

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AMANDA OLIARI MELOTTO

**A DEFENSORIA PÚBLICA E A PROTEÇÃO DE DIREITOS
METAINDIVIDUAIS POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

FLORIANÓPOLIS

2014

AMANDA OLIARI MELOTTO

**A DEFENSORIA PÚBLICA E A PROTEÇÃO DE DIREITOS
METAINDIVIDUAIS POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira

Coorientadora: Msc.^a Fernanda Mambrini Rudolfo

FLORIANÓPOLIS

2014

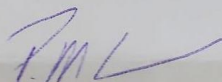
Aos meus queridos avós, Sueli e Delvino, com todo amor que houver no mundo.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

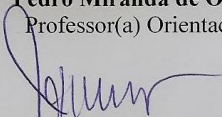
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A Defensoria Pública e a proteção de direitos metaindividuais por meio da Ação Civil Pública**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Amanda Oliari Melotto**, defendido em **02/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

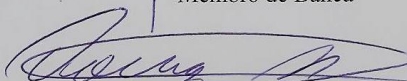
Florianópolis, 2 de Dezembro de 2014.



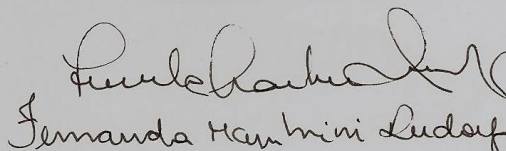
Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Glenda Rose Gonçalves Chaves
Membro de Banca



Douglas Dal Monte
Membro de Banca



Amanda Hambini Ludorf

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da legitimação conferida à Defensoria Pública para propositura de ação civil pública, bem como perquirir a extensão dos interesses e direitos metaindividuais que podem ser tutelados por intermédio desta ação coletiva, como meio de acesso à ordem jurídica justa. Tal labor concretizar-se-á com aplicação do método dedutivo monográfico, tendo por base a interpretação da Constituição e das leis de regência, as notas da doutrina e a consideração da jurisprudência. A partir da análise dos objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, dos fundamentos da tutela coletiva e da importância da ação civil pública como instrumento de efetivação de direitos metaindividuais, revela-se que o posicionamento mais adequado é a opção pelo reconhecimento da legitimidade ativa para a proteção de todas as categorias de direitos coletivos, sempre que a demanda puder beneficiar pessoas necessitadas.

Palavras chave: Acesso à justiça. Defensoria Pública. Interesses metaindividuais. Ação civil pública. Legitimidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the constitutionality of legitimacy conferred on the Public Defense Institution for filing a public civil action, as well as to assert the extent of metaindividual interests and rights that can be protected through this collective action as a means of access to fair legal order. Such work will materialize with applying the deductive method monographic, based on interpretation of the Constitution and laws of regency, the notes of the doctrine and the consideration of jurisprudence. From the analysis of objectives and institutional functions of the Public Defense Institution, the foundations of collective trusteeship and the importance of public civil action as effective instrument of metaindividual rights, reveals that the most appropriate positioning option for the recognition of the active legitimacy for the protection of all categories of collective rights, whenever the demand can benefit people in need.

Key words: Access to justice. Public Defense Institution. Metaindividual interests. Public civil action. Legitimacy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

LACP – Lei da Ação Civil Pública

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA.....	10
1.1. ACESSO À JUSTIÇA.....	10
1.1.1. Conceito e evolução histórica.....	10
1.1.2. Obstáculos ao efetivo acesso à justiça.....	12
1.1.3. As “ondas” para solução dos obstáculos à universalização do acesso à justiça...	13
1.2. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	14
1.2.1. Percurso histórico do acesso à justiça no Brasil	14
1.2.2. Defensoria Pública: a escolha constitucional.....	18
1.2.3. Emenda Constitucional 80/2014	19
1.3. DEFENSORIA PÚBLICA.....	20
1.3.1. Princípios Institucionais da Defensoria Pública	20
1.3.2. Objetivos institucionais da Defensoria Pública	22
1.3.3. Funções Institucionais da Defensoria Pública	25
2. A TUTELA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA	31
2.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS GERAIS	31
2.1.1. O fenômeno da coletivização do processo	31
2.1.2. Evolução legislativa brasileira	32
2.1.3. Nomenclatura.....	34
2.1.4. Conceito.....	36
2.2. DIREITOS METAINDIVIDUAIS COMO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	38
2.2.1. Interesses ou direitos.....	38
2.2.2. Conceito.....	38
2.2.3. Situações jurídicas heterogêneas.....	44
2.3. LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	45
2.3.1. Natureza jurídica da legitimação.....	46
2.3.2. Representatividade adequada	48
3. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO <i>CUSTUS VULNERABILIS</i> NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	49
3.1. A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	49
3.1.1. A legitimidade da Defensoria antes da Lei n. 11.448/2007	49
3.1.2. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados da Lei da Ação Civil Pública.....	51

