelas exercidas com o objetivo de tutelar direitos titularizados por hipossuficientes econômicos”, isto é, “sempre que a atividade funcional da Defensoria Pública restar direcionada para a defesa dos interesses das pessoas desprovidas de recursos financeiros, estaremos diante de uma função estritamente típica” ou também chamada de tradicional³. São, portanto, aquelas funções que têm relação direta com a literalidade do texto constitucional do art. 134, *caput*, c/c o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, quando se referem a “necessitados” e “insuficiência de recursos”.

Já as funções institucionais atípicas “seriam aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública, independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição”⁴. Em tais casos, o fator econômico já não é mais o ponto relevante para a definição da atribuição da Defensoria Pública, mas, sim, os valores envolvidos que, em razão de sua importância, foram outorgados à defesa dessa instituição⁵. O sentido do art. 134, *caput*, e do art. 5º, inc. LXXIV, da CF, nessa classificação, seria, portanto, mais amplo que o da vulnerabilidade econômica, englobando também a chamada vulnerabilidade jurídica, que corresponde à fragilidade do indivíduo ou grupo dentro da estrutura organizacional da sociedade ou em relação a outras pessoas ou instituições, a exemplo do Estado ou de uma grande empresa⁶.

É, sem dúvida, uma forma amplificadora do conceito de assistência jurídica, o que, de todo modo, encontra amparo no princípio da máxima efetividade

¹ MORAES, S. R. M. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 1995.

² ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 239.

³ SOUSA, J. A. G. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição? *In: Idem. Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, 2011, p. 37-38.

⁴ MORAES, *op. cit.*, p. 24.

⁵ ESTEVES; SILVA, *op. cit.*, p. 239.

⁶ *Ibidem*, p. 238.

das normas constitucionais⁷, especialmente daquelas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, que sempre devem ser interpretadas ampliativamente, nos termos do §2º do art. 5º, mormente aquelas que servem à proteção do ser humano contra o poder e os arbítrios do Estado, especialmente contra aqueles que podem causar a restrição de liberdades e de direitos individuais⁸.

Dito isso, fica fácil identificar a defesa criminal de quem não é economicamente hipossuficiente como uma das funções atípicas da Defensoria Pública, senão tão importante quanto a defesa dos mais pobres, certamente de alto valor em um Estado Democrático de Direito⁹, porquanto ligada ao papel de promoção dos direitos humanos, à defesa em todos os graus dos necessitados e às garantias da ampla defesa, do contraditório e da assistência jurídica¹⁰. Tais preceitos não admitem que alguém responda a um processo criminal sem que haja um profissional habilitado no exercício da defesa técnica do réu¹¹, convertendo-se em verdadeiro direito indisponível, de modo que, mesmo que o réu não queira ser defendido por alguém além de si mesmo, terá de sê-lo, sob pena de nulidade do processo¹².

2. DA GRATUIDADE DA ATUAÇÃO ATÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Em princípio, faria sentido afirmar que a assistência jurídica integral prestada pela Defensoria Pública somente será gratuita quando no exercício de uma de suas funções típicas, ou seja, em favor de pessoas economicamente hipossuficientes. Por outro lado, quando no desempenho de suas funções atípicas, o elemento da gratuidade não se justificaria mais, porquanto a sua razão de ser, a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CRFB), não estaria mais presente, devendo o desempenho da função, por isso, dar-

⁷ LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**, 2022, p. 408-409.

⁸ *Ibidem*, p. 2617-2621.

⁹ MORAES, G. P. **Instituições da Defensoria Pública**, 1995, p. 175

¹⁰ GRINOVER, A. P. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, ano 4, n. 2, 2001, p. 155.

¹¹ LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**, 2022, p. 208-212.

¹² DEZEM, G. M. **Curso de processo penal**, 2021, RB-12.12

se de maneira onerosa¹³. Assim, por ser a defesa técnica criminal do réu não hipossuficiente um exemplo clássico de atuação atípica da Defensoria Pública, seria cabível exigir dele o pagamento de honorários em favor da instituição que exerceu a sua defesa¹⁴.

Essa posição não é apenas doutrinária, mas também institucional, em alguns casos. Serve de exemplo a Resolução nº. 133/2016 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que, apesar de prever a possibilidade de atuação do defensor na defesa criminal de quem não é hipossuficiente e indefeso (art. 6º, §1º)¹⁵, estabelece, em seu art. 7º, a possibilidade de se pleitear, no processo criminal, a condenação desse mesmo assistido ao pagamento de honorários:

Art. 7º. Nos processos criminais, se não restar demonstrado que a pessoa natural ou jurídica é necessitada econômica, deverá o Defensor Público provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparelhamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União, na forma do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal e art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94.

