



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

DIEGO RODRIGUES COSTA

LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO AJUIZAMENTO DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

FORTALEZA

2014

DIEGO RODRIGUES COSTA

**LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO AJUIZAMENTO DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional e Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Ms. Dimas Macedo

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C8371 Costa, Diego Rodrigues.
Legitimidade ativa da defensoria pública no ajuizamento da ação civil pública / Diego Rodrigues Costa. – 2014.
50 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Constitucional, Processo Civil e Processo Constitucional.
Orientação: Prof. Me. Dimas Macedo.
1. Ação civil pública - Brasil. 2. Interesses coletivos - Brasil. 3. Defensores públicos - Brasil. 4. Acesso à justiça. I. Macedo, Dimas (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

DIEGO RODRIGUES COSTA

**LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO AJUIZAMENTO DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional e Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Ms. Dimas Macedo

Aprovada em: 04/11/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Dimas Macedo (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regnoberto Melo

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regis Frota

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, Àquele no qual deposito toda minha fé, estando acima de tudo e de todos.

Aos meus pais e irmãos, Eliomar, Sarita, Sibelle e Samille, os quais tenho amor profundo e são a fonte de minha inspiração, força e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Oportuna a manifestação de gratidão àqueles que ajudaram a minha caminhada ao longo da vida e da faculdade e contribuíram para que este momento fosse alcançado, em especial, agradecimentos:

A Deus, que enche meu coração de fé e faz-me acordar todos os dias com saúde, disposição e força para enfrentar as batalhas cotidianas.

Aos meus pais, Eliomar Costa e Sarita Rodrigues, que, apesar de todas as dificuldades, educaram-me da melhor maneira possível e nunca deixaram faltar nada na minha vida, dando-me amor, carinho e condições para que sempre pudesse dar prioridade aos estudos. Tudo isso é por vocês, é para vocês e sempre será de vocês.

Às minhas irmãs, Sibelle e Samille, as quais cresceram juntas comigo, sempre servindo-me de inspiração e apoiando-me em todos os momentos, cada qual com seu jeitinho especial e individual de ser.

À Família Rodrigues, que nos momentos bons ou ruins mostraram-se e mostraram-se presentes em minha vida, transmitindo muito afeto, união, amor e ajuda a todos que dela fazem parte.

Ao meu orientador, Professor Dimas Macedo, que nos primeiros semestre da Faculdade de Direito pode despertar em mim a paixão e vocação ao Curso de Direito, principalmente na área de Direito Constitucional, ressaltando também o lado humano e amigo do mesmo, fato este que o diferencia e o torna um ser humano digno de minha admiração.

Aos Professores Regnberto Melo e Regis Frota, os quais aceitaram o convite de participar da Banca Examinadora desta Monografia, os meus sinceros e profundos agradecimentos.

Aos meus amigos do prédio, do colégio e da vida, Marcos Parente, Pedro Sousa, Sérgio Kirov, Carol Silveira, Álvaro Veras, Wagner Barbosa, Rafael Esmeraldo, Álvaro Sales, Diego Freitas, João Simões, Gabriel Duarte, Paulo Vitor, João Stênio, Arthur Perez, Matheus Nogueira e Lucas Pinheiro, por toda amizade, união, brincadeiras, saídas, discussões, alegrias e tristezas vividas juntas, demonstrando que estes são a família a qual eu pude ter a alegria de escolher.

Aos amigos da Faculdade de Direito, Leonardo Neves, Diego Dantas, Juliana Sombra, Renata Clares e Danielle Carvalho, que, diariamente, dividiram os momentos passados na querida FD, sendo a amizade de cada um a maior conquista que pude adquirir ao longo de todos esses anos na faculdade. Em especial, ao meu amigo Dante Cristino, o qual

tive a maior aproximação e acabou tornando-se um verdadeiro irmão que Deus colocou em minha vida.

Aos amigos do glorioso Bayer Leverkusen, time no qual tive o prazer de fazer parte, rendendo amizades verdadeiras e muitas conquistas nos campeonatos de futebol e futsal organizados no âmbito interno da Faculdade de Direito.

Aos amigos Rosetas, os quais com suas irreverências, alegrias, descontrações e amizades tornaram-se o maior e mais conhecido grupo de amigos da centenária Salamanca.

Aos amigos que fiz ao longe dos meus estágios, em especial aos amigos da Defensoria Pública (Dra. Denise Menezes, Dr. Tarcísio Cordeiro, Dra. Hilda Cela, Rafael e Joana) e do Ministério Público (Dr. Iran Sírio e Nilda), os quais me fizeram enxergar o Judiciário de perto e acabaram despertando em mim a vontade de tornar-me um profissional honesto, digno e capaz de melhorar, nem que seja um mínimo, a Justiça do país e o seu acesso, visando, assim, ao equilíbrio da balança da justiça.

À Universidade Federal do Ceará e, em especial, aos seus servidores, Professor William Marques, Seu Moura, Fabrício, Nelson, Marcelo, Chuchu, Caio e todo o corpo docente e discente, os quais providenciaram todos os meios necessários para a realização do Curso de Direito, fazendo da FD uma instituição ímpar, capaz de transformar vidas, de formar profissionais e cidadãos dignos e humanos e de realizar sonhos, dentre os quais o meu.

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..." (José Saramago)

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade demonstrar a constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 11.448/07, dando legitimidade ativa à Defensoria Pública no ajuizamento da Ação Civil Pública. Para tanto, abordar-se-á a evolução e importância dessa instituição em nosso Estado Democrático de Direito e o seu papel garantidor de acesso justo e igualitário à justiça. Em pó, abordar-se-á os direitos coletivos em sentido amplo, explanando sua evolução histórica, sua classificação e os meios de tutelá-los, através das ações coletivas, em especial a ação civil pública. Por fim, far-se-á uma explanação sobre a defesa dos direitos dos necessitados em âmbito coletivo, sobre a atuação da Defensoria Pública na defesa desses direitos, aplicando-lhe uma interpretação conforme a Constituição, além de justificar a constitucionalidade da referida alteração pela aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, demonstrando também que inexistente afronta às atribuições do Ministério Público na inclusão da Defensoria no rol de legitimados ativos para a propositura da ação anteriormente citada, não se limitando a atuação desta somente na defesa dos necessitados. A metodologia utilizada na elaboração do presente termo de conclusão de curso pautou-se, essencialmente, em pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Ação Civil Pública. Legitimidade Ativa. Direitos Coletivos. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the constitutionality of Art. 5, section II, of Law 7.347 / 85, as amended by Law 11.448 / 07, giving legitimacy to the Public Defender active in filing of Public Civil Action. To do so, will be addressing the evolution and importance of this institution in our democratic state and its role as guarantor of fair and equal access to justice. After the collective rights in a broad sense will address up, explaining its historical evolution, its classification and the means ourselves to safeguarding them, through collective action, especially public civil action. Finally, an explanation of the defense of the rights of the needy in a community basis, about the performance of the Public Defender in defense of these rights, granting him an interpretation according to the Constitution shall be made, in addition to justify the constitutionality of that amendment by application of the Theory of Implied Powers, also demonstrating that nonexistent affront to the powers of the Public prosecutor's Office of advocacy inclusion in the list of assets standing to the filing of the aforementioned action, not limited to this only acting in defense of the needy. The methodology used in the preparation of this term of completion was based essentially on bibliographical, documentary, legislative and jurisprudential research.

Keywords: Public Defender. Public Civil Action. Active Legitimacy. Collective Rights. Access to Justice.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 | DEFENSORIA PÚBLICA: SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA | 14 |
| 2.1 | Assistência judiciária, justiça gratuita e assistência jurídica..... | 14 |
| 2.2 | Defensoria Pública e o acesso à justiça | 17 |
| 2.3 | Atuação da Defensoria para além das demandas judiciais individuais | 20 |
| 3 | DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO | 21 |
| 3.1 | Breve histórico | 21 |
| 3.2 | Conceituação e classificação dos direitos coletivos <i>lato sensu</i> | 22 |
| 4 | AÇÕES COLETIVAS E SEUS LEGITIMADOS ATIVOS | 25 |
| 5 | LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO AJUZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA | 28 |
| 5.1 | Defesa dos necessitados quanto aos direitos coletivos..... | 30 |
| 5.2 | Atuação da Defensoria e interpretação conforme a Constituição Federal..... | 31 |
| 5.3 | Aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos..... | 35 |
| 5.4 | Inexistência de ofensa às atribuições do Ministério Público..... | 37 |
| 5.5 | Ampliação da atuação das Defensorias Públicas | 40 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 45 |
| 7 | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 47 |

1 INTRODUÇÃO

A justiça brasileira, marcada pelo seu traço elitista e com uma forte e ainda atual característica de acesso para poucos, viu-se e vê-se na necessidade de criação de formas de uma prestação jurisdicional gratuita e de qualidade às pessoas carentes de recursos financeiros, assim como pela busca de meios de facilitação de acesso à Justiça, de forma igualitária, inclusive com a criação de órgãos específicos destinados à prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, fato este que fez surgir as Defensorias Públicas, tanto da União quanto as dos Estados.

Conforme previsão expressa na Constituição Federal, em seu art. 134, a Defensoria Pública é uma “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados”, dando azo ao dever do Estado em prestar orientação jurídica e promover a defesa daqueles cujos recursos são insuficientes para afastar os obstáculos inerentes à proteção de seus direitos. Assim, com o passar dos anos, a referida instituição tem ganhado força, inclusive com a feitura de leis que ampliaram o rol de atuação das defensorias, como a Lei n. 11.448/07, que incluiu estas no rol de legitimados para interposição da Ação Civil Pública.

Todavia, apesar da evolução do nosso direito na busca pelo acesso à justiça por todos e no fortalecimento das Defensorias Públicas, estas ainda enfrentam uma série de entraves no que se refere ao atendimento do citado comando constitucional, tanto do ponto de vista material/estrutural, quanto do ponto de vista jurídico, sendo constantes os questionamentos feitos aos limites e predicados da atuação das defensorias na tutela jurídica que as mesmas exercem.