3.1.3. Alteração da Lei Complementar 80/1994	53
3.1.4. A ação direta de inconstitucionalidade 3.943/DF	54
3.1.5. Emenda Constitucional 80/2014	57
3.2. LIMITAÇÕES À LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	57
3.2.1. O conceito tradicional de “necessitado”	58
3.2.2. Releitura do conceito de “necessitado” diante das diversas espécies de vulnerabilidades	59
3.2.3. A vinculação da legitimidade da Defensoria Pública ao interesse de pessoas necessitadas	61
3.2.4. Restrições à legitimidade da Defensoria Pública em razão da tipologia dos interesses coletivos	65
3.3. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO METAGARANTIA.....	69
3.3.1. A conformidade constitucional da legitimação da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública	69
3.3.2. A inviabilidade de limitação da legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública	71
3.3.3. Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.192.577	72
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

Com a insuficiente visão tradicional de processo civil individualista, as ações coletivas surgem como uma alternativa para garantia de acesso à justiça, possibilitando economia processual e soluções mais adequadas às demandas de massa. Neste contexto, a ação civil pública revela-se um importante instrumento à concretização da tutela de direitos coletivos.

A Defensoria Pública foi incluída formalmente no rol de legitimados da Lei da Ação Civil Pública pela Lei n. 11.448/2007. No mesmo ano da alteração legislativa, foi ajuizada, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) a ação direta de inconstitucionalidade 3.943/DF, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A Lei Complementar 132/2009, por sua vez, alterou a Lei Complementar 80/2004, definindo como uma das funções institucionais da Defensoria Pública a promoção de ação civil pública em todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Merece destaque, ainda, a Emenda Constitucional 80/2014 que altera o artigo 134 da Constituição Federal, ampliando o conceito de Defensoria Pública e definindo como incumbência fundamental, expressão e instrumento do regime democrático, a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, superando o caráter puramente individualista da instituição.

Em tal contexto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a conformidade constitucional da legitimação conferida à Defensoria Pública para propositura de ação civil pública, bem como a extensão dos direitos metaindividuais que podem ser tutelados por meio desta ação coletiva, como meio de acesso à ordem jurídica justa e garantia de implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, o questionamento para o qual se pretende buscar substratos à resolução tem como ponto central perquirir se a atuação da Defensoria Pública em ação civil pública se restringe às demandas que envolvam coletividade

comprovadamente carente ou se tal exigência impossibilitaria a efetiva proteção coletiva, esvaziando de sentido a atribuição de sua legitimidade ativa.

Como hipótese principal, tem-se que não é necessário que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas, porquanto a pertinência temática de atendimento aos cidadãos financeiramente carentes, embora missão constitucional, não caracteriza impedimento ao manejo de ações coletivas cujo resultado abranja não somente pessoas hipossuficientes. Ademais, a vulnerabilidade não se restringe a limites meramente econômicos, englobando também os hipossuficientes sociais, culturais e organizacionais.

Por outro lado, como hipóteses secundárias cogita-se que a legitimidade ativa da Defensoria Pública em ação civil pública seja limitada à proteção de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, quando comprovada a hipossuficiência, afastada a possibilidade de atuação em defesa de interesses difusos, dada a impossibilidade de individualização para avaliar se realmente são necessitados.

Não se descarta, ainda, a hipótese de inconstitucionalidade da legitimação conferida à Defensoria Pública, já que devido à exigência de comprovação individual de insuficiência de recursos, os assistidos devem ser, pelo menos, individualizáveis e identificáveis, o que impede a tutela coletiva por parte da instituição.

Para averiguação das hipóteses, será abordado, no primeiro capítulo, o conceito e as origens do direito de acesso à justiça e a consequente estruturação da assessoria jurídica no Brasil, culminando, em 1988, com a constitucionalização do modelo de Defensoria Pública. A partir da obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "Acesso à Justiça" (1988), serão analisados os obstáculos ao acesso à justiça e os movimentos pelo reconhecimento e efetivação de tal direito.

Ainda na primeira seção, serão examinados os objetivos e as funções institucionais da Defensoria Pública, notadamente aqueles que se relacionam à tutela de direitos coletivos.

No segundo capítulo, será objeto de estudo, a ação civil pública. Num primeiro momento, abordar-se-á o fenômeno de coletivização do processo, como reflexo da mudança no modelo estatal adotado e do crescimento da sociedade de consumo. Após, a análise será concentrada na ação civil pública, analisando seus fundamentos constitucionais e legais e os direitos coletivos como objeto de tutela.