Esse entendimento de que a atuação da Defensoria Pública, na defesa atípica criminal de réus não pobres, deva dar-se de forma onerosa e com cobrança de honorários normalmente está calcado nos seguintes fundamentos: arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF; art. 263, parágrafo único, do CPP; e art. 4º, inc. XXI, da LC nº. 80/94, os quais serão examinados criticamente a seguir.

2.1 Da inexistência de previsão de assistência jurídica integral e onerosa

Com relação ao art. 5º, LXXIV, da CF/88, temos que a interpretação que lhe é conferida para fundamentar a cobrança de honorários se fia na previsão de que a assistência jurídica integral e, principalmente, gratuita só é conferida

¹³ JUNQUEIRA, G.; ZVEIBIL, D.; REIS, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, 2021, p. 956-957.

¹⁴ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 98-99.

¹⁵ “Art. 6º. A atuação na persecução criminal e em processo administrativo disciplinar depende da necessidade econômica do beneficiário. § 1º A atuação na persecução criminal independe da necessidade econômica do beneficiário quando, na condição de réu, intimado para constituir Advogado, não o fizer, e os autos forem encaminhados à Unidade da Defensoria Pública da União.”

aos que comprovarem insuficiência de recursos. O termo “necessitados” do art. 134, por isso, estaria ligado à necessidade ou hipossuficiência puramente econômica, de modo que, não sendo o acusado indefeso pobre, deveria arcar com os custos da defesa exercida pela Defensoria Pública, na forma de honorários.

Essa linha de conceituação da assistência jurídica é classificada como “corrente comprovacionista”¹⁶ e já estaria há muito ultrapassada pelas modernas concepções do direito à assistência jurídica prestada pelo Estado, que concebem não apenas presunção de hipossuficiência a diversas categorias vulnerabilizadas, como também se afastam dessa terminologia para denominá-las de “necessitados jurídicos”¹⁷ – autênticos destinatários concorrentes da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

Contudo, propomos um olhar inverso sobre o texto constitucional: se é verdade que somente há previsão de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (os “necessitados econômicos”), também é verdade que inexistente a previsão da assistência jurídica integral e onerosa, ao menos por parte da Defensoria Pública. A razão disso é bastante simples: o serviço público de assistência jurídica prestado pela instituição e seus membros e servidores é remunerado “de maneira fixa pelo Estado, por intermédio das receitas oriundas dos impostos gerais”¹⁸. Ou seja, inexistente a previsão legal de cobrança de taxa, tarifa ou qualquer outro tipo de tributo vinculado por esse serviço¹⁹, sendo ele integralmente custeado pelo próprio Estado, com receitas desvinculadas, o que o torna um autêntico serviço público gratuito, ao menos sob o ponto de vista do usuário²⁰.

É dizer: se à Defensoria Pública somente foi conferida a possibilidade de prestar assistência jurídica integral e gratuita, qualquer outra forma de prestação por ela dessa assistência, como a que se diz onerosa – com arbitramento, cobrança e execução de honorários ou outras verbas

¹⁶ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 123-124.

¹⁷ JUNQUEIRA, G.; ZVEIBIL, D.; REIS, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, 2021, p. 108-114, 131-149.

¹⁸ ESTEVES; SILVA, *op. cit.*, p. 502.

¹⁹ SCHOUER, L. E. **Direito tributário**, 2022, p. 600-605.

²⁰ JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**, 2018, p. 375.

sucumbenciais – carece de fundamento constitucional válido e, portanto, é impraticável. Em outras palavras, ou a Defensoria Pública presta assistência jurídica integral e gratuita ou não presta nenhuma assistência jurídica.

Outros meios de prestação de assistência, que não a da Defensoria Pública, como a nomeação de defensor dativo ou a prestação por outras instituições (ex: núcleos de prática jurídica de universidades), até poderiam incluir-se entre esses a quem seria conferida a prerrogativa de ser remunerado pelo serviço prestado (onerosidade). Contudo, se a defesa for exercida pela Defensoria Pública, a quem realmente cabe primordialmente esse papel²¹, podemos concluir que somente poderá atuar de forma gratuita, não havendo espaço para uma assistência jurídica onerosa, em prejuízo do próprio destinatário do serviço prestado.

No campo penal, essa premissa importa na impossibilidade de a Defensoria Pública, no desempenho da defesa de quem não for pobre, pleitear o arbitramento, a condenação e a cobrança, extrajudicial ou judicial, de honorários ou quaisquer verbas sucumbenciais sobre o réu, em favor da própria instituição, de seus membros ou de fundos por ela geridos. Essa é, a nosso ver, a única interpretação válida que se pode conferir ao tema e aos arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal.

