

Além de um princípio, independência funcional é garantia do defensor

16/06/2015

1. O caráter dúplice da independência funcional

A independência funcional assume um caráter dúplice no regramento jurídico da Defensoria Pública, sendo prevista, juntamente com a indivisibilidade e a unidade, como um princípio institucional (artigo 3º da LC 80/94; artigo 134, parágrafo 4º, da CF[1]), e também, ao lado da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da estabilidade, como uma garantia dos defensores públicos (artigo 4º, inciso I, DPU; artigo 88, inciso I, DPDF; e artigo 127, inciso I, DPEs; todos da LC 80/94).

Importante ressaltar que, como princípio, a independência funcional não se confunde com a autonomia funcional[2]. Conforme a lição de José Afonso da Silva, “a *autonomia* é institucional, refere-se à instituição, à Defensoria; a *independência funcional* é do titular da função, é pertinente ao titular do cargo ou função do Defensor Público”[3]. Os conceitos, porém, devem caminhar juntos: a independência funcional do defensor público melhor se concretiza num ambiente de autonomia institucional.

Também relevante afirmar que, como garantia dos membros da Defensoria Pública, a independência funcional, conforme a redação prevista na LC 80/94, se relaciona apenas com o “*desempenho de suas atribuições*”, ou seja, para o exercício da *atividade-fim*: a prestação de assistência jurídica integral e gratuita. Logo, não há que se confundir *independência funcional* com *independência administrativa*[4]. Os defensores públicos estão vinculados à uma estrutura hierárquica administrativa, sujeitos, portanto, à uma divisão de tarefas, fixação de atribuições, expedientes organizacionais internos, dever de prestar informações aos órgãos de administração superior da instituição etc.

O fato de a independência funcional ser tratada — ao mesmo tempo — como princípio institucional e como prerrogativa dos defensores públicos é um indicativo da importância da atuação livre da Defensoria Pública e dos seus membros, que devem atuar em conformidade com os objetivos incumbidos à instituição (artigo 3º-A da LC 80/94[5]), sem qualquer receio de *retaliação política* (interna ou externa).

2. Considerações prévias sobre a negativa de atendimento

O exercício da independência funcional pelos defensores públicos, porém, desperta inúmeras discussões, principalmente quanto à sua amplitude. Tratarei nesta ocasião apenas de uma delas, que diz respeito às consequências da negativa de atendimento nos casos em que o membro da Defensoria Pública entender inexistir hipótese de atuação institucional, tema sensível e polêmico, que tentarei enfrentar aqui sem qualquer pretensão de encerrar a discussão. O que apresento a seguir são *conclusões provisórias*, resultado de muita reflexão sobre uma questão ainda mais ampla: liberdade de atuação (do defensor público) vs. atuação enquanto instituição (da Defensoria Pública).

Pois bem. Estabelece o artigo 4º, parágrafo 8º, da LC 80/94, que *“Se o Defensor Público entender inexistir hipótese de atuação institucional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro Defensor Público para atuar”*. Antes de adentrar especificamente no objeto da controvérsia, importante algumas considerações prévias sobre este dispositivo.

2.1. Valoração objetiva da atuação institucional

O artigo 4º, parágrafo 8º, da LC 80/94, é bastante claro ao limitar a recusa de atendimento à hipótese de inexistência de “atuação institucional”. Isso quer dizer que não estamos no campo da subjetividade, da “liberdade de consciência”. A questão não assume contornos exclusivamente teóricos, implicando também consequências práticas, pois a recusa de atendimento provocada por inexistência de “atuação institucional” enseja um procedimento diverso da recusa de atendimento decorrente da “liberdade de consciência”. Explico.

Entendendo o defensor público que o pleito do cidadão não encontra correspondência nas hipóteses de atuação institucional da Defensoria Pública (uma avaliação objetiva), deverá ele observar o procedimento previsto no artigo 4º, § 8º, da LC 80/94, e comunicar a sua decisão ao Defensor Público-Geral, que poderá indicar outro membro para atuar. Por outro lado, se o defensor público recusar a atuação por algum motivo de consciência pessoal (uma avaliação subjetiva), deverá se declarar suspeito ou impedido (artigo 45, inciso VI, DPU; artigo 90, inciso VI, DPDF; e artigo 129, inciso VI; todos da LC 80/94), solicitando a distribuição do caso para o seu substituto ordinário[6].