A inclusão no rol de legitimados para interposição da Ação Civil Pública gerou forte polêmica, surgindo várias formas de interpretação do mencionado dispositivo legal, razão pela qual a comunidade jurídica passou a questionar sua constitucionalidade e, inclusive, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público acabou ajuizando, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Em meio a este celeuma, o Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa Constituição Federal, decidirá se a Defensoria Pública tem ou não legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública.

Diante das discussões apresentadas, viso abordar, na presente monografia, os aspectos controvertidos no tocante à legitimidade atribuída à Defensoria Pública, através da Lei n. 11.448/2007, para a propositura de Ação Civil Pública, analisando a possibilidade de manuseio deste instrumento processual para a tutela dos direitos transindividuais.

Para uma melhor compreensão do tema, almejo tratar, inicialmente, sobre a Defensoria Pública, sua evolução e importância no Estado Democrático de Direito, focando no seu papel de garantir um acesso justo e igualitário de justiça a todos, tendo em vista que esta instituição é essencial à função jurisdicional do Estado, em que o constituinte originário deferiu grau de relevância, sendo, à semelhança do Ministério Público, uma instituição fundamental à Justiça e essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo destacar também que a sua atuação vai além das demandas meramente individuais.

Em seguida, viso abordar a questão dos direitos individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, trazendo à tona um breve histórico sobre o surgimento e importância que esses direitos passaram a ter, conceituando-os, classificando-os e fazendo um apanhado sobre as ações coletivas e seus legitimados ativos, dando ênfase à Ação Civil Pública, pois, ao ser editada a Lei nº. 7.347/85, o legislador não trouxe a definição do que seriam os direitos difusos e coletivos a serem tutelados através desse instrumento processual, limitando-se a disciplinar a questão processual da referida ação.

Por fim, pretendo demonstrar a constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 11.448/07, dando legitimidade ativa à Defensoria Pública no ajuizamento da Ação Civil Pública, visando tutelar os direitos metaindividuais, fazendo um estudo sobre a defesa dos direitos dos necessitados em âmbito coletivo, sobre a atuação da instituição na defesa desses direitos, aplicando-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, além de justificar a constitucionalidade da referida alteração pela aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, demonstrando também que inexistente afronta às atribuições do Ministério Público a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados ativos para propositura da ação anteriormente citada e que é necessária, possível e perfeitamente aceita a ampliação da atuação da instituição, não se limitando esta somente na defesa dos direitos dos necessitados.

2 DEFENSORIA PÚBLICA: SURGIMENTO E IMPORTÂNCIA

O surgimento da Defensoria Pública, no Brasil, é a representação de um longo caminho de reconhecimento de direitos e sua conseqüente incorporação nos dispositivos constitucionais.

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um “Estado Democrático de Direito, tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”.

A nossa Carta Magna, conforme doutrina José Afonso da Silva (2008, p. 121), cria perspectivas de realizações sociais profundas mediante o exercício dos direitos sociais e dos instrumentos que oferecem à cidadania e que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de justiça social¹.

O Estado Democrático de Direito, como instrumento de superação das desigualdades sociais e instaurador de um regime democrático possibilitador da realização da justiça social ocasionou a elevação da dimensão do acesso à justiça à qualidade de direito fundamental, buscando-se uma igualdade de oportunidades àqueles que não possuem condições econômicas.

É nessa seara que se estabelece, constitucionalmente, enquanto um direito individual, a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, representada também pela Defensoria Pública, sendo este, portanto, um órgão indispensável à função jurisdicional do Estado.

2.1 Assistência judiciária, justiça gratuita e assistência jurídica

É válido distinguir os institutos da assistência judiciária, justiça gratuita e assistência jurídica, pois estes acabam sendo confundidos e tratados, muitas vezes, como sinônimos, equivocadamente.

A assistência judiciária é prestada diante de uma demanda judicial a ser interposta ou que já tenha sido proposta, sendo imprescindível, portanto, um processo protocolado ou

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

prestes a ser iniciado no Poder Judiciário, envolvendo o patrocínio da causa por um advogado, sendo esta tarefa oferecida pelo Estado, principalmente, mas também podendo ser ofertada por entidades não estatais.

A prestação do serviço de assistência judiciária pode ser gratuita ou remunerada, pública ou privada. Todo aquele que assiste alguém mediante remuneração presta assistência jurídica remunerada, que é o caso dos advogados. A gratuidade do serviço refere-se à prestação do serviço com ausência de contraprestação. O caráter privado do serviço reside na celebração de contrato entre particulares e quando público, o serviço é prestado diretamente pelo Estado.

Assim, a assistência judiciária pública gratuita é aquela prestada com exclusividade pelo Estado, sem contraprestação da parte e mediante comprovação de insuficiência de recursos, já a assistência judiciária privada pode ser remunerada ou gratuita (em caso de remuneração, a parte assistida paga os honorários ao assistente e, em caso de gratuidade, constata-se o exercício da advocacia *Pro Bono*).

Justiça gratuita é um instituto de natureza processual, por conta de ser facilitadora da superação dos obstáculos econômicos do litigante hipossuficiente/vulnerável. Esse instituto jurídico viabiliza a concretização do pagamento das custas inerentes a um processo judicial. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 674):

A assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o ingresso em juízo, sem o qual não é possível o acesso à justiça, a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes à defesa judicial de direitos e interesses. Sabido que o processo custa dinheiro, inexistindo um sistema de justiça inteiramente gratuito onde o exercício da jurisdição, serviços auxiliares e defesa constituíssem serviços honorários e portanto fossem livres de qualquer custo para o próprio Estado e para os litigantes, para que os necessitados possam obter a tutela jurisdicional é indispensável que de algum modo esse óbice econômico seja afastado ou reduzido. Daí a busca de meios para suprir as deficiências dos que não têm².

A lei infraconstitucional mais significativa para a implementação da justiça gratuita no plano nacional é a Lei 1.060/50, em vigor até os dias de hoje, após muitas alterações desde o texto original e, em virtude de ser uma lei anterior à Constituição de 1988, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico vigente.

A Lei 1.060/50 permite que o benefício da justiça gratuita seja conferido mediante a mera declaração de hipossuficiência, conforme o seu art.4º, independente de a parte ter assistência judiciária, pública ou privada.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume II. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

Conforme o art. 2º, parágrafo único, da mencionada lei, considera-se necessitado “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo judicial e os honorários de advogado, sem o prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Importante frisar que nenhum dispositivo constitucional atual condiciona a concessão dos benefícios da justiça gratuita, condicionando-se apenas a comprovação do estado de necessidade para a prestação do serviço estatal de assistência jurídica gratuita, tal como no dispositivo do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988, o qual aduz que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Guilherme Peña de Moraes (1999, p. 59-60) esclarece as diferenças entre a justiça gratuita e a assistência judiciária:

A assistência jurídica e o benefício da justiça gratuita constituem ordens distintas de providências, embora complementárias e conciliáveis, de um único fenômeno, apresentando, basilamente, quatro diferenças essenciais. A primeira dessemelhança é o fato de o benefício da justiça gratuita ser o direito à dispensa provisória de despesas, ao passo que a assistência jurídica equivale ao direito à prestação de determinados serviços nos planos judicial e extrajudicial. [...] A segunda desigualdade reside em que, enquanto a justiça gratuita, como benefício, é exercível na relação jurídica processual na qual é parte o hipossuficiente econômico que perfaça os pressupostos determinados em lei, a assistência jurídica, como direito de igualdade, é professada nas relações sociais integradas pelo despossuído, destinatário de direitos fundamentais, mediante a exigência de prestações positivas do Estado ou entidades extra-estaduais tendentes à equalização de situações sociais, econômicas ou culturais díspares. A terceira diversidade consiste em que o benefício da justiça gratuita é obtido perante o órgão jurisdicional, monocrático ou colegiado, que promete a prestação jurisdicional, ao passo que a assistência jurídica, quanto ao órgão frente ao qual é prestada, é disciplinada por normas processuais de organização judiciária. A quarta desconformidade reside no fato de o beneficiário da justiça gratuita corresponder a instituto de Direito pré-processual, enquanto assistência jurídica equivale a instrumento de Direito Administrativo³.

A assistência jurídica, constante no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, é mais abrangente, sendo considerada um gênero do qual a assistência judiciária é uma espécie.

Consiste num direito público subjetivo, de natureza fundamental, de representação em juízo ou defesa judicial, prática de atos jurídicos extrajudiciais e prestação de serviços de consultoria, envolvendo, assim, serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, esclarecimento de dúvidas e até mesmo programas de informação à toda a comunidade.

³ MORAES, Guilherme Peña de. Instituições da Defensoria Pública. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Portanto, ao referir-se à assistência jurídica, não é necessário que exista um processo judicial em trâmite, pois, muitas vezes, as pessoas que procuram a Defensoria Pública, por exemplo, querem, simplesmente, serem ouvidas, orientadas ou informadas.

Sobre os três institutos jurídicos, Augusto Marcacini (1996, p. 33-34) doutrina:

A palavra assistência tem o sentido de auxílio, ajuda. Assistir significa auxiliar, acompanhar, estar presente. Assistência nos traz a ideia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, neste sentido, por assistência judiciária deve ser entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por profissional habilitado. A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este deixa de exigir o recolhimento das custas e das despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção de custas não pode ser incluída no conceito de assistência, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma postura passiva assumida pelo Estado. Portanto, a gratuidade processual não se confunde com a assistência judiciária, nem é espécie da qual esta é gênero. São benefícios perfeitamente distintos a que fazem jus as pessoas carentes de recursos. A assistência jurídica, mais ampla, é um benefício que compreende tanto a assistência judiciária como a prestação de outros serviços jurídicos extrajudiciais⁴.

2.2 Defensoria Pública e o acesso à justiça

Conforme Antônio Hermam V. Benjamin (1995, p. 77), o acesso à justiça pode ser conceituado de três maneiras, sendo a primeira em sentido restrito, que diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos - acesso a um juiz natural para a composição de litígios. A segunda é classificada em sentido mais amplo, apesar de insuficiente, referindo-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos – acesso a mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais. Por fim, a terceira, chamada acesso à justiça em acepção integral, significando “acesso ao Direito” – acesso à uma ordem jurídica justa, conhecida e implementável⁵.