Vale, assim, dizer que, em se tratando de previsão constitucional, nem mesmo a lei e muito menos provimentos infralegais (a exemplo da citada Resolução 133/16 do CSDPU) poderiam prever a atuação onerosa da Defensoria Pública em relação aos seus próprios assistidos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Veja-se que a questão da gratuidade a que nos referimos dá-se exclusivamente sob a perspectiva do destinatário da assistência jurídica, o usuário desse serviço público, ou seja, o assistido. Isso não significa que a sua contraparte processual não sofra o ônus da sucumbência, inclusive da obrigação de pagar honorários à Defensoria Pública, pois aí a relação é outra, como veremos mais adiante.

²¹ JUNQUEIRA, G.; ZVEIBIL, D.; REIS, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, 2021, p. 118-128.

2.2 Sobre os honorários a que se refere o parágrafo único do art. 263 do CPP

Já no âmbito infraconstitucional, o primeiro fundamento legal normalmente apontado para o pedido de condenação em honorários do assistido não hipossuficiente no processo penal está no texto do artigo 263 do CPP, especialmente em seu parágrafo único, *in verbis*:

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.

Sobre esse dispositivo é imperioso destacar que se trata de previsão originária do Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ou seja, de norma inserida em um contexto histórico, político, social e jurídico muito diverso do atual, especialmente, um tempo em que o tema da assistência jurídica engatinhava no seio das discussões político-normativas sobre acesso à justiça, quando nem sequer existia a Defensoria Pública tal como é hoje.

Nos tempos atuais, toda interpretação dos direitos e das garantias fundamentais deve ser feita no sentido de sua máxima efetividade, como já destacamos anteriormente, especialmente orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, alçado pelo art. 1º, inc. III, ao patamar mais alto das normas constitucionais, como princípio fundante da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui e que, por isso, espraia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico²².

Assim, a leitura de dispositivos legais, mormente os redigidos anteriormente à Constituição de 1988, precisa ser feita à luz dos princípios e regras nela estabelecidos, a fim de garantir sua compatibilidade com a atual ordem jurídica. É nesse sentido que o princípio da máxima efetividade dos direitos e das garantias fundamentais determina que as disposições instituidoras ou ampliativas desses direitos devem ser interpretadas extensivamente, ao

²² PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**, 2010, p. 48.

passo que as disposições limitadoras desses direitos devem ser interpretadas restritivamente²³.

No caso do art. 263, parágrafo único, do CPP, não há dúvida de que a obrigação de pagamento de honorários pelo acusado não hipossuficiente é uma previsão restritiva das suas garantias fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à assistência jurídica e ao acesso à justiça. Por seu caráter limitador de normas veiculadoras de direitos fundamentais, esse dispositivo deve, então, ser interpretado de forma restritiva.

Nesse caso, a primeira interpretação restritiva que precisa ser feita sobre o parágrafo único do art. 263 do CPP é de natureza literal. O referido dispositivo obriga o acusado que não for pobre ao pagamento de honorários somente em favor do “defensor dativo” nomeado pelo juiz. Aqui já vai uma diferença conceitual importante, pois o defensor dativo não se confunde com o defensor público. O defensor dativo é aquele profissional privado, tecnicamente habilitado ao exercício da advocacia e que é nomeado pelo juiz para o desempenho de um múnus público transitório, remunerado casuisticamente pelos cofres públicos apenas pelos atos efetivamente praticados (sistema *judicare*²⁴). Já o defensor público é espécie de agente público que labora sob regime de dedicação exclusiva e recebe subsídio fixo, por período de trabalho diário, independentemente da carga de serviço ou de tarefas a cumprir (sistema público ou *salaried staff model*²⁵).

Ademais, é de se destacar que somente o defensor dativo pode ser considerado “nomeado” (art. 263, *caput*, do CPP) pelo juiz da causa, dado que o advogado particular não exerce função estatal, podendo vir a fazê-lo se, e somente se, for nomeado por quem legalmente habilitado (no caso, o juiz da causa). Uma vez nomeado pelo juiz, o advogado privado torna-se defensor dativo, desempenhando, transitoriamente, uma atividade pública, que é a defesa criminal de alguém que está indefeso no processo.

Diversamente ocorre com o defensor público, que é nomeado pelo Presidente da República (art. 28 da LC nº. 80/94) para exercício de cargo público após aprovação em concurso público de provas e títulos, com a garantia

²³ LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**, 2022, p. 409.

²⁴ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 103.