Visto o cenário desta forma, ao entender por recusar o atendimento, o defensor público deverá se perguntar: a minha negativa se deve à uma hipótese de inexistência de atuação da instituição Defensoria Pública ou decorre de uma motivação pessoal de consciência? Sua resposta determinará o procedimento a ser adotado.

2.2. Inexistência de atuação institucional e seus dois deveres correlatos

Conforme a lição de Carlos Weis, a LC 80/94 estabelece “dois deveres para o Defensor Público que venha a optar por deixar de patrocinar ação, quais sejam, o de justificar e o de comunicar a conduta assumida”[7]. Embora o artigo 4º, § 8º, exija somente a ciência ao Defensor Público-Geral, considerando que o artigo 4º-A, inciso III, prevê o direito de o cidadão ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação, parece-me acertado concluir que o defensor público deve comunicar também o cidadão sobre a negativa de atendimento. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito da Defensoria Pública da União, em que o artigo 7º, parágrafo 1º, da Resolução 58/2012, do Conselho Superior, dispõe que *“É obrigatório informar ao assistido sobre o seu direito de interpor recurso para ter a sua pretensão revista”*, e o parágrafo 2º, por sua vez, que *“O assistido, o interessado ou o seu representante deverá ser cientificado do arquivamento, sendo informado que disporá do prazo de 10 dias para manifestar sua discordância”*.

Assim, pode-se dizer que a LC 80/94 obriga a que o defensor público, entendendo por recusar o atendimento em razão de inexistência de atuação institucional, deverá, além de justificar o seu ato, proceder com duas comunicações: a *comunicação interna*, ao Defensor Público-Geral, e a *comunicação externa*, ao cidadão requerente da assistência jurídica.

3. Consequências do não acolhimento da alegação de inexistência de atuação institucional: uma (re)leitura do princípio da independência funcional

Concordando o Defensor Público-Geral com as razões apresentadas pelo defensor público para recusar a atuação no caso concreto, o requerimento de assistência jurídica será arquivado, não havendo nenhuma possibilidade legal de o cidadão solicitante buscar a reforma desta decisão noutra instância, administrativa ou judicial. O problema surge, no entanto, quando o Defensor Público-Geral diverge do defensor público que entendeu inexistir hipótese de atuação institucional, havendo pelo menos três maneiras de solucionar este impasse.

A) Atuação originária e excepcional pelo próprio Defensor Público-Geral

A primeira maneira de solucionar este problema seria atribuindo ao próprio Defensor Público-Geral a incumbência de prestar a assistência jurídica, ajuizando, por exemplo, a ação judicial[8]. É fácil perceber o quanto esta opção seria problemática e de difícil realização prática, notadamente diante das diversas atribuições já confiadas pela LC 80/94 ao DPG, que sequer consegue avaliar, ele próprio, a quantidade de arquivamentos de assistência jurídica feitos pelos defensores. Tanto é assim que algumas Defensorias já “descentralizaram” o exame das recusas de atuação, como é o caso da DPU, em que tal atividade compete às Câmaras de Coordenação e Revisão, nos termos do artigo 6º, inciso V, da Resolução 58/2012, do CSDPU, que, após a análise do arquivamento, discordando, podem sugerir ao DPG a designação de outro membro para atuar[9].

B) Indicação de outro defensor público para atuar

A segunda maneira de resolver o problema apresentado se relaciona com a possibilidade de o DPG indicar outro defensor público para atuar, solução adotada pela LC 80/94 (artigo 4º, parágrafo 8º). Tal indicação, embora a LC 80/94 não seja minuciosa neste ponto, deve seguir critérios objetivos, não havendo uma discricionariedade do DPG para indicar “qualquer” defensor público. Assim, parece-me seguro afirmar que o DPG deverá priorizar a indicação de defensor público da unidade/núcleo de onde originou a recusa de atendimento, assim como deverá preferir o defensor público que atue na mesma matéria/área da ocupada pelo membro que negou a atuação institucional. Importante ressaltar, ainda, que o DPG não poderá indicar defensor público-chefe de unidade para tal incumbência apenas em virtude desta condição, a qual lhe confere o poder de gerir as *atividades administrativas* dos defensores que atuem em sua área de competência, e não as *atividades funcionais*.

