

Defensor público pode cometer “infração de hermenêutica”?



Ainda nos bancos de graduação pude acompanhar as calorosas discussões a

respeito da incorporação da súmula vinculante e de um sistema de precedentes no Direito brasileiro. Havia um grande temor da magistratura a respeito da imposição de uma regra a ser seguida em casos futuros e se a sua inobservância acarretaria eventual sanção disciplinar ou criminal.

Por obra de fortes ponderações teóricas, o legislador teve a lucidez de não impor sanção ao magistrado que inobservasse o teor de súmula vinculante, visto que estar-se-ia, nas palavras de Rui Barbosa^[1], admitindo-se verdadeiro “crime de hermenêutica”, como alertou Rodrigo Jansen^[2] em estudo sobre as súmulas vinculantes.

Mais recentemente o tema do “crime de hermenêutica” foi ressuscitado com a discussão legislativa sobre uma nova norma para os crimes de abuso de autoridade. Um dos dispositivos do projeto propõe sanção ao magistrado que deixe de conceder liberdade provisória nos casos previstos em lei ou decreto prisão em desconformidade com o sistema jurídico^[3].

Pois bem. Dentro dessa perspectiva, é razoável admitir a sanção administrativa aplicada a defensor público quando, no exercício regular de sua função, efetivamente atua assegurando a ampla defesa e o contraditório, mas, por questões interpretativas, deixa de alegar tese defensiva em favor de seu assistido que, posteriormente, é reconhecida de ofício pelo Poder Judiciário?

A resposta, diante da realidade do sistema jurídico brasileiro posto em prática e das regras que regem a Defensoria Pública, a meu ver, é negativa. É verdade que já discorremos em nosso *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*^[4] que a garantia da independência funcional não é absoluta e também não deve ser empregada como uma forma de “ilhar” o defensor público, tornando-o imune a qualquer tipo de controle.

A Lei Complementar 80/94 é clara nesse sentido, quando se interpreta o sistema de controle estabelecido pelos artigos 4º-A, III; 4º, parágrafo 8º e 128, XII. Desses dispositivos se extrai que nenhum defensor público é o senhor absoluto da assistência jurídica, e suas posturas omissivas são submetidas à revisão pela própria instituição, tendo em vista o caráter da unidade da Defensoria Pública e da integralidade da assistência jurídica.

O ordenamento quer evitar o defensor público relapso e descompromissado, situação diversa do defensor público técnico e diligente, que, no exercício da assistência jurídica, opta pelo caminho da representação

processual pautada em determinada interpretação do Direito.

A hermenêutica jurídica é talvez o ponto fundamental da questão. O Direito não é uma ciência exata, mas um conjunto de regras abstratas que são particularizadas por meio de sua aplicação ao caso concreto.

Talvez o grande papel do defensor público e de qualquer outro profissional destinado às atividades postulatorias (promotor de Justiça, advogado público e privado) é exatamente o de avaliar o que deve e o que não deve ser postulado no exercício de suas funções e em qual momento e instrumento processual o argumento deve ser ventilado. Do contrário, essas profissões se tornam inúteis e cedem espaço à automação, uma realidade já não tão distante de nós[5].

Em um modelo horizontalizado de atuação (cada fase ou instância processual é acompanhada por um defensor público diverso), não há como simplesmente sancionar defensor público que, em atuação diligente, deixa de postular alguma tese quando opta por valer-se de outros fundamentos jurídicos.

Note-se, quanto a esse ponto, que o modelo horizontalizado apresenta uma virtude em detrimento do modelo verticalizado (um mesmo defensor público acompanha o processo em todas as fases e instâncias processuais), que é a oxigenação da assistência jurídica. A substituição de defensores públicos entre as fases processuais permite outros olhares naquele feito, novas interpretações a respeito do caso e a implementação de perspectivas diversas.

A proposta principal do modelo horizontalizado deve ser o de proporcionar o debate entre os defensores públicos que atuam no caso. Antes de agir como decano, como censor da atuação de seu colega, o defensor público de uma instância superior deve compreender o rumo adotado pelo defensor público de uma instância inferior e procurar dialogar com o seu colega. O Direito é dialético!