²⁵ *Ibidem*, p. 105, 289-293.

da inamovibilidade, vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (art. 134 da CF) e a percepção de honorários (art. 46, III, da LC nº. 80/94) ou de qualquer remuneração que não na forma de subsídio (art. 135 da CF). Inexiste, portanto, hipótese de “nomeação” de defensor público, pelo juiz, para atuar na defesa de réu que não constituiu advogado. O máximo que o juiz pode fazer é intimar a Defensoria Pública para analisar se é o caso de a instituição atuar ou não naquele processo²⁶.

Sob tais diferenciações, é imperioso concluir que inexistente previsão legal de pagamento de honorários ao defensor público pelo acusado que não for pobre, limitando-se a previsão do art. 263, parágrafo único, do CPP à hipótese de nomeação de defensor dativo pelo juiz do processo. Qualquer interpretação da lei que obrigue o acusado a pagar honorários ao defensor público é, portanto, ilegal e inconstitucional; no último caso, por ampliar a incidência de norma restritiva de direitos fundamentais ou, em outras palavras, por dificultar (por meio da oneração) o acesso e o usufruto desses direitos.

Desse modo, somente nas causas criminais em que o acusado não for pobre e não constituir advogado para sua defesa e em que o juiz nomear um advogado particular para exercício da função de defensor dativo é que será possível defender a obrigação do primeiro ao pagamento de honorários em favor do último. Havendo, por outro lado, atuação de defensor público na defesa do acusado não economicamente hipossuficiente, essa obrigação de pagamento não poderá ser exigida, com fundamento no art. 263, parágrafo único, do CPP, por absoluta ausência de conformidade da situação com a previsão legal.

2.3 Sobre os honorários sucumbenciais da Defensoria Pública

O segundo fundamento legal, normalmente invocado para defesa da tese de que cabe a condenação do acusado que não for pobre ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública, é o artigo 4º, XXI, da Lei Complementar nº. 80/94 (com a redação dada pela Lei Complementar nº. 132/09), que assim dispõe:

²⁶ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 113.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;
[...]

Aqui a expressão a ser colocada em foco é “verbas sucumbenciais”, que são o que a lei prevê como recebível e exequível pela Defensoria Pública. De acordo com o princípio da sucumbência, cabe ao vencido suportar todos os gastos oriundos do processo, o que no sistema processual brasileiro implica a obrigação de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários do seu advogado, conforme preveem os arts. 82, §2º, e 85 do CPC²⁷. No processo penal, a previsão existe somente em relação às custas, no art. 804 do CPP, que dispõe: “A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.”

Ao explicar o conceito jurídico de vencido, Nery Jr. e Nery lecionam que vencido é:

[...] quem deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido. Se pediu x, y e z, mas conseguiu apenas x e y, é sucumbente quanto a z. Quando há sucumbência parcial, como no exemplo dado, ambos os litigantes deixaram de ganhar alguma coisa, caracterizando-se a sucumbência recíproca²⁸.

No processo penal, podemos deduzir que só haverá de se falar na condição de vencido quando o réu for condenado pela prática de algum crime. Por outro lado, não poderá ser considerado vencido nos casos em que for absolvido ou em que for extinta, por qualquer motivo, a sua punibilidade, não havendo em tais casos, portanto, como se falar em sucumbência.

Assim, somente em caso de condenação penal poderá o réu ser condenado também ao pagamento das custas do processo, salvo se beneficiário da gratuidade da justiça, interpretação que também decorre dos arts. 31, §1º,

²⁷ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 374.

²⁸ NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado**, 2007, p. 222.

306 e 806, §1º, do CPP. Se a sua situação final for de réu absolvido, não há de se falar no pagamento de nenhuma verba sucumbencial, custas, despesas e, especialmente, honorários em favor de quem o tiver defendido. Não haveria sentido algum em defender-se que aquele que saiu integralmente vitorioso de uma demanda proposta pelo Estado contra si tenha de arcar com as despesas desse processo. Afinal, se o réu de uma ação penal restou absolvido, é porque algum tipo de erro o Estado cometeu: ou acusou de um crime inexistente, ou acusou a pessoa errada, ou não tinha provas suficientes, ou havia excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, ou a punibilidade estava extinta. Em todas as situações absolutórias do processo penal, portanto, está intrínseco algum erro da parte autora (querelante ou Ministério Público) e não pode o réu ser responsabilizado por isso. A sua eventual defesa pelo Estado, ainda que não seja pobre, é, assim, apenas mais um ônus com que a Administração Pública deve arcar, por ter processado criminalmente alguém de forma errada, não podendo, por isso, um órgão desse mesmo ente público pleitear o ressarcimento dos custos ou o arbitramento de honorários pela assistência jurídica prestada.