Esta segunda solução, porém, convive com a mesma celeuma encontrada no âmbito do Ministério Público[10]: o defensor público indicado também pode exercer a sua independência funcional e recusar atendimento por entender inexistir hipótese de atuação?

Há quem entenda que sim. Carlos Weis, quando no exercício do cargo de Corregedor-Geral da DPE/SP, emitiu parecer no qual concluiu que “O Defensor Público designado é livre para analisar a questão conforme sua convicção pessoal e decidir pelo patrocínio ou não da ação”, e isso porque “no plano da liberdade de consciência profissional, de base constitucional e legal, todos os Defensores Públicos estão na mesma situação, sem que haja linha vertical hierárquica. Logo, não há quem possa determinar ao Defensor Público como agir, respondendo ele, perante a Corregedoria-Geral, por eventual descumprimento de dever funcional, decorrente do não ajuizamento de ação em caso em que não seja manifestamente incabível ou inconveniente aos

interesses da parte”[11].

Com todo o respeito, não acompanho este pensamento, que me parece — ainda — atrelado à uma concepção da independência funcional como uma garantia absoluta, que se sobreporia, inclusive, ao direito de acesso à justiça. Concordo com a lição de Soares dos Reis, Zveibil e Junqueira quando advertem para o fato de que

“Não há que se cogitar eventual confronto entre independência funcional (do defensor público) e direito de acesso à justiça (do necessitado), justamente porque a independência funcional que se garante ao defensor público só se justifica por ser um direito do necessitado. Com efeito, as prerrogativas são do cargo, e não pessoais do defensor, servindo a um interesse republicano, e não aos caprichos do titular. É passada a hora de enterrar a provecta definição de independência funcional como a absoluta inexistência de amarras ao titular do cargo, que só deveria satisfação ‘à lei’, ‘a Deus’ e ‘à sua consciência’. (...) As prerrogativas do cargo – e isso vale para a Defensoria Pública, para a Magistratura e para o Ministério Público – são instrumentos para o bom exercício de suas funções republicanas, e não escudo para o abuso, o arbítrio e a ineficiência”[12].

Não há que se falar em liberdade profissional plena em instituições públicas. A independência funcional deve encontrar limite no princípio da unidade da Defensoria Pública. Se a LC 80/94 confiou ao DPG a “última palavra” sobre o fato ensejar ou não atuação institucional, e entendendo ele por indicar novo membro para atuar no caso concreto, a este restará obedecer o comando superior, tratando-se, pois, de uma relativização de *sua* independência funcional em benefício da preservação da unidade institucional da Defensoria Pública.

C) Determinação para que o próprio defensor público que entendeu inexistir hipótese de atuação institucional, atue no caso concreto

A solução apresentada no tópico anterior, consistente na indicação de outro defensor público para (obrigatoriamente, a meu ver) atuar no caso concreto, parte, conforme vimos, de uma relativização da garantia da independência funcional. No entanto, apesar daquela solução não conter os equívocos da primeira (dificuldade insuperável de o próprio DPG promover as demandas judiciais), ela também se mostra problemática, pois gera uma série de desconfortos na dinâmica das unidades/núcleos da Defensoria Pública, a começar pelo sentimento do defensor indicado de que “está fazendo o trabalho do colega”[13].

Diante deste contexto, proponho a seguinte reflexão: se a independência funcional de alguém será relativizada, por que não a do próprio defensor público que entendeu inexistir hipótese de atuação institucional? Por que não exigir do próprio defensor que recusou o atendimento o respeito à unidade da Defensoria Pública e à prevalência do direito de acesso à justiça? Por que preservar a independência funcional do defensor público que recusou o atendimento e relativizar a independência funcional do defensor indicado?