Neste momento, a tipologia de direitos coletivos será exposta, bem como as discussões doutrinárias acerca da fragilidade da classificação adotada pelo código consumerista. Por fim, serão apresentados alguns conceitos elementares sobre a legitimidade na ação civil pública, necessários à compreensão do terceiro capítulo.

No terceiro capítulo, a legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública será analisada através da exposição das bases legais que fundamentam a legitimação, da discussão acerca da constitucionalidade da Lei n. 11.448/2007 e das limitações em relação à exigência de vinculação com interesses de necessitados e com base na tipologia dos direitos coletivos. Por fim, analisar-se-á o posicionamento adotado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1192577, no qual restou afastada a legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública que pleiteava a declaração de abusividade de cláusulas em plano de saúde.

O que se pretende, sobretudo, é a reflexão sobre as potencialidades da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* na ação civil pública e os reflexos práticos de sua atuação, como propulsora de transformações sociais que garantam a efetivação de direitos, especialmente às classes menos favorecidas – e mais exploradas e excluídas - da sociedade.

1. ACESSO À JUSTIÇA E DEFENSORIA PÚBLICA

1.1. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, hodiernamente, se constitui em um dos direitos mais elementares da cidadania, indispensável à consecução de todos os demais. Erigido à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, não se limita ao acesso ao Poder Judiciário.

Abordar-se-ão, nos próximos tópicos, alguns aspectos conceituais sobre o acesso à justiça e sua evolução histórica, tendo por base, principalmente, a obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988).

1.1.1. Conceito e evolução histórica

Na introdução da obra intitulada “Acesso à Justiça”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já alertavam para dificuldade em se definir o conceito de acesso à justiça. Esclarecem, no entanto, que a expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, entendido como o meio pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios perante o Estado. A primeira finalidade do sistema jurídico é ser realmente acessível a todos, enquanto que a segunda é que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Os autores destacam que o conceito de acesso à justiça evoluiu historicamente, acompanhando a evolução dos próprios modelos de Estado. Assim, nos estados liberais dos séculos XVII e XIX, adotantes de uma filosofia essencialmente individualista, o direito de acesso à justiça era entendido como o direito formal do indivíduo ao Poder Judiciário, através da propositura ou contestação de uma ação. O Estado se abstinha de qualquer iniciativa, assumindo uma postura passiva, limitando-se a garantir a inafastabilidade da jurisdição.

Com as reformas promovidas pelo *welfare state*, o direito de acesso à justiça ganha maior relevo, à medida que se passou a exigir uma atuação positiva do

Estado, mesmo sem qualquer provocação, para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos e as condições de efetivo acesso à justiça.

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 5) elucidam que:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Hodiernamente, o acesso à justiça não compreende apenas o acesso formal ao Poder Judiciário. Para além da garantia de acesso a todas as pessoas, indistintamente, individual ou coletivamente, o acesso à justiça só atinge seu objetivo quando da efetiva entrega do bem jurídico a quem de direito, dentro de um procedimento que siga o devido processo legal e com duração razoável, que possibilite em tempo hábil a sua fruição.

Não se trata, portanto, de apenas possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal disponível, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, que conforme Kazuo Watanabe (1988, p. 128) se configura em:

1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

O acesso deve ser a uma ordem jurídica justa que precede ao próprio Poder Judiciário, considerando que este não pode ser visto como única alternativa de solução de conflitos. Assim, estão compreendidos também os mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Outrossim, o acesso à justiça na concepção moderna inclui ainda a prevenção desses conflitos e a conscientização dos direitos, possibilitando a emancipação jurídico-social, através da educação em direitos.

No plano constitucional brasileiro, o direito de acesso à justiça foi erigido ao *status* de norma constitucional e consagrado como direito fundamental pelo artigo

5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Em que pese o importante significado de posituação constitucional, a simples inclusão no rol de direitos fundamentais, por um lado, é apenas um registro de uma decorrência lógica do próprio Estado desenhado pelo Constituinte (artigos 1º e 3º, em especial) e, por outro, não garante sua efetividade, em virtude de vários obstáculos que serão objeto de análise no próximo tópico.

1.1.2. Obstáculos ao efetivo acesso à justiça

Após os estudos realizados no Projeto Florença¹, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) apontaram alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à justiça, que, infelizmente, ainda representam empecilhos na atualidade. Classificaram os obstáculos em três grupos de causas: as custas judiciais, a possibilidade das partes e os problemas relacionados aos direitos difusos².