Se no caso do réu absolvido a questão parece simples de ser resolvida, no sentido da inviabilidade da cobrança de verbas sucumbenciais pela Defensoria Pública, no caso do réu condenado que não for pobre, a questão demanda uma análise mais aprofundada.

Primeiramente, os honorários sucumbenciais, nos termos do art. 85 do CPC (c/c art. 3º do CPP), são devidos diretamente ao advogado do vencedor, isto é, da parte contrária. Na maioria dos casos de condenação penal do réu, então vencido, a parte contrária e autora da ação penal é o Ministério Público, que nem tem advogado, nem seus membros podem receber honorários, por expressa vedação constitucional (art. 128, §5º, II, a). Ou seja, de plano, vê-se a impossibilidade jurídica de condenação do réu ao pagamento de honorários em favor do autor da ação penal pública.

A única possibilidade que se abre para condenação em honorários seria nas ações penais privadas, o que, contudo, não é bem o foco aqui. Nossa questão é a possibilidade, ou não, de o réu condenado criminalmente, não pobre, defendido pela Defensoria Pública, ser condenado também ao pagamento de honorários em favor da mesma instituição que exerceu a sua defesa técnica.

Nesse caso, o problema estaria no fato de que a Defensoria não seria a “parte vencedora”, mas a parte “vencida”, junto com seu assistido, uma vez que estaria no mesmo polo da ação que o réu considerado sucumbente. Seria, portanto, um contrassenso defender o pagamento de honorários pelo vencido a quem lhe patrocinou a causa e que, ao seu lado ou representando-o processualmente, também não obteve êxito na demanda.

Falta, desse modo, lógica à interpretação de que o art. 4º, XXI, da LC 80/94 confere ao defensor, à Defensoria Pública ou ao eventual fundo de aparelhamento da instituição legitimidade para pleitear a condenação de seus assistidos não economicamente hipossuficientes ao pagamento de honorários sucumbenciais. Estaria, por essa via interpretativa, um dos integrantes da parte sucumbente, a defesa técnica, arvorando-se no direito de cobrar de seu defendente, ocupante do mesmo lugar processual, as verbas sucumbenciais a que, bem ou mal, deu causa de maneira concorrente. Em última análise, estaria a instituição de defesa beneficiando-se da própria falha ou da própria derrota, o que não se encaixa no conceito de sucumbência processual que aqui incide.

De outro lado, deve-se rechaçar a ideia de que o que o assistido criminal não hipossuficiente pagaria à Defensoria Pública não seriam honorários de sucumbência, mas algo análogo ao que pagaria a um advogado privado, a título de honorários contratuais. Essa analogia possui um problema ainda maior, pois, primeiramente, esse tipo de verba honorária pressupõe a existência de um contrato, e no âmbito da Administração Pública os contratos demandam previsão ou autorização legal, coisas que inexistem, em nosso ordenamento, para o serviço de assistência jurídica prestada pela Defensoria. Como já destacamos anteriormente, tal serviço se insere no conceito de autêntico serviço público gratuito ao usuário, sem previsão legal de cobrança de qualquer preço (taxa, tarifa etc.), sendo exclusivamente remunerado por intermédio das receitas oriundas dos impostos gerais. De qualquer modo, conferir uma interpretação extensiva ao termo “verbas sucumbenciais” para nele incluir algo próximo dos “honorários contratuais” seria uma evidente analogia *in malam partem* e carente de qualquer respaldo legal ou constitucional.

Por essas razões, não há como incluir nas “verbas sucumbenciais” a que se refere o art. 4º, inc. XXI, da LC nº. 80/94 nenhum tipo de despesa ou honorário devidos pelo próprio assistido, ainda que ele não se enquadre na

categoria de hipossuficiente econômico ou “acusado que não for pobre”, para usar a expressão legal do art. 263, parágrafo único, do CPP, que normalmente é empregado como fundamento concomitante ao dispositivo da LC 80 para a cobrança. Sucumbência – e a conseqüente cobrança das verbas sucumbenciais – pressupõe antagonismo processual: a parte vencida paga à parte vencedora. A relação entre defensor e assistido jamais pode ser antagônica, muito menos de vencido e vencedor, pois tal situação fugiria à própria lógica da assistência jurídica, que pressupõe um mínimo de confiança e o máximo de defesa dos mesmos interesses na causa. A sucumbência do réu, portanto, é inseparável da sucumbência da defesa, ambos ou vencem ou perdem conjuntamente no polo passivo da ação penal, inexistindo, por isso, fundamento para que qualquer um seja credor ou devedor do outro.