Entendo que devemos superar a ideia de que a convicção pessoal do defensor público pode ser colocada acima da atuação da Defensoria Pública enquanto instituição. Somente na atividade

privada da advocacia o profissional encontraria tamanha liberdade para agir conforme a sua “consciência”[14]. Assim, considerando que a independência funcional dos membros da Defensoria Pública não é uma garantia absoluta, interpreto o artigo 4º, parágrafo 8º, da LC 80/94, de forma a dele extrair a conclusão de que o Defensor Público-Geral poderá indicar, “se for o caso”, outro defensor público para atuar, ou o próprio defensor público que entendeu inexistir hipótese de atuação institucional, sendo que, em qualquer caso, haverá a obrigação de atuar.

4. Conclusões

1. A independência funcional assume um caráter dúplice no regramento jurídico da Defensoria Pública, sendo — ao mesmo tempo — um princípio institucional e uma garantia dos defensores públicos.
2. A independência funcional não se confunde com a autonomia funcional, na medida em que a primeira é titularizada pelos defensores públicos, enquanto que a segunda refere-se à instituição Defensoria Pública.
3. Os membros da Defensoria Pública têm independência funcional, e não independência administrativa.
4. O artigo 4º, parágrafo 8º, da LC 80/94, permite que os defensores públicos recusem o atendimento quando entenderem inexistir hipótese de atuação institucional no caso concreto, quando deverão justificar a negativa e dar ciência ao Defensor Público-Geral, assim como ao cidadão requerente. Essa situação não se confunde com a recusa de atendimento provocada pela suspeição ou pelo impedimento, que enseja a imediata redistribuição do caso para o substituto ordinário.
5. Quando o Defensor Público-Geral acolhe as razões do defensor público que recusou a atuação institucional, não resta ao cidadão requerente nenhuma possibilidade de buscar a reforma desta decisão noutra instância, administrativa ou judicial.
6. Se o Defensor Público-Geral discordar do entendimento do defensor público e entender que o caso enseja atuação institucional, das três maneiras de solucionar este impasse, a menos problemática me parece ser a relativização da independência funcional do próprio defensor público que recusou o atendimento.

** Na próxima coluna prosseguirei com o tema “independência funcional” e irei tratar da atuação dos defensores públicos diante de teses/enunciados institucionais.*

[1] Os princípios institucionais da Defensoria Pública, antes previstos apenas na LC 80/94, foram reproduzidos na CF através da EC 80/2014, que incluiu o § 4º ao art. 134.

[2] Não me parece acertada, portanto, a afirmação de que “o princípio da independência funcional, à semelhança do Ministério Público, também conhecido por autonomia funcional, significa que cada órgão da Defensoria Pública da União é independente no exercício de suas

funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja” (PERES, Edilon Volpi. Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios – Comentário à Lei Complementar nº 80/94. Coleção Estatutos Comentados. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 24).

[3] SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 628. No mesmo sentido, Diogo Esteves e Franklyn Roger, para quem “A independência funcional (...) constitui princípio tendente a salvaguardar a liberdade de convicção do Defensor Público e o livre exercício de suas funções institucionais. Trata-se de instituto voltado para o Defensor Público individualmente considerado, protegendo sua consciência profissional contra ingerências externas, sejam oriundas dos órgãos governamentais, dos setores mais abastados da sociedade ou mesmo da própria administração superior da Defensoria Pública. Já a autonomia funcional assegura às Defensorias Públicas (...) liberdade de atuação institucional, evitando toda e qualquer ingerência externa nos assuntos interna corporis. Trata-se de instituto direcionado para a Defensoria Pública globalmente considerada, garantindo a autonomia da Instituição frente aos Poderes Estatais e aos interesses das classes favorecidas” (ESTEVES, Diogo; ROGER, Franklyn. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307). Assim, também a lição de Soares dos Reis, Zveibil e Junqueira, que trazem um exemplo muito esclarecedor: “Se a independência é funcional, logo, no plano administrativo não há que se falar em independência, e é por isso que, por exemplo, para tirar férias ou licença-prêmio o defensor público deve pleiteá-la junto à Administração Superior, pleito este que, por razões de conveniência e oportunidade, pode ser indeferido (não o direito em si, por óbvio, mas o momento de gozo do direito)” (SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57).