Quanto ao obstáculo das custas judiciais, o acesso à justiça é limitado pelo aspecto financeiro, na medida em que a incerteza do provimento judicial transforma as custas judiciais e os honorários advocatícios em investimentos de alto risco. Soma-se a isso o fator tempo, que sujeita os litigantes aos efeitos da inflação ou os obriga a aceitar acordos com valores mais baixos devido à longa duração do processo.

O obstáculo da possibilidade das partes relaciona-se à desigualdade entre os litigantes, por motivos de ordem financeira, onde uma parte tem mais facilidade em arcar com os custos da demanda e de ordem social e cultural, representada pela aptidão ao reconhecimento do direito e do meio para assegurá-lo.

Percebe-se, na prática, relação direta entre os aspectos financeiros e culturais que excluem parcela significativa da população do acesso à justiça, verificando-se que quanto mais baixo é o estrato social, maior é a probabilidade de que desconheça seu direito. E, mesmo quando têm consciência de seus direitos, os

¹ Trata-se de estudo desenvolvido na década de 1960, no qual foram levantados dados acerca dos sistemas judiciais de vinte e três países. Os relatórios elaborados após a coleta dos dados embasaram a obra "Acesso à Justiça", ora analisada.

² Sabe-se que a moderna doutrina distingue os direitos difusos dos direitos coletivos, estabelecendo os primeiros como espécies do segundo, conforme será demonstrado no segundo capítulo. Na obra objeto de análise, no entanto, os autores adotam a expressão "difuso", motivo por que, neste capítulo, as expressões serão utilizadas como sinônimas.

socialmente desfavorecidos hesitam mais em procurar a solução dos conflitos, por insegurança e temor de represálias (SANTOS, 1986, p. 21).

Por fim, a problemática dos direitos difusos é apontada como um dos obstáculos ao efetivo acesso à justiça, especialmente em virtude da ilegitimidade de propositura de ação pelo cidadão comum ou pela falta de interesse em fazê-lo, considerando-se o pequeno retorno financeiro a ser obtido pela demanda. Ademais, há a dificuldade de organização da sociedade para propositura de ações que visam assegurar direitos difusos.

1.1.3. As “ondas” para solução dos obstáculos à universalização do acesso à justiça

Após identificar os três obstáculos mais frequentes ao acesso à justiça, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) destacaram três movimentos básicos adotados pelos países do Ocidente para superar tais desafios. Essas posições foram chamadas de “ondas renovatórias” e iniciaram por volta de 1965, seguindo uma ordem relativamente cronológica.

A primeira onda caracteriza-se pela prestação de assistência judiciária aos excluídos social e financeiramente. A segunda relaciona-se à proteção dos direitos difusos, em especial à promoção de representação jurídica adequada à tutela. Por fim, a última onda renovatória é chamada pelos autores de “enfoque de acesso à justiça”, que além de incluir as duas primeiras técnicas, tem como objetivo a procura por novos elementos estruturais que eliminem as antigas barreiras e prestigiem os meios alternativos e extrajudiciais de resolução de conflitos.

Percebe-se que cada uma das ondas renovatórias corresponde, mais fortemente, a cada um dos obstáculos indicados. Assim, a prestação de assistência judiciária tem como objetivo a superação dos entraves econômicos. Já a representação dos direitos difusos visa a contornar o obstáculo organizacional, a partir da verificação de que a pretensão poderia extrapolar o mero interesse das partes individualmente envolvidas. E o enfoque no acesso à justiça tem como objetivo a desconstrução dos próprios obstáculos.

Os movimentos pela concretização do acesso à justiça em muito se relacionam com a Defensoria Pública. Isso, porque a instituição nasce com o

objetivo inicial de garantir a assistência judicial e também jurídica, de forma a contemplar a primeira onda. Ocorre que a Defensoria Pública passou por importantes mudanças que consolidaram o perfil não individualista da instituição, exprimindo a preocupação com a tutela dos direitos coletivos, em correspondência à segunda onda.

Por fim, a Defensoria Pública também tem funções institucionais que se relacionam à terceira onda, como a prioridade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos e a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. Tais práticas em muito contribuem para o processo de desconstrução dos tradicionais obstáculos de acesso à justiça.

1.2. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Antes de iniciar o breve relato histórico do acesso à justiça no Brasil, é importante que se faça uma distinção entre assistência judiciária e assistência jurídica. Enquanto a primeira se limita à resolução das demandas de hipossuficientes a partir de atuação judicial, a assistência jurídica é mais ampla, abrangendo, além da assistência judicial, a orientação extrajudicial e a prestação de outros serviços ligados à garantia de acesso à justiça.