Esse debate, ao menos em algumas Defensorias Públicas, é nulo. Fala-se em litigância estratégica (o tema da moda), mas de nada adianta a adoção de planejamentos de atuação se a instituição não é coesa e não trabalha com harmonia interna. Enquanto existente o “arquipélago institucional”, a unidade da Defensoria Pública será apenas um princípio escrito na Constituição e na legislação.

A independência funcional serve para assegurar que o defensor público tenha tranquilidade para avaliar quais são as melhores teses a serem suscitadas e o modo como elas serão apresentadas, ainda que isso implique, por exemplo, a arguição de determinada tese no segundo grau de jurisdição.

Jamais pode se admitir que a adoção de determinado caminho processual que represente uma atuação diligente signifique uma sanção disciplinar por não ter sido alcançado determinado resultado jurídico.

No atual estágio de nosso ordenamento, sequer é possível exigir uma obrigação do defensor público de postular qualquer tese, principalmente se estamos diante de um sistema jurídico que preza pela integridade, coerência e segurança jurídica, como afirma o próprio Código de Processo Civil, quando também busca a boa-fé e lealdade das partes no desempenho de funções processuais.

E mais, como pretender impor ao defensor público uma obrigação de antever tese defensiva se nem o próprio Judiciário é capaz de respeitar seus próprios precedentes. Dentro do próprio Supremo Tribunal Federal os ministros não respeitam os julgados emanados do Plenário. A rejeição ao sistema de

precedentes introduzido pelo novo CPC também é vista no cotidiano forense.

Ainda que seja cansativa e desgastante esta realidade que vive o sistema brasileiro, o defensor público não deve esmorecer. E muito menos ser sancionado por seus comportamentos ativos.

A verdade é que o profissional que desempenha atividade postulatória navega em uma verdadeira tempestade, sendo incapaz de enxergar a direção em que caminham as “ondas interpretativas do Direito”. A cada semana é uma novidade ou incongruência, muitas das vezes negativa, especialmente por uma vaidade que ultrapassa o perímetro da academia e avança no campo da aplicação prática.

Encerro esta reflexão com a leitura do regime jurídico da Defensoria Pública para afastar qualquer dúvida. Dentre os deveres previstos no artigo 129 da LC 80/94 estão: “II – desempenhar com zelo e presteza, dentro dos prazos, os serviços a seu cargo e os que, na forma da lei, lhes sejam atribuídos pelo Defensor Público-Geral; e VII – interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral”.

A lei é clara. O defensor público deve ser zeloso e diligente, interpondo recursos sempre que encontrar fundamentos na lei e na jurisprudência. Se a lei é silente e a jurisprudência instável, não há como querer punir o membro da instituição por adotar determinada interpretação do Direito recorrendo sob determinada perspectiva processual. Do contrário, estar-se-ia criando uma “infração de hermenêutica”, uma punição ao defensor público que não interpreta o sistema jurídico sob determinada perspectiva, algo que já era criticado desde o século XIX por Rui Barbosa.

Antes da censura a comportamentos interpretativos, mais importante é o debate *interna corporis*. Aquele que se enxerga como senhor da razão deve ter a humildade de dialogar e expor (não impor) pontos de vista jurídicos.

[1] “Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juizes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela acção cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo” (BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986. Vol. XXIII. Tomo III. P. 228).

[2] Havia no Congresso uma proposta de emenda constitucional tendente a impor a responsabilização do magistrado que deixasse de observar, reiteradamente, os enunciados da súmula vinculante. (JANSEN, Rodrigo. "A Súmula Vinculante como Norma Jurídica". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de



Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 256.).

[3] “Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I – relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II – substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III – deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.”

[4] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 456.

[5] <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/08/04/legal-robots-deployed-china-help-decide-thousands-cases/> e

<http://www.bbc.com/news/blogs-trending-39205935>