A interpretação que deve ser dada ao inc. XXI do art. 4º da LC nº. 80/94, portanto, é a de que o que é possível aos defensores públicos é pleitear as verbas sucumbenciais devidas pela parte contrária, quando vencida na demanda, isto é, da pessoa física ou jurídica que está no polo processual oposto ao de seu assistido e que restou sucumbente no processo. Atores processuais que figuram no mesmo polo processual, a exemplo do defensor (ou da Defensoria) e do seu assistido, jamais podem ser considerados sucumbentes entre si, nem credor-devedor um do outro de custas, despesas ou honorários. Por isso, nem mesmo o arbitramento (art. 263, parágrafo único, do CPP), quanto menos a cobrança ou execução de verbas sucumbenciais pela Defensoria Pública (art. 4º, XXI, da LC 80/94) são possíveis contra os seus assistidos, em processo penal, ainda que não economicamente hipossuficientes.

2.4 Analogia com a curatela (ou curadoria) especial

Existe outra função atípica da Defensoria Pública que guarda semelhança com a defesa criminal dos réus economicamente não hipossuficientes e cujo exame também calha à análise aqui promovida; referimo-nos à curatela especial cível, prevista no CPC, art. 72, parágrafo único, também chamada de curadoria especial, na Lei Complementar nº. 80/94, art. 4º, inc. XVI. A semelhança reside no fato de ambas as funções institucionais serem previstas em lei como atribuições próprias da Defensoria Pública, independentem

da situação econômica dos assistidos (“necessitados jurídicos”) e estarem calcadas na efetivação da garantia fundamental da ampla defesa²⁹.

Por esses aspectos em comum, poderíamos chamar a curadoria especial cível e a defesa criminal de pessoas economicamente não hipossuficientes de “funções institucionais atípicas irmãs”, dentro das atribuições legalmente previstas da Defensoria Pública. A partir daí seria também possível verificar que as regras sucumbenciais da curadoria especial têm tudo a ver com as da defesa criminal atípica e, por isso, servem à nossa análise.

Com efeito, é assente na doutrina e na jurisprudência que não cabe à Defensoria Pública verbas sucumbenciais, antecipação de despesas, custas ou honorários pelo simples exercício de sua função institucional de curatela especial. Até já houve interpretação no sentido de que o pagamento dos honorários devidos à curadoria deveria ser feito de forma antecipada, tal como ocorre com os honorários periciais (art. 95, §1º, do CPC; REsp 899.723/GO; e REsp 142.624/SP). Esse entendimento, contudo, “padecia de equívoco fundamental e axiomático” e, por isso, foi superado, como bem advertem Esteves e Silva³⁰:

Por constituir função institucional atípica e exclusiva da Defensoria Pública (art. 4º, XVI, da LC nº 80/1994), a atuação da curadoria especial não deve ser objeto de remuneração direta e casuística, como ocorre em relação aos sujeitos auxiliares e secundários ao processo. Na verdade, os Defensores Públicos que desempenham a função de curador especial são remunerados de maneira fixa pelo Estado, por intermédio das receitas oriundas dos impostos gerais e dos tributos específico incidentes sobre a utilização dos serviços judiciais [...] inseridas entre as despesas gerais (ou fixas) da administração da justiça. Por isso não se pode exigir da parte o pagamento de verba remuneratória específica pela atuação da curadoria especial, como se faz em relação aos peritos particulares.

Como bem destacam Junqueira, Zveibil e Reis³¹, atualmente, prevalece “o entendimento de que os honorários advocatícios não são devidos à

²⁹ JUNQUEIRA, G.; ZVEIBIL, D.; REIS, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, 2021, p. 116-117, 129-130.

³⁰ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014, p. 501-502.

³¹ JUNQUEIRA; ZVEIBIL; REIS, *op. cit.*, p. 959.

Defensoria Pública – já que a curadoria especial é função institucional que lhe compete, sendo irrelevante, aqui, a discussão teórica se se trata de típica ou atípica”. O que lhe cabe são apenas os honorários sucumbenciais devidos pela parte contrária, caso a curadoria reste vencedora. Nesse sentido, a mais contemporânea jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (grifo nosso):