É preciso ressaltar que, durante muito tempo, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional brasileiras preocuparam-se apenas com a previsão de assistência judicial, o que se revelou insuficiente, embora demonstrasse certa consideração com a garantia de igualdade àqueles que não dispusessem de recursos para custear uma demanda judicial.

1.2.1. Percurso histórico do acesso à justiça no Brasil

Tratar-se-á da questão histórica da assistência jurídica no Brasil a partir da pesquisa realizada por Peter Messitte (1968) e dos textos constitucionais que explicitamente dispuseram sobre o assunto, não deixando de mencionar as mais relevantes normas infraconstitucionais sobre o assunto.

Como exemplos, podemos mencionar as Ordenações Filipinas, sancionadas em 1595 e em vigor no Brasil a partir de 1603. O documento foi o

primeiro no País a mencionar a questão da gratuidade da justiça, prevendo a isenção de custas para impetração do “agravo” e para os presos pobres que fossem condenados.

Em 1870, o presidente do Instituto Nacional dos Advogados Brasileiros, José Tomás Nabuco de Araújo, preocupado com a questão da igualdade perante a lei no processo judicial, incitou a entidade a assumir o papel de prestar assistência judicial aos necessitados. Em 1882, o Instituto voltaria a discutir o tema, solicitando a nomeação de advogados para defender réus na realização de júris (MESSITE, 1968, p. 131).

Em que pese o esforço do Instituto, a iniciativa não foi suficiente para garantir o acesso à justiça aos necessitados de maneira efetiva. Com a experiência, começava a se tornar claro que a implementação de uma assistência judiciária eficiente e duradoura não poderia depender unicamente da caridade de alguns nobres advogados, sendo necessária a elaboração de uma legislação específica, que sistematizasse o tema. (ESTEVEZ, ROGER, 2014, p. 3).

Outro marco legislativo de especial relevo é o Decreto n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, que estruturou assistência judiciária o Distrito Federal (na época, o Rio de Janeiro), estabelecendo as regras para promover o “patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade” (artigo 1º).

O conceito de pobreza era definido pela “impossibilidade de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção da família” (artigo 2º). Tal conceito é bastante similar ao adotado pela Lei n. 1.060/50 que atualmente estabelece as formas e os critérios para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

O Decreto n. 2.457 também definia a assistência judiciária como a “prestação de todos os serviços necessários para a defesa de seus direitos em Juízo, independentemente de sellos, taxa judiciaria, custas e despesas de qualquer natureza” (artigo 4º), que era prestada por comissões. Assim, era garantido o patrocínio de um advogado, apontado pela comissão, após a avaliação de pobreza do requerente do benefício (artigos. 15 a 27).

Importante ressaltar que o advogado não era remunerado pelo Estado e era, por óbvio, proibido de cobrar honorários do assistido, tendo direito apenas à

remuneração decorrente dos honorários sucumbenciais (art. 38). A recusa sem justa causa à prestação do serviço implicava na cominação de multa e na determinação de suspensão do exercício da profissão de oito a trinta dias (art. 28).

Não desconhecendo a importância do referido Decreto, que criou o primeiro modelo legalmente organizado de prestação de assistência judiciária aos necessitados e estabeleceu as primeiras linhas delimitadoras da gratuidade da justiça, percebe-se que o modelo criado era incipiente, posto que o Estado se limitava a criar uma obrigação aos advogados na prestação do serviço de assistência judiciária.

Por outro lado, é preciso reconhecer que as disposições do referido decreto apresentavam características de vanguarda, sendo notória sua influência na legislação que ainda hoje vigora no Brasil, mormente no que tange aos critérios de concessão da gratuidade de justiça. Ademais, há avanços na possibilidade de obtenção de assistência judiciária pelo autor e pelo réu e na garantia de assistência por um advogado em processos cíveis e criminais. Tanto é verdade que as regras contidas no Decreto n. 2.457/1897 orientaram a criação do Livro I, Título VII, Capítulo II do Código de Processo Civil de 1939 e a edição da Lei n. 1.060/1950.

Após a instalação do serviço de assistência judiciária no Distrito Federal, outros Estados brasileiros começaram a também adotar o modelo, dadas as perceptíveis vantagens da implantação de um serviço criado especialmente para este fim.

Paralelamente, a assistência era prestada por advogados particulares, prática que se fortaleceu após a criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1930, tendo em vista que o dever dos advogados de assumir o patrocínio gratuito das pessoas pobres em juízo deixa de ter caráter meramente moral e assume natureza jurídica, cuja violação poderia gerar penalidades (MESSITE, 1968, p. 135).