Como finalidade básica do sistema jurídico, para que haja o efetivo acesso à justiça, faz-se necessário que ele seja, primeiramente, igualmente acessível a todos, devendo ser encarado, como lembram Cappelletti e Garth (2002, p. 12), “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que

⁴ MARCACINI, A. T. R. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶. Assim, na obra “Acesso à Justiça”, os referidos autores dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça, sendo a primeira onda aquela que diz respeito à assistência judiciária aos pobres, estando relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

A primeira onda busca os meios de facilitar o acesso das classes menos favorecidas à justiça, destrinchando os diversos modelos de prestação de assistência judiciária aos necessitados, tendo como finalidade proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação (em juízo) que teriam se pudessem pagar um advogado.

O direito à defesa técnica é uma consequência da assistência judiciária, porque além de constituir expressa exigência da lei⁷, é requisito para a efetividade da defesa e para a paridade de armas no processo civil, surgindo, então, a necessidade de defensor ao necessitado, sendo dever do Estado oferecer essa assistência judiciária através, por exemplo, da instituição das Defensorias Públicas.

É nesse cenário, principalmente influenciado pela primeira onda de acesso à justiça, que surge a Defensoria Pública com o fim de prestar um serviço público, destacando-se o da assistência judiciária obrigatoriamente gratuita. Diante disso, o poder público, tendo o dever constitucional de prestar assistência judiciária integral e gratuita, optou pela criação de um organismo estatal especializado, cujos agentes possuem vínculo direto com a administração pública, sendo, portanto, remunerados por ela. Esses agentes são os responsáveis pela análise do crivo constitucional para a prestação de assistência judiciária pela referida instituição, ou seja, a constatação da insuficiência de recursos.

A Defensoria Pública acaba sendo um dos mecanismos precípuos para o acesso à justiça e para a consolidação do Estado Democrático de Direito, sendo a mesma criada a partir da Constituição Federal de 1988, tendo o dever constitucional de prestar assistência judiciária

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁷ Código de Processo Civil - Art. 36: A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

gratuita aos hipossuficientes, estando, assim, configurada como um direito e garantia fundamental na Constituição, em seu art. 5º, LXXIV⁸.

Ressalte-se que a eficácia desse dispositivo, conforme destaca José Afonso da Silva (2008, p. 607), constituirá “um meio de realizar o princípio da igualização das condições dos desiguais perante a Justiça”⁹. Almeja-se, assim, conferir maior efetividade ao princípio da igualdade das condições de acesso à justiça, assegurando aos necessitados o direito tanto de defesa quanto de ação, constitucionalmente previstos.

Nessa perspectiva, o art. 134 da Constituição reconhece a relevância da Defensoria Pública enquanto instituição indispensável à Justiça, o qual estabelece que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV desta Constituição Federal”.

Na busca da garantia do contraditório e da ampla defesa, a Defensoria atua até mesmo junto àqueles economicamente suficientes, quando a causa verse sobre direitos indisponíveis, como é o caso dos réus sem advogado, nas ações criminais, ou em casos de relevante interesse público, nas Ações Cíveis Públicas.

Visando organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, segundo as regras de competência estabelecidas nos artigos 21, inciso XIII, e 22, inciso XVII, da Constituição Federal, o parágrafo 1º do art. 134, também da nossa Carta Magna, prevê que lei complementar – Lei Complementar 80, de 12 de Janeiro de 1994 – realizará tal organização, bem como prescreverá normas gerais para a organização das Defensorias Públicas nos Estados. Logo, faz-se necessário a transcrição do §2º de tal artigo, uma vez que este proporcionou um fortalecimento das Defensorias Públicas Estaduais pelo fato de garantir-lhes autonomia:

Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º.

⁸ “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Diante disso, a partir da vigência da Lei Complementar 80/04, fez-se necessária a criação de normas que dispusessem, de forma específica, sobre cada âmbito de atuação das defensorias. Assim, para dar concretude às disposições da Lei Orgânica da Defensoria Pública, as leis 9.020/95 e 10.212/01 regulamentaram a remuneração, em caráter emergencial, dos cargos de Defensor Federal e outros assuntos no âmbito da Defensoria Pública da União.

A Defensoria Pública, para todos os fins, é una, em conformidade ao Princípio da Unidade que rege a instituição. Apesar dessa diretriz normativa, a leitura da sua Lei Orgânica mostra uma divisão de atuação para fins práticos, tendo a Defensoria Pública Estadual, a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios e a Defensoria Pública da União.

A citada Lei Complementar também discriminou as funções dos defensores públicos e delimitou suas competências, percebendo-se que a atuação das defensorias não se dá em todos os ramos do Direito, ficando de fora, por exemplo, das matérias trabalhistas. Porém, em contrapartida, houve uma grande evolução no mundo jurídico em prol da efetivação do princípio da acessibilidade, tendo como exemplo a positivação da Defensoria Pública como legitimada para propor Ações Cíveis Públicas na defesa dos direitos transindividuais (individuais homogêneos, difusos e coletivos em sentido estrito), em conformidade com o artigo 5º, inciso II, da Lei 7347/85, incluído à norma no ano de 2007.

2.3 Atuação da Defensoria para além das demandas judiciais individuais

Ainda tem-se uma visão atrasada de que o defensor público é o “advogado dos pobres”, todavia vê-se que as atribuições da Defensoria Pública vão muito além da mera demanda individual junto ao Poder Judiciário, em razão do conceito lato de assistência jurídica que deve ser tratado o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

No próprio plano da legislação infraconstitucional, as atribuições dadas pelo legislador aos defensores públicos ultrapassam a atividade advocatícia, principalmente analisando os artigos constantes na Lei Complementar 80/94.

O art. 1º da referida lei aduz que entre as funções da Defensoria Pública encontra-se a “promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos”¹⁰ e, juntamente com o art. 4º, trazem uma série de

¹⁰ LC 80/94 - Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

atribuições dessa instituição, como a prestação da orientação jurídica, promoção de soluções extrajudiciais de litígio, difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, promoção da Ação Civil Pública, exercício da defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, entre diversas outras funções elencadas ao longo dos incisos do citado artigo.

Inúmeras alterações legislativas acabaram dando força à atividade da Defensoria Pública para além das demandas individuais em ações judiciais, com ênfase, por exemplo, na obrigatoriedade de comunicação, à instituição, das prisões em flagrante (Lei nº. 12.043/11), como forma de possibilitar o controle das referidas prisões, além da própria tutela individual da liberdade; a obrigatoriedade da assistência jurídica prestada pela Defensoria dentro e fora dos estabelecimentos penais, além de ela ter sido incluída entre os órgãos da execução penal (Lei 12.313/10); atuação institucional da Defensoria Pública, outorgando-lhe o auxílio de equipe multidisciplinar às mulheres vítimas de violência doméstica, no âmbito da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06); e, com destaque maior, sendo considerada a mudança mais significativa, a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública.

Percebe-se, assim, que o nosso ordenamento jurídico concede à Defensoria Pública atribuições e prerrogativas que vão muito além da assistência judiciária em processos judiciais, razão pela qual a sua atividade não se confunde com a advocacia privada e que uma das grandes preocupações do legislador foi a superação do modelo individualista de solução de conflitos, dando-se relevância à tutela coletiva.

3. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO

3.1 Breve histórico

A Revolução Industrial foi um dos grandes marcos da humanidade, sendo um significativo divisor de águas da história, pois ela fez com que a ideia individualista da sociedade evoluísse para o surgimento de uma cultura de massa, marcada pelos ideais do trabalho, produção, consumo, meio ambiente, dentre outros.

O consumismo exacerbado, as relações de trabalho e o crescimento da consciência do cidadão de que poderia exigir do Estado o cumprimento da lei e a proteção de seus direitos

e interesses, através do Judiciário, ocasionaram situações nas quais diversos indivíduos passaram a caminhar no mesmo sentido, surgindo o chamado Estado Social, que superou o Estado Liberal, ao promover a intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, esse Estado Social acabou sendo superado pelo Estado Democrático de Direito, marcado pela busca da solidariedade e da proteção de direitos metaindividuais.

É nessa seara que surge a segunda onda de acesso à justiça, brevemente mencionada em capítulo anterior. Essa onda centra o foco de preocupação, especificamente, nos direitos difusos, diversos daqueles interesses dos necessitados, que caracteriza a primeira onda.

A segunda onda surgiu da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesses difusos, já que o processo civil sempre foi visto como campo de disputa entre particulares, tendo por objetivo a solução de controvérsia entre eles a respeito de seus próprios direitos individuais.

Essa nova percepção do direito pôs em relevo a transformação do papel do magistrado no processo e de conceitos básicos do direito, na medida em que os titulares de direitos difusos, não podendo comparecer em juízo, deveriam possuir um representante adequado para agir em benefício da coletividade, devendo, também, a decisão, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo.

Essa onda permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, parte rumo à uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos direitos públicos relativos aos interesses difusos, já que os interesses transindividuais (metaindividuais) transbordam o limite da esfera jurídica do indivíduo, congregando um número indeterminado ou determinável de pessoas, dependendo de sua classificação em coletivos, difusos ou individuais homogêneos, apresentando como características principais a natureza híbrida, a universalidade e a indivisibilidade.

3.2 Conceituação e classificação dos direitos coletivos *lato sensu*

Os direitos transindividuais classificam-se como uma terceira categoria de direitos, situando-se entre os interesses privados e os públicos, excedendo o âmbito individual, mas sem chegar a constituir, precisamente, um interesse público.

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, os direitos transindividuais sempre existiram, entretanto a preocupação em tutelá-los ganhou força somente nas últimas décadas. A doutrina e o legislador passaram a identificá-los e a protegê-los dentro de um processo denominado coletivo.