A Turma reafirmou que não são devidos honorários à Defensoria Pública no exercício da curadoria especial, uma vez que essa função faz parte de suas atribuições institucionais. In casu, trata-se de ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis em que a ré foi citada fictamente e, por essa razão, houve a nomeação de defensor público estadual como curador especial. Então, a Defensoria Pública estadual (recorrente) pediu antecipação dos honorários advocatícios, mas o juízo indeferiu. Por sua vez, o TJ negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente. **No REsp, a Defensoria alega, entre outros argumentos, que os honorários do curador especial enquadram-se no conceito de despesas judiciais;** assim, estão sujeitos ao adiantamento e são destinados ao fundo da escola superior da defensoria estadual. Assim, pugna que eles são devidos, pois não pode ser dado à Defensoria tratamento diferenciado daquele conferido ao curador sem vínculo com o Estado. Esclareceu a Min. Relatora que, apesar da impossibilidade de percepção de honorários advocatícios no exercício de função institucional, eles **só são devidos à Defensoria Pública como instituição, quando forem decorrentes da regra geral de sucumbência nos termos do art. 4º, XXI, da LC n. 80/1994.** Precedente citado: AgRg no REsp 1.176.126/RS, DJE 17-5-2010³².

CURADORIA ESPECIAL EXERCIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. DESEMPENHO DE FUNÇÃO INSTITUCIONAL. HONORÁRIOS. **O defensor público não faz jus ao recebimento de honorários pelo exercício da curatela especial, por estar no exercício das suas funções institucionais, para o que já é remunerado mediante o subsídio em parcela única.** In casu, trata-se de recurso interposto pela Defensoria Pública estadual contra a decisão que indeferiu o pleito de antecipação da verba honorária a

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.203.312/SP**, 14 abr. 2011.

ser paga pela recorrida relativa ao desempenho da função de curadoria especial para réu revel citado por hora certa. Em síntese, a recorrente sustenta violação do art. 19, § 2º, do CPC, além de divergência jurisprudencial ao argumento de que **a verba prevista nesse dispositivo legal ostenta a natureza de despesa judicial, e não de verba sucumbencial**, tendo a autora (ora recorrida) interesse no prosseguimento do feito, o qual não é possível sem curador especial. A Corte Especial negou provimento ao recurso por entender que a remuneração dos membros da Defensoria Pública ocorre mediante subsídio em parcela única mensal, com expressa vedação a qualquer outra espécie remuneratória, nos termos dos arts. 135 e 39, § 4º, da CF c/c com o art. 130 da LC n. 80/1994. Todavia, **cabem à Defensoria Pública, se for o caso, os honorários sucumbenciais fixados ao final da demanda (art. 20 do CPC)**, ressalvada a hipótese em que ela atue contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença (Súm. n. 421/STJ)³³.

Transportando esse entendimento sobre o papel da Defensoria Pública na curadoria especial cível para o processo penal, a conclusão a que devemos chegar é, igualmente, pela inexistência de obrigação de pagamento de honorários pelo exercício da defesa de acusado que não for pobre. Isso porque as premissas são as mesmas: trata-se de atribuição constitucional e legal da Defensoria Pública (art. 5º, LXXIV, e 134 da CF; arts. 1º, 3º-A, inc. IV, 4º, incs. I, V, IX, X, XI, XIV, da LC nº. 80/94; arts. 3º-B, §1º, 14-A, §3º, 261, 263, 289-A, §4º, 306, §1º, 310, 396-A, §2º, e 456, §2º, do CPP), que independe da situação econômica do assistido (funções institucionais “atípicas”) e que tem por fundamento e razão de ser a prevalência das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado aos necessitados (arts. 5º, LV e LXXIV, e 134 da CF).

Novamente, a única possibilidade de cobrança de honorários, despesas ou qualquer tipo de verba sucumbencial pela Defensoria Pública cinge-se à parte contrária ao seu assistido, quando aquela for vencida na demanda, o que vale tanto para o desempenho da curadoria especial cível quanto para a defesa criminal atípica do acusado que não for pobre. Ainda que atípica, a defesa criminal do réu economicamente abastado insere-se entre as funções

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.201.674/SP**, 6 jun. 2012.

institucionais da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, promotora dos direitos humanos e incumbida da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais de forma integral e gratuita aos necessitados, nos termos do art. 134 da CF. Por incluir-se entre suas funções constitucionais, a defesa criminal ampla não pode ser objeto de demanda por honorários em desfavor do próprio destinatário do serviço de assistência jurídica prestado pela Defensoria Pública.