O poder público, portanto, reconhecia implicitamente a existência de um direito subjetivo do cidadão à assistência judiciária, mas não assumia o ônus de assegurá-lo. Com feições tipicamente liberais, o Estado brasileiro adotava uma postura ausenteísta em relação à assistência judicial, limitando-se a atribuir tal encargo à classe dos advogados.

Conquanto houvesse avanços, a assistência – ainda apenas judiciária – era estruturalmente rudimentar até a Constituição de 1934, visto que cada Estado regulamentava o serviço de uma forma diferente. Assim, em alguns lugares a

isenção concedida pela legislação não abrangia todas as custas e taxas. Acrescenta-se o fato de que muitos advogados nem sempre cumpriam o dever moral de patrocínio gratuito dos litigantes pobres, especialmente quando se viam sobrecarregados de trabalho, tendo que atender seus clientes particulares e paralelamente aceitar as nomeações para atuarem como advogados dativos, por determinação dos juízes. (MESSITTE, 1968, p. 410).

Mudança significativa ocorre com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a primeira a reconhecer a assistência judiciária como direito fundamental, cujo artigo 113, inciso 32, prescrevia que “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos”.

Nota-se que a Constituição de 1934, promulgada sob marcante influência da Constituição de Weimar, trazia valores que demonstravam a transição de um modelo liberal para a adoção de um paradigma de Estado Social que se difundia na Europa. Tal contexto mostra-se essencial para o aprimoramento da garantia de assistência judiciária como forma de efetivação dos direitos sociais que emergiam no cenário da época.

Em análise das discussões sobre o tema durante a constituinte, Daniel Chiaretti (2013, p. 195) explica que:

[...] notamos que havia o reconhecimento, por alguns membros, de que a assistência prestada pela Ordem dos Advogados era deficiente (uma “fantasia”, segundo o constituinte baiano Pacheco de Oliveira) e que era necessária a criação de um órgão estatal que assumisse a assistência judiciária. Durante as discussões, houve a intenção de atribuir a assistência ao Ministério Público ou a um órgão análogo existente na Justiça Militar, o que mostra que já havia, na época, o reconhecimento de que uma estrutura estatal seria mais eficiente na prestação da assistência judiciária gratuita. Contudo, a Constituição não entrou em tal minúcia e o texto aprovado mencionava apenas a necessidade de existência de um “órgão especial” para a prestação do serviço.

A Constituição de 1937 silenciou sobre a assistência judicial, sendo regulamentada pela legislação infraconstitucional, com destaque para Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Penal de 1941, que disciplinaram, respectivamente, os institutos da “justiça gratuita” e a figura do “advogado dativo”.

A Constituição de 1946 voltou a tratar do tema, dispondo o artigo 141, § 35 que “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Mais uma vez, o texto constitucional não estabeleceu

um órgão especial, o que reforçou a já estabelecida autonomia dos Estados no modo de condução dos seus serviços de assistência judiciária.

Imperioso destacar a Lei n. 1.060/50 que, embora sem grandes inovações, vez que muito semelhante ao Decreto n. 2.457, regulamentou a assistência judiciária, uniformizando o tema em âmbito nacional. Foi através de tal instrumento legislativo que a primeira onda inovatória do acesso à justiça ganhou consistência no Brasil. (CHIARETTI, 2013, p. 192).

As Constituições de 1967 e de 1969 continuaram mencionando expressamente a assistência judiciária, embora com uma sutil mudança na redação do texto, limitando-se a estabelecer que seria concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei, sem dizer se tal serviço seria prestado pelo poder público ou por advogados particulares.

1.2.2. Defensoria Pública: a escolha constitucional

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a assistência jurídica como direito fundamental e autoaplicável, vez que o artigo 5º, inciso LXXIV, prescreve que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Percebe-se que, no texto constitucional, há a substituição da expressão assistência judiciária por assistência jurídica, o que representa uma ampliação do direito, englobando agora não apenas a assistência legal para a representação em juízo.

Mais do que isso, a assistência jurídica garantida pela atual Constituição expressa o direito de acompanhamento extrajudicial, o que inclui a elaboração de contratos, a consultoria jurídica e formas mais eficazes de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Isso sem ignorar a importância da educação em direitos, seja como forma de emancipação jurídico-social a partir da conscientização dos direitos e dos meios para assegurá-los, seja como forma de prevenção de conflitos e de demandas judiciais. Tudo isso se traduz em ampliação das condições de acesso à justiça.

Em relação à assistência jurídica, a Constituição Federal de 1988 previu de maneira expressa qual seria a entidade responsável pela orientação jurídica e

defesa dos necessitados, consolidando a Defensoria Pública como “instituição essencial a função jurisdicional do Estado” (artigo 134, Constituição Federal).