A defesa judicial dos interesses coletivos *lato sensu* tem peculiaridades comuns, quais sejam: são intrinsecamente transindividuais e sua defesa judicial deve ser coletiva. Assim, o legislador estabeleceu regras próprias sobre a matéria, visando à economia processual e equacionando problemas referentes à classificação dos direitos protegidos, à legitimidade ativa e aos efeitos da coisa julgada, por exemplo.

Diante disso, tem-se que os direitos coletivos *lato sensu*, entendidos como gênero, possuem como espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *strictu sensu* e os direitos individuais homogêneos, sendo esta a subdivisão feita pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), conforme seu art. 81, parágrafo único:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A doutrina costuma sistematizá-los em interesses essencialmente coletivos, fazendo parte desses os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito, e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos)¹¹.

Sempre houve certa confusão na distinção entre os direitos difusos e os coletivos, todavia com o surgimento da Lei 8.078/90 restou resolvido o problema, pois conforme o art. 81, parágrafo único, inciso I da referida lei, aqueles são direitos transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (não são passíveis de divisão, devendo ser considerados como um todo), cujos titulares são

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

peças indeterminadas (indeterminabilidade dos sujeitos, ou seja, ausência de individualização) ligadas por uma circunstância de fato e a coisa julgada advinda das sentenças de procedência serão *erga omnes*, atingindo a todos de maneira igual, tendo como exemplo a publicidade enganosa ou abusiva, transmitida pela imprensa falada, escrita ou televisada, a atingir um número incerto de pessoas, sem que entre estas exista qualquer tipo de relação jurídica anterior¹².

Os direitos coletivos em sentido estrito, de acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, são transindividuais, de natureza indivisível, possuindo como titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, sendo estas determinadas ou determináveis, estando ligadas, entre si, por uma relação jurídica anterior à lesão.

Portanto, vê-se que a diferença entre o direito difuso e o coletivo *strictu sensu* reside no fato de as pessoas deste poderem ser determinadas e estarem coesas entre si, em uma relação jurídica anterior à lesão, formando-se grupos, categorias ou classes¹³.

A coisa julgada será *ultra partes*, em consonância com o art. 103, inciso II¹⁴ do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, atingirá não somente as partes, mas demais pessoas, desde que estas façam parte do determinado grupo, classe ou categoria, além do que os autores dos processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a ação coletiva ou poderão, ainda, excluir-se do seu âmbito com o prosseguimento de suas ações individuais¹⁵.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, conforme preceitua o artigo 81, parágrafo único, inciso III da referida lei, são aqueles decorrente de origem comum. São direitos advindos de uma lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é decorrente de um fato lesivo, sendo marcados pela homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.

Watanabe (2004, p. 629), em seus ensinamentos, assim posiciona-se sobre a origem comum dos direitos individuais homogêneos:

¹² DIDIER JR, Fredie. ZANETTI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Vol. 4. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 74.

¹³ *Ibid*, p. 75

¹⁴ Código de Defesa do Consumidor - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

¹⁵ Código de Defesa do Consumidor - Art. 104, : As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

[...] não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um curto espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a origem comum de todos eles¹⁶.

Vê-se que esses direitos têm em comum a sua procedência, a gênese na conduta da parte contrária, conferindo-lhes a homogeneidade.

Mesmo sendo possível identificar, individualmente, os lesados, esse fato não altera a possibilidade de ajuizamento da ação coletiva correspondente, com sentença produzindo eficácia *erga omnes*, já que os grandes objetivos das demandas coletivas são a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autorizativa do direito material¹⁷. E, no caso das especificidades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidos em liquidação de sentença, sendo esta procedida individualmente.

Portanto, percebe-se que as ações coletivas visando à defesa de interesses individuais homogêneos concentram-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos que podem aproveitar a muitas pessoas, sendo indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução¹⁸.

4. AÇÕES COLETIVAS E SEUS LEGITIMADOS ATIVOS

A proteção dos interesses difusos e coletivos em nosso ordenamento jurídico acontece por meio de leis dispersas que tratam das matérias de dimensão transindividual, como a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras, tendo essas legislações, em comum, o ponto de restringirem a legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas.

A lei da Ação Civil Pública, por exemplo, dá legitimidade apenas ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, às

¹⁶ WATANABE, Kazuo, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 629. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

¹⁷ GIDI, Antonio. "Las acciones colectivas em Estados Unidos". In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). Processos coletivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales em una perspectiva comparada. México -DF: Editorial Porrúa, 2003.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Vol. 4. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 78

autarquias, às empresas públicas, às fundações ou sociedades de economia mista e às associações que atendam as exigências legais¹⁹.

O Código de Defesa do Consumidor, seguindo esse viés, também limita a legitimidade nas ações coletivas ao Ministério Público, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e às associações que também cumprem os requisitos do referido diploma legal²⁰.

Não obstante a Lei da Ação Popular, que permanece constitucionalizada em nosso ordenamento, apesar de mostrar-se com pouca eficácia em relação aos demais instrumentos processuais coletivos, percebe-se que o ajuizamento das ações coletivas, em nosso país, não pode ser feito diretamente pelo cidadão, o verdadeiro titular do direito coletivo violado ou ameaçado de violação, sendo criado um tipo de legitimidade extraordinária. Barros Leal (2012, p. 154) assim estabelece:

A definição da legitimação ativa para as demandas coletivas é questão que envolve dificuldades legislativas, em virtude da complexidade teórica e prática da matéria. Esta dificuldade decorre de que, quando se trata da defesa em juízo dos interesses supraindividuais, normalmente aquele que se pretende legitimado não é diretamente titular daqueles, ou, ainda que o seja, não exerce esta posição de preeminência em caráter de exclusividade. Basta recordar que no nosso sistema o direito de ação é ordinariamente conferido a quem é titular da situação protegida, na legitimação ordinária, e excepcionalmente conferido a quem não é titular dos direitos ou interesses e promove sua defesa em nome próprio e no interesse alheio, na legitimação extraordinária ou substituição processual. Somente é possível agir em juízo, na defesa do interesse que não é do próprio demandante, quando há expressa autorização legal neste sentido²¹.

¹⁹ LACP- Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014) (...)

20 CDC - Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

²¹ LEAL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 154.

Nota-se que a intenção do legislador ao criar barreiras de acesso do cidadão à justiça visa à própria proteção do poder público, já que o acesso amplo e irrestrito dos cidadãos ao poder judiciário poderia transformar-se em um forte mecanismo de controle da administração pública, controle este que, definitivamente, o nosso legislador não quer permitir. Assim, os agentes políticos tendem a criar competências apenas a órgãos que, na maioria dos casos, pertencem ao próprio governo.

Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 119), nesse sentido, aduz:

Entretanto, as forças dominantes nos processos de definição de competência de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir. Ou seja, o sistema baseado nos direitos subjetivos vem privilegiando a tutela individual dos direitos e admitindo pouquíssimos avanços quanto às demandas contra os agentes políticos ou mesmo quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos de poder.²²

No entanto, apesar de o cidadão não ser legitimado para o ajuizamento das ações coletivas, a solução apresentada pelo legislador, estendendo essa legitimação a vários órgãos e entidades, inclusive privadas, garantindo um rol de sujeitos que podem tutelar os interesses metaindividuais, acaba sendo positiva, pois ajuda a garantir a eficiência da tutela. É o que assevera Carlos Alberto de Salles (2003, p. 137):

O significado da legitimação do Ministério Público e das associações para a defesa dos interesses difusos e coletivos é exatamente esta: de servir de mecanismos institucionais para propiciar ou desencadear a defesa de determinados bens que, sem isso, permaneceriam sem proteção nos vários processos de decisão social, tanto nos de mercado, como naqueles relativos ao processo político. Analisado sob esse enfoque, o problema ao qual responde proteção judicial dos interesses difusos e coletivos, na verdade, não é apenas aquele de ampliar o acesso à justiça, mas o de garantir mecanismos institucionais capazes de propiciar a efetiva defesa desses interesses, que poderiam ficar sem proteção nos outros processos decisórios da sociedade.²³

Em referência a essa expansão do rol de legitimados à propositura das ações coletivas, destaca-se a presença da Defensoria Pública, conforme os ditames do art. 134 da Constituição Federal, que estabelece ao órgão, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados,

²² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

²³ A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). Processo civil e interesse público. pp. 131-7. São Paulo: RT, 2003, p. 137.

prestando assistência integral e gratuita a todos os que comprovarem insuficiência de recursos, do art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar 80/94 (Lei orgânica da Defensoria Pública), o qual estabelece que esta deve patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, do art. 82, inciso III, e 90, ambos do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, criando um verdadeiro microssistema processual coletivo.

5. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A justiça brasileira, marcada pelo seu traço elitista e com uma forte e ainda atual característica de acesso para poucos, viu-se e vê-se na necessidade de criação de formas de prestação de assistência judiciária gratuita e de qualidade às pessoas carentes de recursos financeiros, assim como pela busca de meios de facilitação do acesso à justiça a todos, de forma igualitária, inclusive com a criação de órgãos específicos destinados à prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, fato este que fez surgir as Defensorias Públicas, tanto da União como dos Estados, conforme explicitado em capítulo anterior.

O artigo 134 da Constituição Federal estabelece que a “Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Diante dessa disposição constitucional, o fim da Defensoria Pública é a orientação jurídica e a defesa dos necessitados e, com o passar dos anos, essa finalidade e a própria instituição foram ganhando força, inclusive com a feitura de leis que ampliaram o seu rol de atuação, como a Lei n. 11.448/07, que a incluiu no rol de legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

Todavia, apesar da evolução do nosso direito na busca pelo acesso à justiça para todos e no fortalecimento das Defensorias Públicas, essa inclusão no rol de legitimados para interposição da Ação Civil Pública gerou forte polêmica, surgindo várias formas de interpretação do mencionado dispositivo legal, razão pela qual a comunidade jurídica passou a questionar sua constitucionalidade.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público acabou ajuizando, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso II, art. 5º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, ao fundamento de que tal dispositivo, ao conferir legitimidade, sem restrições, à Defensoria Pública para a

propositura da Ação Civil Pública, estaria violando os dispostos nos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, ambos da Constituição Federal, e afetando diretamente as atribuições do Ministério Público, uma vez que a inclusão daquela instituição no rol de legitimados para a propositura da referida ação impede o *Parquet* de exercer plenamente as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, contrariando os requisitos necessários para a atuação desta instituição²⁴.

