

DIREITO & JUSTIÇA

Defensor dativo — conceito penal

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O Código Penal reelaborou o conceito de funcionário público (art. 327). Inconfundível com a definição oriunda do Direito Administrativo. Para os efeitos penais, considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Assim, muitas pessoas, sem qualquer vínculo (estatutário ou trabalhista) com o Estado, recebem aquela qualificação. O exemplo, sempre lembrado, é o do jurado: enquanto atuar como tal, poderá praticar crime próprio de funcionário público. E o advogado, designado defensor dativo, também o será?

A resposta reclama algumas considerações. Antes de tudo, relembrar as seguintes distinções: **cargo** é o lugar e conjunto de atribuições confiadas pela Administração a uma pessoa física que atua em nome do Estado; **emprego**, vínculo de alguém com o Estado, regido pelas leis trabalhistas; **função pública**, por seu turno, atividade de órgão público visando a realizar fim de interesse do Estado.

O art. 327, Código Penal, engloba todas as modalidades de atuação do Estado. A última categoria — função pública — nessa passagem é gênero. Os dois casos anteriores, espécies.

As funções são amplas. Abrangem todas as atividades do Estado. Pouco importa se legislativa, executiva ou judiciária. Permanentes, temporárias, eventuais, é indiferente. O funcionário público, titular de cargo, exerce função. O servidor contratado por tempo certo também o faz. O presidente de mesa receptora de votos e o citado jurado, não obstante a eventualidade, também exercitam função pública. Acentue-se: para os fins penais.

Cumpra, no entanto, não confundir **função pública** com **munus público**. Pedro Nunes, em seu "Dicionário de Tecnologia Jurídica", conceitua: encargo, ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado aos cidadãos e aos membros de certas classes profissionais, em benefício coletivo ou no interesse da Pátria ou da ordem social: a tutela, a curatela, o serviço do júri, o serviço militar, a advocacia de ofício, etc.

A advocacia não é atividade do Estado. Ao contrário, privada. Livre é o seu exercício, nos termos do Estatuto do Advogado. Quem desejar os serviços profissionais do advogado deve contratá-los.

A advocacia não se confunde com a Defensoria Pública. Ambos mencionados na Constituição da República, Título IV, Cap. IV, Seção III. O art. 133 registra que "o advogado é indispensável à administração da Justiça"; o art. 134, quanto à Defensoria Pública dispõe: "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado".

Há, pois, distinção entre o advogado e o defensor público.

O defensor público, ao contrário do advogado, exerce função pública, desenvolve função pública. Não apenas ele. Todos quantos participarem da atividade da Defensoria. Assim, o estagiário, enquanto tal, para a lei penal, é funcionário público. Assim o é porque, por mandamento constitucional, incumbe ao Estado promover "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV" (art. 134).

O advogado indicado para exercer a defesa de pessoa carente (a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todas as comarcas), impossibilitada de arcar com os honorários, exerce **munus publicum**. Deve fidelidade à Ordem dos Advogados do Brasil; também ao Estado, porque o magistrado o designou. Todavia, sempre e exclusivamente na qualidade de advogado. Oportuno mencionar o disposto no art. 2º, 2º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, registrando que "seus atos constituem **munus público**".

Em não exercendo função pública não é compreendido no conceito amplo de funcionário público consoante a dicção penal.

Que **munus público** não se confunde com função pública é lição cediça. Registraram a diferença, dentre outros, o velho Hungria ("Comentários" Forense, Rio 1948, vol IX, p. 400) e também os saudosos Magalhães Noronha ("Direito Penal", Saraiva, São Paulo, 1968, vol. 4, p. 259) e Fragozo ("Lições", Forense, Rio, 1981, 3ªed., p. 392).

Em não sendo funcionário público, o Defensor Público **ad hoc**, porque advoga-

do, não comete nenhum crime, cujo agente deva exibir essa qualificação jurídica.

Não quer isto dizer, entretanto, que eventual ilegalidade, ou quando infiel no desempenho do **munus**, não pratique infração penal, diretamente relacionada com o juramento de colação e a fidelidade ao seu grau.

Os anais registram interessante caso forense. Ao réu acusado de homicídio qualificado, sem condições de arcar com os honorários, foi, pelo juiz, designado advogado dativo. O profissional, em contato com o denunciado, fez-lhe ver que a defesa paga seria mais eficiente. Em razão disso, o Promotor ofereceu denúncia, atribuindo ao advogado o crime de corrupção ativa. Em **habeas corpus**, restou declarado que, na espécie, o delito não prospera. Não foi, porém, trancada a ação penal, como solicitado. O fato, não obstante a qualificação jurídica, em tese, configurava extorsão. Sem dúvida, constitui, pelo menos em tese, constrangimento, mediante grave ameaça, buscando obter indevida vantagem econômica, exigir pagamento de honorários de quem não os pode pagar. É ato idôneo para abalar psicologicamente o acusado que, por seu turno, não divise outra saída, senão capitular, pelo menos no limite de seu patrimônio, às exigências do defensor.

"O advogado indicado para exercer a defesa de pessoa carente (a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em todas as comarcas), a impossibilidade de arcar com os honorários, exerce munus publicum. Deve fidelidade à Ordem dos Advogados do Brasil; também ao Estado, porque o magistrado o designou. Todavia, sempre e exclusivamente na qualidade de advogado".