Pela primeira vez, o texto constitucional deixa claro o modelo a ser adotado em todo o território brasileiro, o que representa um grande avanço em relação às constituições anteriores, que indicavam que a regulamentação da forma de prestação do serviço de assistência judicial seria infraconstitucional.

A Lei Complementar n. 80 de 1994, a ser abordada com mais profundidade no próximo tópico, regulamentou a Defensoria Pública a nível nacional, prevendo sua forma de organização interna, suas funções e seus princípios institucionais.

A Lei Complementar n. 132 de 2009 trouxe importantes alterações à Lei Complementar n. 80 de 1994, especialmente no que tange à ampliação do rol de atribuições, consolidando um perfil institucional não individualista e a inserção de mecanismos de participação social, como a previsão de ouvidorias externas.

Sobre o tema, leciona José Augusto Garcia de Sousa (2011) que

Coube especialmente a dois diplomas legais sacramentar a mudança de perfil da Defensoria Pública, rumo ao solidarismo. Em primeiro lugar, cronologicamente, veio a Lei 11.448/07, que deu à Defensoria, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Dois anos depois, tivemos a Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou inúmeras disposições da Lei Complementar 80/94, a lei orgânica da instituição. Mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a Lei Complementar 132/09 significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria.

Ademais, a Lei Complementar n. 132/2009, ampliou o conceito legal de Defensoria Pública³ e inclui o artigo 3º-A, com a positivação dos objetivos institucionais, que serão abordados em tópico próprio.

1.2.3. Emenda Constitucional 80/2014

A emenda constitucional 80/2014, derivada da “PEC das Comarcas”, “PEC das Defensorias” ou “PEC Defensoria para Todos”, alterou o “Capítulo IV –

³ O artigo 1º da Lei Complementar 80/1994 que conceituava a Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei” passou a vigorar com a seguinte redação: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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”.

“Das Funções Essenciais à Justiça” - do Título IV – “Da Organização dos Poderes” - e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, fixando o prazo de 08 (oito) anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal se organizem para poder contar com Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais.

A primeira alteração no Capítulo IV que merece destaque é a criação de uma seção exclusiva para a Defensoria Pública, separada da previsão constitucional da Advocacia Pública, sistematização que se demonstra mais adequada, diante das diferenças entre as duas funções essenciais à justiça.

Além disso, foram inseridas no plano constitucional duas importantes alterações realizadas por meio da Lei Complementar n. 132/2009, quais sejam, a ampliação do conceito de Defensoria Pública, passando a redação do artigo 134 da Constituição Federal a ter a mesma redação do artigo 1º da supramencionada lei, e a inclusão do rol dos objetivos da instituição.

1.3. DEFENSORIA PÚBLICA

Esclarecida a decisão constitucional de se criar uma instituição que permita a assessoria jurídica integral - a Defensoria Pública – passa-se a realizar uma breve análise de seus princípios, objetivos e funções institucionais, notadamente, daquelas relacionadas à tutela de direitos coletivos.

1.3.1. Princípios Institucionais da Defensoria Pública

O parágrafo quarto do artigo 134 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 80/2014, prevê que são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da unidade indica que a Defensoria Pública deve ser compreendida como instituição única, sendo que seus membros compõem um todo unitário. Assim, os atos praticados pelo Defensor Público no exercício de suas funções devem ser atribuídos não ao agente, mas à própria Defensoria Pública a qual integra.

Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2014, p. 303) fazem importante ressalva quanto à necessidade de observância do pacto federativo quando do estudo do princípio da unidade

Importante observar que, sob o prisma orgânico, a unidade somente existe no âmbito de cada Defensoria Pública, já que compõem estruturas organizacionais distintas e encontram-se sob chefia institucional diversa. Não é correto, portanto, falar em unidade orgânica entre Defensoria Pública Estadual e a Defensoria Pública da União, nem entre a Defensoria Pública de um Estado e a de outro. Essa consequência jurídica decorre do próprio sistema federativo, cuja forma de estruturação inspira a divisão de atribuições e a existência de autonomia entre as Defensorias Públicas.

Dessa forma, não há qualquer vinculação administrativa, hierárquica ou financeira entre as Defensorias Públicas, no âmbito federal ou estadual.

Outro princípio institucional é a indivisibilidade, segundo o qual a Defensoria Pública, por consistir em um todo orgânico, não está sujeita a rupturas e fracionamentos.

Neste sentido, assevera Nelson Nery Costa (2010, p. 43/44)

O princípio da indivisibilidade significa que os atos dos Defensores Públicos fazem parte de um todo que não pode ser dividido, pois implica uma atuação uníssona e inquebrável da Defensoria Pública como instituição. Não se podem dividir seus atos, sob pena de perda da substância.