Também, em recente julgado, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça definiu que a Defensoria Pública não tem legitimidade extraordinária para ajuizar ação coletiva em favor de consumidores de plano de saúde que sofreram reajustes em seus contratos em razão da mudança de faixa etária, porque o colegiado, de maneira unânime, entendeu que, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação da Defensoria deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas²⁵.

²⁴ DECISÃO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUBSEQÜENTE MANIFESTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA NO PRAZO LEGAL. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, sempedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, em 16 de agosto de 2007, contra o inc. II, do art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que dispôs sobre a ação civil pública, legitimando a Defensoria Pública para a sua propositura. (...) 2. A Autora assevera que a norma impugnada afrontaria os arts. 5º, inc. LXXIV e 134, caput, da Constituição da República. Argumenta a Autora que a “inclusão da Defensoria pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a ação civil pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional” (fl. 5). Pondera que, nos termos dos artigos constitucionais citados, “a Defensoria Pública foi criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para se defender judicialmente ou que precisam de orientação jurídica ... Assim, a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira. Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo. Por isso, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária” (fl. 6). Requer seja julgada procedente a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade do inc. II, do art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação dada pela Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, ou “alternativamente, se dê interpretação conforme ao texto constitucional, para excluir a legitimidade ativa da Defensoria Pública, quanto ao ajuizamento de ação civil pública para defesa de interesses difusos” (fl. 8). (...). Publique-se. Brasília, 19 de setembro de 2007. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=186&dataPublicacaoDj=26/09/2007&incidente=2548440&codCapitulo=6&numMateria=140&codMateria=2>> Acesso em: 02 de junho de 2014, às 10horas

²⁵ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530). Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito. 2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da

Em meio a este celeuma, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da nossa Constituição Federal, vai decidir, de forma definitiva, com efeito *erga omnes* e vinculante, se a Defensoria Pública tem ou não legitimidade para ajuizar ação civil pública.

Diante disso, viso posicionar-me a favor da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº. 7.347/85, alterado pela Lei nº. 11.448/07, legitimando a Defensoria Pública para o ajuizamento da Ação Civil Pública, defendendo, também, a possibilidade de manuseio deste instrumento processual para a tutela de direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, pelas razões a seguir expostas:

5.1 Defesa dos necessitados quanto aos direitos coletivos

A Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 do texto da nossa Carta Maior, foi criada para promover a orientação jurídica, em todos os graus e instâncias, dos necessitados, e, nesse viés, delimitar o conceito de necessitado é uma questão tormentosa, sendo um

Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. 3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134), devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. 8. Diante do microsistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido. (REsp 1192577/RS RECURSO ESPECIAL 2010/0080587-7/ Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO/ T4 - QUARTA TURMA/ Data do julgamento: 15/05/2014/ Data da Publicação: DJe 15/08/2014) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=REsp+1192577&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 17 de setembro de 2014, às 11: 33.

conceito jurídico indeterminado, principalmente no cenário social e econômico vivido em nosso país, onde o desemprego, a defasagem salarial, a diminuição do poder de compra e a instabilidade econômica nos atingem de maneira veemente.

Apesar da dificuldade de definição, deve-se entender que o necessitado é todo aquele o qual, dentro das suas possibilidades financeiras, não pode custear o patrocínio de serviços jurídicos, abrangendo um elevado número da população brasileira, estando a Defensoria Pública, dentro desse contexto, enquanto instituição que presta assistência e orientação jurídica, tanto junto às classes totalmente desprovidas de qualquer recurso, como também, ascendentemente, junto à classe média empobrecida, num papel relevantíssimo na proteção dos direitos e interesses destes.

Aliado a isso, a superação do modelo individualista de solução de conflitos, dando-se importância a uma tutela coletiva, visando, assim, ao desafogamento do Poder Judiciário e à própria tutela jurisdicional dos direitos fundamentais dos cidadãos, fez com que a assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas também ganhasse destaque e importância, principalmente na defesa dos direitos difusos e coletivos.

Percebe-se, portanto, que o termo necessitado deve ser visto de forma ampliada, o que autoriza a conclusão da ampla legitimidade da Defensoria Pública, esclarecendo-se que o interesse difuso é todo aquele que não pertence isoladamente a uma só pessoa e nem a grupamento nitidamente delimitado, difundindo-se para alcançar uma série indeterminada de indivíduos, sendo lícito, portanto, estabelecer que o interesse dos necessitados compõem os interesse difusos.

Portanto, ainda que exista somente uma pessoa necessitada e inserida no grupamento atingido enquanto coletividade, a atuação da Defensoria já se justificaria por si só, em face do preenchimento do requisito autorizador de sua presença institucional, qual seja: a presença do hipossuficiente.

5.2 Atuação da Defensoria e interpretação conforme a Constituição Federal

Estando a Constituição Federal de 1988 no topo da pirâmide normativa do nosso ordenamento jurídico, ela sempre deverá ser respeitada e usada como base, como norte para a elaboração das disposições legais posteriores, buscando-se a efetividade das normas infralegais em consonância com os princípios basilares da nossa Carta Maior.

O intérprete da lei deve utilizar todos os métodos existentes e, a partir daí, surgirão diversas interpretações do mesmo dispositivo legal. Destes, alguns se inclinarão para a inconstitucionalidade e outros para a constitucionalidade.

A interpretação conforme a Constituição é uma das modernas formas de hermenêutica, que visa impedir a retirada precoce do ordenamento jurídico de normas infraconstitucionais que se revelam, num primeiro momento, incompatíveis com o Texto Maior.

Conforme Canotilho (apud ANJOS, 2006), a finalidade da interpretação conforme a Constituição é descobrir “o conteúdo intrínseco da lei”²⁶.

Por esta interpretação, o intérprete pode alargar ou restringir o sentido da norma supostamente inconstitucional para adequá-la ao ordenamento, evitando a decretação de nulidade e a consequente exclusão do cenário jurídico, configurando-se como uma técnica de salvamento da norma, justificando-se a legitimidade desta forma de interpretação pela própria supremacia da Constituição, o que garante a segurança jurídica, evitando a retirada da norma do ordenamento jurídico, o que geraria um vazio normativo.

A interpretação conforme a Constituição só é viável em face de normas polissêmicas, com sentido plurissignificativo, onde ao menos um se revele compatível com a Carta Magna, configurando-se, também, como forma de controle de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes (apud ANJOS, 2006) afirma que: “oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição.”²⁷ Assim, dada a presunção de constitucionalidade das normas, deve-se prevalecer a interpretação constitucional.

Esse método de interpretação, previsto legalmente no parágrafo único, do artigo 28, da Lei n.º 9.868/99, juntamente com outras formas de controle da constitucionalidade, deve ser usado na interpretação dada ao art. 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/85, alterado pela Lei n.º 11.448/07, que deu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

²⁶ ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/cursos/arquivosdocurso/InterpretaCfConst.doc>>. Acesso em: 10 de outubro de 2014., às 10horas.

²⁷ Idem

A massificação das relações sociais fez com que fossem criados instrumentos que atendessem à crescente demanda por uma prestação jurisdicional diferente, capaz de oferecer um meio célere e eficaz de proteção dos interesses sociais de diversos grupos sociais constitucionalmente protegidos, como os consumidores, idosos, índios, negros, mulheres, deficientes físicos, dentre outros.

Com a lei 7.347/85, por exemplo, esses interesses passaram a ser tutelados, sendo ampliadas as hipóteses de cabimento de demandas visando à tutela de direitos difusos e coletivos, podendo tal ação ser utilizada não somente para a proteção do patrimônio público, mas, da mesma forma, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, bem como qualquer interesse difuso ou coletivo²⁸.

Diante disso, surgiram várias maneiras de facilitação do acesso ao Judiciário em nosso país, concedendo-se a entes não personificados e a instituições a legitimidade de ser parte no processo de tutela de direitos diversos, principalmente os coletivos *lato sensu*, porque, com o grande número de interessados, a quantidade de demandas individuais, além de tornar o Judiciário abarrotado de causas, o tornaria ainda mais moroso.

Aliado a isso, deu-se relevância nítida aos direitos e garantias fundamentais constantes no art. 5º da nossa Carta de Outubro, os quais a sua eficácia é de cunho imediato²⁹, ressaltando-se o dever de respeito e tutela, tanto pelos entes estatais, quanto pela sociedade civil e, enaltecendo o exposto, conforme art. 60, §4º da Constituição Federal, é vedada a abolição ou extinção dos direitos e garantias individuais. Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 170-171), sabiamente esclarece:

De tudo resulta que a melhor solução parece mesmo ser a pluralista, isto é, a que abre uma legitimação difusa a quem pretende (e demonstre) idoneidade para tutelar interesses que são metaindividuais. Cremos, assim, que andou bem nosso legislador, ao prever, no art. 5º da lei 7.347/85, legitimação “concorrente e disjuntiva”, sem nenhuma preferência ou privilégio, às várias instâncias

²⁸ LACP - Art. 1º: Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990) V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014) VIII - ao patrimônio público e social. (Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)

²⁹ Constituição Federal - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)

interessadas: os entes políticos, os órgãos públicos, as associações, o Ministério Público(...)³⁰

Portanto, vê-se que o pensamento do referido autor é o mais correto, ao doutrinarem no sentido da legitimação pluralística, sendo esta a melhor saída para o alcance da justiça e defesa/tutela dos direitos coletivos em sentido amplo.

Diversos dispositivos e vários julgados dos inúmeros tribunais pátrios, bem antes da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública já autorizavam que essa instituição fosse legitimada ativa nessa ação coletiva, demonstrando que a necessidade da efetiva tutela jurisdicional a todos, principalmente aos necessitados, e a defesa de interesses coletivos destes já era uma das funções essenciais do Estado.