[4] Neste sentido, também a lição de Frederico de Lima: “(...) a independência funcional somente é válida para a atividade-fim do Defensor Público, isto é, para o desempenho da prestação de assistência jurídica integral e gratuita. Logo, em funções que não se traduzam como assistência jurídica – por exemplo, atividades administrativas – não há que se falar em independência funcional” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 379).

[5] Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

- I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
- II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
- III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
- IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

[6] Enfrentarei o tema relativo à suspeição/impedimento dos membros da Defensoria Pública noutra oportunidade.



[7] WEIS, Carlos. *Parecer sobre autonomia funcional, autonomia administrativa e independência funcional no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Disponível em:

<http://www2.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=868&idMod>

[8] Esta solução consta como alternativa no regramento jurídico da DPE/SP, em que o art. 11, *caput*, da Resolução nº 89/2008, do Conselho Superior, autoriza a que o próprio DPG proponha a ação (ou designe outro defensor público para que o faça). Importante registrar que esta Res. do Conselho Superior da DPE/SP diverge do que dispõe o art. 162, VII, da LC 988/2006 (Lei Orgânica da DPE/SP), que atribui a competência para decidir sobre o arquivamento ao “defensor público superior imediato”, o qual pode – igualmente – ajuizar ele próprio a ação ou designar outro defensor para que o faça. Considerações a respeito da divergência entre a LC 988/2006 e a LC 80/94, que é bastante clara ao confiar ao DPG a última palavra sobre a recusa de atendimento, fugiriam dos propósitos desta ocasião.

[9] O § 1º deste art. 6º dispõe ainda que, verificada urgência do caso, o próprio membro da Câmara poderá ajuizar a ação desde logo.

[10] Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127 e seguintes.

[11] WEIS, Carlos. *Parecer sobre a prerrogativa de o defensor público deixar de patrocinar ação quando manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio*. Disponível em:

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=940&idModu>

. No mesmo sentido: “Importante observar, também, que o Defensor Público indicado não estará obrigado a atuar positivamente no caso. Assim como seu antecessor, poderá o novo Defensor Público avaliar livremente o quadro, podendo igualmente concluir pela inexistência de hipótese de atuação institucional, apresentando nova recusa” (ESTEVES, Diogo; ROGER, Franklyn. *Op. Cit.*, p. 308 – com divergência entre os autores, conforme relatado a mim por Franklyn, que entende pela obrigação de atuar do defensor indicado).

[12] SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 57-58. No mesmo sentido: “A independência funcional do Defensor Público não é absoluta, mas encontra cercos legais nas funções (art. 4º, LC 80/94), objetivos (art. 3º, LC 80/94) institucionais e nos direitos dos usuários (art. 4º-A, LC 80/94)” (RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *Manual do Defensor Público – Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 144-145).

[13] Tentativas de compensação de trabalho entre o defensor que recusou atendimento e o defensor indicado para patrocinar a causa, a exemplo de se remeter ao primeiro um processo de igual complexidade que seria distribuído ou acompanhado pelo segundo, me parecem de difícil implementação prática e podem ter um efeito reverso de criar ainda mais “desconforto”.

[14] Neste ponto divirjo do competente colega Frederico de Lima, para quem “*A independência funcional não permite que haja intromissão no trabalho do Defensor Público, não importando a sua origem ou espécie. Basta dizer que nem mesmo o Defensor Público-Geral dispõe do poder de obrigar o Defensor Público a adotar um entendimento que seja contrário à sua convicção pessoal. (...) Porém, mesmo quando a decisão proferida pelo Defensor Público é reformada, a sua independência funcional permanece intocada. Isto porque ele não é compelido a alterar o seu entendimento pessoal em razão do juízo emitido pelo Defensor Público-Geral, podendo, inclusive, reprisá-la caso entenda conveniente*” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Op. Cit.*, p. 379-380).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jun-16/tribuna-defensoria-alem-principio-independencia-funcional-garantia-defensor/>