Portanto, assim como na curadoria (curatela) especial cível, a defesa criminal do acusado que não for pobre, outra clara função institucional (ainda que atípica) da Defensoria Pública, não pode ser remunerada de outra forma que não a do pagamento de subsídios a seus membros com recursos oriundos das receitas gerais do Estado. Fica ressalvada, nesse sentido, apenas a ordinária hipótese de cobrança das verbas sucumbências da parte contrária, nos casos em que o assistido restar vencedor no processo criminal e o autor da ação penal não for isento do pagamento (como nos casos em que não figure no polo ativo da ação o Ministério Público).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o direito irrenunciável do réu à defesa no processo criminal independe de sua situação econômica e deve ser exercido primordialmente pela Defensoria Pública, instituição incumbida constitucionalmente da promoção dos direitos humanos e da defesa de direitos e garantias fundamentais, como as do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica, inafastáveis do processo penal. Tal missão constitucional permite concluir por uma função institucional de defesa criminal ampla, que engloba tanto os necessitados econômicos (carentes de recursos financeiros para custear a própria defesa privada) quanto os necessitados jurídicos (vulneráveis pela simples ausência de defesa técnica constituída).

Por ser a defesa criminal dos acusados que não são pobres uma de suas funções institucionais – ainda que possa ser classificada como atípica –, a Defensoria Pública não pode cobrar por tal serviço, mesmo que o seu assistido reste vencido, isto é, condenado ao final do processo. Isso porque,

primeiramente, a Constituição Federal previu somente um modo de prestação da assistência jurídica pela Defensoria Pública, a integral e gratuita, não havendo nenhuma previsão de modalidade onerosa para tal atividade institucional, de modo que qualquer subversão do sistema definido para a atuação da instituição configura flagrante inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, porque as disposições da legislação infraconstitucional, para além de terem de se conformar ao modelo constitucional da assistência integralmente gratuita prestada pela Defensoria Pública, também devem respeitar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não podendo dar-lhe interpretação que restrinja os direitos e garantias fundamentais nela previstos, a exemplo da primazia da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, do acesso à justiça e da assistência jurídica. Nesse contexto, as disposições legais do art. 263, parágrafo único, do CPP e do art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 80/94, por importarem em restrições aos direitos da pessoa acusada de crime, devem ser interpretadas restritivamente.

Disso decorre que a norma processual penal do parágrafo único do art. 263 do CPP, que prevê a possibilidade de arbitramento de honorários e a obrigação de pagar do acusado que não for pobre, somente tem incidência nos processos em que a sua defesa for exercida por advogado dativo, nomeado pelo juiz. A referida norma não tem, portanto, incidência nos casos em que a defesa for exercida por defensor público, dado que esse não pode ser nomeado pelo juiz, tampouco remunerado de outra forma que não por meio de subsídios provindos da arrecadação geral realizada pelo Estado.

O mesmo se diga da impossibilidade de cobrança e execução de honorários pela Defensoria Pública, por seus membros ou fundos por ela administrados em desfavor de seus assistidos. Nessa situação, a norma do art. 4º, XXI, da LC nº. 80/94, que prevê a possibilidade de cobrança e execução das chamadas “verbas sucumbenciais”, não alcança os próprios assistidos da Defensoria, na medida em que esses não podem ser considerados sucumbentes em relação à própria instituição que defendeu seus direitos e interesses e que figurou no mesmo polo passivo do processo penal.

A essa mesma conclusão também se chega por analogia com outra função institucional atípica da Defensoria Pública, a curadoria especial cível. Nesse instituto, que também independe da situação econômica do assistido e que

também tem por premissa a garantia geral da ampla defesa, a doutrina e a jurisprudência estão, há muito, consolidadas no sentido da impossibilidade de se cobrar ou de se remunerar uma atividade que é inerente às atribuições da Defensoria Pública. Como tudo isso também ocorre com a defesa criminal dos acusados economicamente não hipossuficientes, a mesma sistemática deve ser-lhe aplicada no sentido da impossibilidade de cobrança de honorários em desfavor dos assistidos, ainda que vencidos e condenados ao final do processo criminal.

Assim, em que pesem as posições doutrinárias e por vezes institucionais em contrário, a interpretação que melhor se amolda aos princípios e regras constitucionais aplicáveis à função institucional da Defensoria Pública de exercer a ampla defesa criminal é aquela que conclui pela impossibilidade absoluta da cobrança de honorários defensoriais das pessoas que tenham sido por ela defendidas, qualquer que seja a sua situação econômica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei complementar nº. 80**. Brasília, 1994.

BRASIL. **Lei nº. 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BRASIL. **Resolução nº. 133/2016 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União**. Brasília, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.203.312/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.201.674/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 6 jun. 2012.

DEZEM, G. M. **Curso de Processo Penal**, 2021.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2014.

GRINOVER, A. P. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, ano 4, n. 2, 2001.

JUNQUEIRA, G.; ZVEIBIL, D.; REIS, G. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- MORAES, G. P. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MORAES, S. R. M. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- SCHOUER, L. E. **Direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SOUSA, J. A. G. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição? *In*: SOUSA, J. A. G. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2011.