Garantir o acesso da população carente à justiça, num país formado por uma maioria esmagadora de miseráveis é algo primordial para a garantia de nosso Estado Democrático de Direito, sendo a Defensoria Pública uma das instituições, senão a principal, capazes de realizar esse fim.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, admite a legitimidade da Defensoria Pública em ajuizar ações coletivas, não definindo de maneira clara a necessidade dos substituídos estarem caracterizados como hipossuficientes financeiros³¹.

Os diversos tribunais pátrios também corroboram com esse entendimento:

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE INTERESSES CONSUMERISTAS. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO NÚCLEO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa de interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor. Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa ad causam da apelante³².

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFENSORIA PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – CRÉDITO EDUCATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRÉDITO EDUCATIVO. Legitimidade ativa da Defensoria, para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³¹ AgRg no AREsp 67205/RS; AgRg no REsp 1000421/SC; AgRg no AgRg no Ag 656360/RJ

³² TJRS, AC 2003.001.04832, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 26.08.2003

Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor ação civil Pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo. Assim, a decisão que rejeitou a arguição de ilegitimidade ativa, levantada pelo Parquet, não lhe causou qualquer gravame, ajustando-se, in casu, à restrição acolhida na ADIN 558-8-RJ – Recurso reputado prejudicado em parte e em parte desprovido³³.

Demonstra-se, assim, a forte tendência do alcance social da atuação da Defensoria na defesa dos interesses coletivos e difusos, por meio do manejo da Ação Civil Pública, principalmente porque, sensíveis às necessidades da sociedade civil, apoiam a ideia da legitimação pluralista e não vislumbram choque de atribuições entre os órgãos executivos do *Parquet* e da Defensoria.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em antigo precedente, disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 558, cujo relator foi o ex-ministro Sepúlveda Pertence, posicionou-se favoravelmente à legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas, aduzindo que esta é ampla, não se limitando apenas aos interesses dos necessitados, ao menos em relação aos direitos difusos³⁴.

Nesse julgado, a Corte Excelsa estabeleceu que os Estados devem atuar na tutela dos necessitados através das Defensorias Públicas, não impedindo que esses entes possam se utilizar de outras formas de resguardar os interesses e os direitos dignos de proteção jurídica, devendo-se ressaltar a forte tendência no sentido de facilitar o acesso à justiça com a crescente ausência de obstáculos patrimoniais.

Assim, se a atuação da Defensoria ficar limitada pela vedação ao uso da Ação Civil Pública, parcela da população que não tiver condições de arcar com os custos de um processo ficará desamparada, não sendo garantido o acesso pleno ao Judiciário, direito este constitucionalmente garantido (CF, art.5º, inciso XXXV), sendo a Defensoria Pública, de acordo com a interpretação conforme à Constituição Federal anteriormente exposta, legitimada ativa no ajuizamento da referida ação.

5.3 Aplicação da teoria dos poderes implícitos

A chamada Teoria dos Poderes Implícitos advém do direito americano e, basicamente, estabelece que, em decorrência de a Constituição atribuir uma competência expressa a determinado órgão, estaria também atribuindo, na forma de poderes implícitos, a

³³ TJRJ, AI 3274/96, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, j. 25.02.1997

³⁴ ADI-MC 558/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.08.1991, Pleno; DJ 26.03.1993, p. 5001.

esse mesmo órgão estatal, os meios necessários à integral realização de tais fins que lhe foram outorgados, ficando apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal³⁵.

A Teoria dos Poderes Implícitos, de ampla utilização no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁶ e do Ministério Público³⁷, deve também ser estendida à Defensoria Pública, por decorrência lógica e coerência com o nosso ordenamento jurídico.

A Constituição não pode atribuir a uma instituição determinada função e, ao mesmo tempo, não lhe fornecer os meios necessários para a sua realização integral. Quando a nossa Carta Magna determina os fins, deve, também, conceder os meios sem os quais suas determinações se tornariam letra morta.

É necessário emprestar ao direito fundamental de acesso à justiça a maior amplitude possível, superando conceitos meramente formais de acesso ao Poder Judiciário e privilegiando o acesso à uma ordem jurídica justa, de forma que atenda ao princípio da igualdade jurisdicional, bem como aos objetivos fundamentais inseridos no art. 3º da Constituição Federal, o que somente poderá ser feito adequadamente, em muitas situações, através da propositura de ações coletivas e, no âmbito destas, deve-se entender que a legitimidade para a tutela desses direitos deve ser a mais ampla possível, vigorando o brocardo *in dubio pro legitimidade*³⁸.

³⁵ MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.05.2007, DJ 29.05.2007, apud in LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

³⁶ HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. [...]. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 91661/PE – PERNAMBUCO - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE - Julgamento:10/03/2009 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

³⁷ RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28.10.2008, DJ 21.11.2008, apud in LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 613.

³⁸ SOUSA, José Augusto Garcia de. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226-227.

A tutela coletiva, para alcançar os seus fins, necessita de uma legitimidade adequada, superando-se a noção de legitimidade ordinária prevista no art. 6º do Código de Processo Civil³⁹ que, em razão de ser centrada em um modelo individualista e subjetivista, não atende aos interesses transindividuais. E, ainda nesse sentido, vê-se que a legitimidade da Defensoria Pública adequa-se a essa noção de legitimidade adequada⁴⁰, gozando ainda da chamada “pertinência temática” (nome dado ao critério usualmente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para auferir a legitimidade ativa em Ações Cíveis Públicas) para a tutela coletiva de direitos que possam beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes.

5.4. Inexistência de ofensa às atribuições do Ministério Público

Um dos fortes argumentos trazidos pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943 consiste no argumento de que a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública faz com que o Ministério Público deixe de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede-se àquela instituição atribuição não permitida no texto constitucional, contrariando os requisitos exigidos para a referida ação, cuja titularidade pertence ao órgão do *Parquet*.

Na verdade, percebe-se um forte sentimento de egoísmo por parte do Ministério Público, demonstrando um exacerbado teor de vaidade, pois ao invés de defender interesses que resultem benefício para a coletividade acabou-se trazendo restrições ao exercício e à garantia de direitos, ofendendo o Estado Democrático de Direito.

Doutrina e jurisprudência já assentaram o entendimento de que a legitimidade para propositura da Ação Civil Pública é autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva⁴¹.

Autônoma pois o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente do titular do direito litigioso, ou seja, independente da autorização da coletividade titular do direito metaindividual.

Exclusiva porque só o legitimado extraordinário está autorizado a propor a ação coletiva na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Concorrente pois há mais de um legitimado extraordinário à propositura da ação coletiva e qualquer um deles, sem ordem de preferência, pode propor a ação coletiva.

³⁹ CPC- Art. 6º: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁴⁰ ob.cit. Pag: 221

⁴¹ DIDIER JR, Fredie. ZANETTI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Vol. 4. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 200 – 201.

E, finalmente, disjuntiva porque, apesar de concorrente, cada um dos legitimados atua independentemente da vontade e da autorização dos demais co-legitimados.

Portanto, a legitimidade pode ocorrer de forma conjunta ou isolada pelos habilitados a agir em juízo, na defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, não havendo condicionamentos, vinculação, subordinação ou obrigatoriedade litisconsorcial, sendo a inclusão legal da Defensoria impossível de afetar a repartição de responsabilidades.

Dá a entender que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público parece defender o monopólio processual, requerendo que o Ministério Público detenha o domínio completo das ações coletivas. Mancuso (2007, p. 27) assim esclarece:

A opção pelo critério da legitimação concorrente – disjuntiva, a par de consultar a diretriz da democracia participativa – vem ainda justificada pelo propósito de preservação de uma desejável proporcionalidade entre a vasta extensão do objetivo das ações de finalidade coletiva e a relação dos credenciados a portá-las em juízo, pela boa razão de que não se justificaria a concentração do poder de agir em mãos de um só legitimado ativo, numa sorte de cartelização processual de um interesse que a todos concerne⁴².

Pensar que o *Parquet* é um órgão público acima dos demais e capaz de solucionar todos os males significa concordar que a instituição está apta a resolver todos os problemas que afetam os indivíduos e a coletividade, sendo esse pensamento claramente incorreto.

Apesar de o Ministério Público ser detentor da maioria das Ações Civas Públicas ajuizadas no Brasil, isso não significa que ele é o único legitimado para tanto, devendo-se esclarecer que esse fato ocorre muito mais por conta da omissão dos demais legitimados que, apesar de estarem aptos a ajuizarem esta ação, acabam não fazendo.

O Projetado equilíbrio nas iniciativas judiciais para tutela dos valores metaindividuais, acabou por não se implementar na prática, em grande parte pela retração dos entes políticos nesse campo, tudo resultando numa sobrecarga para o órgão ministerial, o qual, dada a indisponibilidade dos valores que constituem objeto das ações de finalidade coletiva, não tem outra alternativa senão desdobrar-se para atender a tantas representações, denúncias e solicitações que lhe são encaminhadas por aqueles que, na verdade, também são legitimados ativos e portanto deveriam ser os parceiros no manejo das ações de finalidade coletiva!⁴³

Quanto à argumentação de que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, vê-se que se encontra equivocada, tendo em vista que a atuação daquela instituição sempre se dará de

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴³ Ob. cit, p. 27

maneira paralela, não impedindo a atuação do *Parquet*, e a legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade e não para dar mais prestígio à essa ou àquela instituição.

Não é a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública que impede o Ministério Público de exercer as suas atividades em plenitude, pois, na verdade, essa inclusão ocorreu por conta de uma interpretação do nosso texto constitucional e um dos motivos que levam o *Parquet* a não exercer plenamente os seus fins é uma possível insuficiência estrutural sua.

Permitir que o Ministério Público atue sozinho na proteção dos direitos individuais impedirá que outros entes, até mais preparados tecnicamente para certas demandas, possam participar do processo, ocasionando uma proteção muito mais efetiva ao direito transindividual em questão.

O fato de o *Parquet* ser o protetor, por excelência, dos interesses da sociedade o torna um legitimado natural para as demandas coletivas, mas também ele não pode ser o único, justamente para que se atinja o amplo acesso à justiça e a efetiva proteção dos direitos coletivos e difusos, não se podendo deixar de reconhecer a atuação ímpar dessa instituição nessa área, em que a maioria dos legitimados omitem-se⁴⁴.

Um considerável número de legitimados ocasiona uma “articulada, flexível e pluralística combinação de forças”⁴⁵, de modo a evitar que um determinado ente aproveite

⁴⁴ Carlos Alberto Salles tenta esclarecer essa omissão: “Por que razão as associações colegitimadas propõem poucas ações? Colocada essa questão sob as premissas anteriormente indicadas, a resposta é bastante clara: porque os custos, nos quais essas associações incorreriam, seriam muito altos. Imagine-se, por exemplo, a necessidade de um levantamento técnico para definir um dano ambiental ou um vício de qualidade de um produto. Tudo isso é muito custoso. Em minha experiência de Promotor de Justiça, quando há alguns anos trabalhei no Centro de Apoio de Defesa do Consumidor, pude perceber muito claramente o seguinte: nas custas que implicam poucos custos na propositura e instrução da ação, como, por exemplo, em casos de publicidade abusiva ou enganosa, havia a iniciativa da associação co-legitimada. No entanto, quando se tratava de situações que exigiam levantamentos técnicos-científicos, como casos envolvendo qualidade de produtos, a entidade co-legitimada deixava de propor a ação e apenas representava ao Ministério Público tomar providências. Dessa forma, percebe-se que o Ministério Público funciona, no modelo brasileiro, como uma espécie de redutor daqueles custos transacionais mencionados acima. A legitimação do Ministério Público para a defesa judicial dos interesses coletivos possibilita, assim, uma resposta de caráter imobilizante de free riding. Evidentemente, isso transfere para o Ministério Público o problema dos custos e coloca uma questão de legitimidade política bastante séria. Nesse sentido, a grande fronteira do Ministério Público hoje, se pretender continuar desempenhando essas funções, é abrir novos canais de legitimação de sua atuação. Na construção de sua legitimidade política está a necessidade de se abrir para a sociedade civil, para que ela possa participar de seus processos internos de decisão, levando ou não à propositura de uma determinada ação civil pública e ajudando a definir suas prioridades de investigação” (A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). Processo civil e interesse público. pp. 131-7. São Paulo: RT, 2003, p. 135).

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977.

para defender, exclusivamente, seus próprios interesses os quais, em muitos casos, poderão não estar coligados ao interesse da coletividade e à proteção do bem jurídico metaindividual.

Portanto, a pretensão almejada na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3.943 demonstra afronta à democracia, barrando o acesso à justiça, sendo a solução eclética de legitimados no ajuizamento da Ação Civil Pública a melhor saída, até mesmo pela vontade da Constituição Federal, que em seu art. 129, §1º, esclarece que a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, incidindo, também, o princípio da proibição do retrocesso, toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva.

5.5 Ampliação da atuação das Defensorias Públicas

Diante da demonstrada constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública no ajuizamento da Ação Civil Pública, resta também esclarecer se a referida instituição tem legitimidade ampla para atuar na defesa de qualquer direito coletivo e em favor de qualquer grupo de prejudicados ou se sua legitimidade seria restrita e estritamente condicionada à defesa de direitos coletivos dos necessitados.

Novamente deve-se esclarecer o conceito de necessitado, que deve ser entendido com a noção de vulnerabilidade do indivíduo, nos aspectos econômicos, jurídicos, sociais, técnicos ou qualquer outro que torne o assistido incapaz de sustentar uma demanda judicial sem prejuízo do seu sustento próprio.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público defende que a atuação da Defensoria Pública deve ser direcionada aos necessitados, devendo-se comprovar a insuficiência de seus recursos com a devida comprovação da carência dos mesmos. Consequentemente, a referida instituição somente poderia atuar quando individualizados ou individualizáveis os interessados, todos sendo necessitados.

Realizar o enquadramento social e econômico dos destinatários das demandas coletivas tem se mostrado tarefa das mais difíceis, já que os direitos coletivos em sentido amplo acabam atingindo não somente os necessitados.

Exemplo: a Defensoria Pública ajuíza Ação Civil Pública contra diversas instituições financeiras, no intuito de que as mesmas respeitem e adequem seus contratos de financiamento aos ditames estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse exemplo, primeiramente, a instituição estaria protegendo o interesse de seus assistidos, quais sejam: hipossuficientes que acabam sendo prejudicados e lesados com o crescimento de suas dívidas, diante da incidência da prática do anatocismo (juros sobre juros), por exemplo, sendo esta prática vedada pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁴⁶.

Contudo, ao tentarmos analisar quem seriam os beneficiados da futura decisão judicial da demanda explicitada, se esta for favorável, observaríamos que a procedência da pretensão inicial traria vantagens não somente para os necessitados, mas também para os não necessitados.

Praticamente todos, independentemente da classificação como necessitado ou não, realizam contratos e operações com as instituições financeiras, sujeitando-se aos mesmos ônus. Assim, percebe-se que tais exigências inviabilizariam a atuação da Defensoria Pública, ferindo o objetivo primordial dessa instituição e desrespeitando a nossa própria Constituição Federal, em seu art. 134, que se tornaria um dispositivo constitucional com eficácia reduzidíssima.

Destaca-se também que os necessitados os quais o art. 134 da Constituição Federal menciona não são apenas os necessitados econômicos, mas também aqueles socialmente vulneráveis. Assim, como aduz Ada Pellegrini Grinover, a interpretação do art. 134 da Constituição Federal, “que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitado abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis”⁴⁷.

Nesse sentido, não há qualquer impeditivo constitucional que dê à Defensoria Pública atribuições outras as quais vão além da assistência jurídica dos economicamente necessitados, desde que não destoem da sua missão institucional e possam, de alguma forma, atender aos objetivos que lhe foram determinados pela Constituição Federal. Defendendo essa abordagem, já manifestou-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº. 558-RJ:

A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública.

⁴⁶ STF Súmula nº 121 - 13/12/1963 - Capitalização de Juros - Convenção Expressa: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer de Ada Pellegrini Grinover: Legitimidade da Defensoria Pública em propor Ações Cíveis Públicas. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/?siteAcao=ProducaoJuridicaIntegra&id=7>>. Acesso em 25.09.2014.

Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal⁴⁸.

Outro fator favorável à ampla atuação das Defensorias Públicas no ajuizamento da Ação Civil Pública seria evitar o aumento do número de demandas individuais junto ao Judiciário, pois as ações individuais ajuizadas para resolver os problemas advindos da sociedade de massa só aumentariam, diante da imposição de limitações à atuação da referida instituição no que tange à tutela dos interesses coletivos via Ação Civil Pública.

Também, nas ações coletivas em geral, um dos seus princípios informadores é o Princípio da Adequada Representação que, segundo Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 113), trata-se de “princípio que impõe a adequada representação, só estando legitimado quem, após verificação da legitimação pelo ordenamento jurídico, apresentar as condições adequadas a desenvolver a defesa, em juízo, dos direitos tutelados”⁴⁹.

Analisando as legislações que regulam as atribuições da Defensoria Pública, mostra-se necessário explicitar o art. 4º, inciso VII, da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994:

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

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

O dispositivo retromencionado esclarece que, quanto à legitimidade da Defensoria para as ações coletivas, impõe-se a análise dos possíveis beneficiários do resultado da demanda, sendo necessário que a lide possa beneficiar grupo que inclua pessoas caracterizadas como hipossuficientes e não somente estes, podendo a decisão favorecer outros grupos de pessoas que não sejam classificados como necessitados (hipossuficientes). Inclusive, a jurisprudência do STJ, em vários julgados (AgRg no AREsp 67205/RS; AgRg no REsp 1000421/SC; AgRg no AgRg no Ag 656360/RJ), admite a legitimidade da Defensoria

⁴⁸ Apud in. SOUSA, José Augusto Garcia de. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Vol. 4. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2009.

Pública em ajuizar ações coletivas, não definindo, de maneira clara, a necessidade dos substituídos estarem caracterizados como hipossuficientes.

Portanto, é perfeitamente possível a ampla atuação da Defensoria Pública na tutela dos interesses metaindividuais, no plano da Ação Civil Pública, mesmo que essa defesa acabe tutelando direitos de pessoas não necessitadas, pois, tratando-se de direitos coletivos *lato sensu*, a tutela destes jamais se restringirá à defesa de indivíduos classificados de determinada forma, já que seus titulares são indeterminados, prevalecendo, assim, a finalidade em detrimento da forma, bastando que beneficie grupo de hipossuficientes, ainda que seja favorável também à parcela de pessoas sem tal característica (não se investiga se os beneficiários seriam apenas hipossuficientes).

Quantos aos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, para estas duas categorias, alguns tribunais pátrios têm posicionando-se de maneira mais restritiva, no sentido de que a legitimidade da Defensoria Pública deveria ser restrita às pessoas notadamente necessitadas, diante da possível determinação dos lesados⁵⁰.

Esse entendimento só vem a enfraquecer a força da tutela coletiva na proteção dos interesses da coletividade, pois pensar que os direitos coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos dão para identificar os lesados e que, por isso, a Defensoria Pública só representaria os hipossuficientes econômicos diminui a importância da entidade e do próprio processo coletivo, de forma que a melhor maneira de se concretizar o acesso à Justiça é permitir que a referida instituição seja legitimada a ajuizar o processo coletivo sempre que puder beneficiar um grupo de hipossuficientes, buscando a tutela de direitos fundamentais. Fredie Didier e Zaneti Júnior (2009, p. 212) bem explicam a questão:

Para que a Defensoria seja considerada como “legitimada adequada” para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse da coletividade composta por pessoas “necessitadas”, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação

⁵⁰ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA. HIPOSSUFICIENTES. ILEGITIMIDADE ATIVA. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2008.70.00.030789-1/PR, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, sem redução de texto, por ofensa ao art. 134 da Constituição Federal. Restou consignado que não é dado à legislação infraconstitucional estender as atribuições da Defensoria Pública para alcançar sujeitos que não sejam hipossuficientes, sob pena de violação das suas atribuições constitucionais e invasão da esfera de competência do Ministério Público, como fiscal da lei, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A teor do art. 151 do RITRF 4ª Região, as decisões da Corte Especial que declaram a inconstitucionalidade de lei vinculam os órgãos fracionários em hipóteses idênticas. No caso, a ação civil pública ajuizada na origem tutela o direito das candidatas gestantes que participam do Processo Seletivo para Ingresso no Corpo de Saúde da Marinha de se submeterem a novos Testes de Suficiência Física após a gestação, sem que haja o necessário enquadramento dos beneficiários na condição de necessitados. (TRF/4, 4ª Turma, processo nº 2008.70.00.013547-2/PR, Rel. Luis Alberto Aurvalle, j. em 22/05/2012)

coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas⁵¹.

A decisão proferida em sede de Ação Civil Pública poderá beneficiar a todos, necessitados ou não, pois qualquer indivíduo poderá usar da sentença coletiva para promover a sua liquidação e execução individual, não se podendo confundir a capacidade de conduzir o processo coletivo com a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, tendo em vista que a tutela coletiva é indivisível, já que se tutela o direito da coletividade, beneficiando-se todos os seus membros.

O direito coletivo objeto da ação proposta pela Defensoria Pública beneficia não somente os necessitados, mas os membros de toda a coletividade, pois o lesado, necessitado ou não, poderá promover, individualmente, a liquidação e execução da sentença coletiva⁵², demonstrando, assim, a ampla legitimidade da referida instituição quanto ao ajuizamento da Ação Civil Pública.

Nesse viés, a Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 11.448/07, que incluiu a Defensoria Pública em seu art. 5º, o inciso II, não condiciona a legitimidade dessa apenas quando haja interessa exclusivo de hipossuficientes.

Para que a norma possua os contornos que pretendeu dar o legislador, garantindo o acesso à justiça a todos, inclusive aos necessitados, e o Estado Democrático de Direito, é imprescindível que, quando em risco ou violado direito difuso ou coletivo que pertença, inclusive, e não somente, aos hipossuficientes, caberá a atuação da referida instituição.

Também, mesmo não havendo interesses de hipossuficientes, é possível a tutela de direito transindividual pela Defensoria Pública na Ação Civil Pública, pois esta não impõe limitativos, sendo uma hipótese de exercício de sua função atípica, como ocorre na curadoria especial e na defesa dativa em processo criminal.

Portanto, o tratamento jurídico dado à Defensoria Pública é o mesmo assegurado ao Ministério Público, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou seja, sua atuação independe de quaisquer requisitos, diferente do tratamento dado às associações, que necessitam do requisito temporal de constituição há mais de um ano e pertinência temática com o direito protegido.

⁵¹ Ob cit, p. 212

⁵² CDC - Art. 97: A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da presente monografia, vê-se que o reconhecimento da importância e do aumento da atuação da Defensoria Pública é decorrência de uma interpretação sistemática-teleológica e conforme da Constituição Federal, que lhe atribuiu a missão de servir como instrumento do direito fundamental de acesso à Justiça, indo além do mero acesso formal ao Judiciário.

A Constituição Federal não deixa dúvidas quanto à importância e essencialidade da Defensoria Pública, devendo as suas atribuições e prerrogativas serem valorizadas e interpretadas sob essa ótica, respaldando-se, também, nos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º da CF 88), que impõem um conceito material de acesso à ordem jurídica justa, superadora de qualquer reducionismo interpretativo nessa seara.

Enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dotada do estatuto de garantia fundamental institucional, a Defensoria Pública faz parte do núcleo essencial de um Estado Democrático de Direito, não podendo ser suprimida e nem ter suas atribuições diminuídas, sob pena de indefensável retrocesso no cumprimento do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Quanto à legislação infraconstitucional, a importância da referida instituição vem sendo cada vez mais reconhecida pelo legislador nacional, não havendo espaço para posturas exegéticas que não levem em conta a missão institucional da Defensoria Pública enquanto instrumento de transformação social e promoção da cidadania.

Devem ser atribuídos à Defensoria Pública todos os instrumentos necessários para a consecução da sua missão institucional, conforme apontado pela aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, incluindo aí a plena legitimidade para a propositura de ações coletivas, sendo esta uma das formas de fazer com que a referida instituição cumpra com seus fins.

Assim, a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública demonstra um louvável avanço para o sistema jurídico brasileiro, em perfeita consonância com os preceitos estabelecidos pela Carta Magna e, no caso, com o modelo institucional preconizado por ela, dando à referida instituição, sob a perspectiva de interpretação da Lei n. 11.448/07, ampliação da abrangência de sua atuação, considerando-a legítima a intentar a citada ação para tutelar direitos difusos e coletivos, não somente para atuar na defesa de direitos de grupos de hipossuficientes.

A Constituição Federal não delimita a legitimidade da Defensoria Pública à tutela individual dos necessitados. Ao contrário, revela o âmbito e objeto de sua atuação, cujos contornos constitucionais autorizam a adoção de uma postura ativa diante de direitos e interesses individuais e coletivos, amparados em uma situação legitimante à defesa desses direitos.

As recentes alterações legislativas, notadamente a Lei 11.448/2007, que incluiu a Defensoria Pública como legitimada ativa para ajuizar a Ação Civil Pública, no inciso II do art. 5º da Lei 7.347/1985 e no inciso VII do art. 4º da Lei Complementar 80/1994, muito embora representem uma evolução institucional significativa, nada mais fizeram do que ratificar aquela legitimação constitucional, já consagrada pelos tribunais e doutrina pátria.

O reconhecimento legislativo da legitimidade das Defensorias Públicas para a propositura de Ação Civil Pública é medida imprescindível à solidificação de uma postura institucional que decorre da defesa da ordem social, sendo garantidos os princípios da Solidariedade, da Justiça Social, da Inafastabilidade da Jurisdição, da garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e da Democracia Participativa (art. 1º, caput, CF).

Uma eventual limitação à legitimação da Defensoria Pública diante da proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos implica flagrante retrocesso ao serviço jurisdicional e afronta diretamente a Constituição Federal que, ante a outorga da legitimação constitucional a esta instituição, visou impulsionar o acesso qualificado dos necessitados ao Poder Judiciário, à representatividade adequada e à redução quantitativa de demandas.

Portanto, a denegação da legitimidade constitucional da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública equivaleria à denegação absoluta da justiça, sendo constitucional o art. 5º, inciso II, da Lei no. 7.347/85, alterado pela Lei nº. 11.448/07.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. Legitimidade da Defensoria Pública para Ação Civil Pública: inconstitucionalidade. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, nº. 44, p. 36 – 44. Jan/mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1127/1225>>. Acesso em: 25.mar.2014;

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. E-gov – Universidade Federal de Santa Catarina. Da Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-legitimidade-da-defensoria-p%C3%ABblica-para-a%C3%A7%C3%B5es-coletivas>>. Acesso em: 25. mar. 2014;

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/cursos/arquivosdocurso/InterpretaCfConst.doc>>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BORGES, Felipe Dezorzi. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública à Luz dos Necessitados no Plano Coletivo. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº. 46, fev. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao047/Felipe_Borges.html> Acesso em: 31 mar. 2014;

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. Lei nº 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho

de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>. Acesso em: 27.mar. 2014;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;

CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai; et alli. Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas. Revista de Processo, São Paulo, n. 163, p. 293, 2008;

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Lejus, 2000;

DIDIER JR, Fredie. CARNEIRO DA CUNHA. Leonardo José. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007;

_____. Curso de Direito Processual Civil: RECURSOS. Vol. 4. Salvador: Jus Podivm, 2007

DIDIER JR, Fredie. Organizador. Ações Constitucionais - 5ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011;

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Vol. 4. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002;

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Volume II. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004;

GALLIEZ, Paulo. A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001;

GARCIA DE SOUSA, José Augusto. EMERJ. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela dos Interesses Difusos (Uma Abordagem Positiva). Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_94.pdf>. Acesso em: 26. mar. 2014;

GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas em Estados Unidos”. In: GIDI, Antonio e MACGREGOR, Eduardo F (coord.). Processos coletivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales em una perspectiva comparada. México -DF: Editorial Porrúa, 2003.

GOMES, Nadilson Portilho Costa; ARAÚJO, Priscilla Tereza de. Ação Civil Pública: Legitimidade da Propositura pelo Ministério Público e Defensoria Pública, Singularidades. CAO CIDADANIA, Belém, PA, 2007. Disponível em: http://www.mp.pa.gov.br/caocidadania/links/areasdeatuacao/direitos/doutrina/legitimidade_mp_defensoria_acp.htm> Acesso em: 26.mar.2014;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor: O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996;

_____. Ações coletivas nos países da Civil Law. Revista de Processo, São Paulo, n. 157., p.154. 2008;

_____. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. Revista de Processo, São Paulo, n. 165, 2008;

_____. Parecer sobre a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública. Revista da Defensoria Pública, Ano 4. nº 2. p. 143-166, 2011;

LEAL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006;

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCACINI, A. T. R. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

MORAES, Guilherme Peña de. Instituições da Defensoria Pública. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série.

NERY JUNIOR, Nelson. A Defesa do Consumidor no Brasil. Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 5, n. 18, p. 218-298, abr./jun. 2004;

_____. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001;

PORTILHO GOMES, Nadilson. ARAÚJO COSTA, Priscilla Tereza de. Ação Civil Pública: legitimidade da Propositura pelo Ministério Público e Defensoria Pública, Singularidades. Ministério Público-PA. Disponível em: <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/37/ACP%20Legitimidade%20d>

%20Propositura%20pelo%20MP%20e%20Defensoria.pdf> Acesso em: 25.mar.2014;

QUEIROZ E SILVA. Jules Michelet Pereira. ADCON. Da Promoção de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública. Disponível em <<http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/DPE/DOC/DOC000000000007516.PDF>> Acesso em: 25.mar.2014;

SALLES, Carlos Alberto de (coord.). Processo civil e interesse público. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

SOUSA, José Augusto Garcia de. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In SOUSA, José Augusto Garcia de. (coord.). A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WATANABE, Kazuo, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007a.