A indivisibilidade, portanto, está ligada à necessária continuidade na prestação da assistência jurídica e permite que os membros da Defensoria Pública substituam uns aos outros indiferentemente, sem que haja solução de continuidade do serviço ou vinculação de opiniões entre substituto e substituído.

Por fim, o princípio da independência funcional garante a autonomia no desempenho das funções institucionais, de modo a evitar quaisquer pressões, ingerências ou atitudes que venham a prejudicar a adequada prestação da assistência jurídica ao necessitado.

A independência funcional protege a consciência profissional do Defensor Público contra interferências externas, oriundas de órgãos da administração pública, poderes do Estado ou mesmo de setores mais privilegiados da sociedade e também contra influências internas, advindas da própria administração superior da Defensoria Pública.

A independência funcional em relação às ingerências externas é imprescindível, também em razão de, não raras as vezes, o Defensor Público ajuizar

ações contra o Estado, aqui entendido em sentido amplo, abrangendo qualquer pessoa jurídica de Direito Público.

Igualmente importante revela-se a independência funcional em relação a qualquer poder hierárquico interno das Defensorias Públicas, não estando o membro vinculado às orientações expedidas pela chefia institucional, quando extrapolem as questões meramente administrativas.

Sobre o assunto, leciona Guilherme Peña de Moraes (1999, p. 175)

Princípio institucional maior, a independência funcional traduz-se na incoerência de subordinação hierárquica – ou seja, no desempenho de suas funções, os defensores públicos não estão adstritos, em qualquer hipótese, ao comando de quem quer que seja. Cabe acentuar que esse atributo é qualificado como ilimitado, pois os membros da Defensoria Pública, para exercício de suas atribuições, não se encontram sujeitos, sequer, às recomendações dos órgãos de administração superior da Instituição, pautando suas condutas somente pela lei e por sua convicção.

De tal modo, em que pese a atribuição conferida à chefia institucional da Defensoria Pública para proferir ordens e diretrizes, tais comandos devem ser restritos às questões administrativas. No ponto, cabe salientar que tais normas deverão ser observadas pelos Defensores Públicos, visto que a independência funcional não exclui a hierarquia administrativa, havendo, no plano administrativo, sujeição hierárquica do Defensor em relação à chefia ou órgão de direção superior da instituição.

Importante destacar que a independência funcional encontra limites na legalidade e deve observar a finalidade institucional da Defensoria Pública, orientando a atuação do Defensor Público no sentido de garantir a defesa dos hipossuficientes.

1.3.2. Objetivos institucionais da Defensoria Pública

O artigo 3º-A da Lei Complementar n. 80 de 1994, após as inovações da Lei Complementar n. 132 de 2009, arrola como objetivos institucionais da Defensoria Pública: a) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; b) a afirmação do Estado Democrático de Direito; c) a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e d) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Na época de elaboração da referida lei, que incluiu os objetivos da Defensoria Pública, a redação do artigo 134 da Constituição Federal de 1988 ainda não havia sido modificado pela Emenda Constitucional 80 de 2014 e estabelecia apenas a Defensoria Pública como “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”.

A redação mais sucinta do texto constitucional dava margem a diferentes interpretações dos objetivos e funções da instituição responsável pela assessoria jurídica dos necessitados. Sobre o assunto, José Augusto Garcia de Sousa (2011) comenta que

Da leitura do texto constitucional, percebe-se claramente que foi deixada uma larga margem de manobra, não só ao legislador mas também ao interprete, para construção do perfil institucional mais adequado aos reclamos do solo e do tempo. Com efeito, a "Defensoria Pública constitucional" está assentada em cláusulas generosamente abertas, como "essencial", "necessitados", assistência jurídica "integral" e "insuficiência de recursos". Qua1 o real alcance da essencialidade da instituição ou da assistência integral que deve prestar? De que necessitados e de que insuficiência de recursos se cogita? Só os carentes sob o prisma econômico podem ser atendidos? E quando carentes econômicos estiverem de braços dados, em alguma relação incindível, com pessoas não carentes? E se a proteção direta de uma pessoa abastada aproveitar reflexamente a um pobre? Todas essas questões, e muitas outras, não encontram no texto constitucional uma resposta pétre e definitiva, muito pelo contrário. Nitidez maior só existe quanto ao norte básico da Defensoria: o acesso substancial a justiça prometido pelo Estado brasileiro.

Percebe-se, portanto, a necessidade de se estabelecer no plano infraconstitucional delimitações dos objetivos a serem seguidos pela Defensoria Pública. Mesmo hoje, com a redação atual do artigo 134 da Constituição Federal, a existência de objetivos positivados é de suma importância se compreendidos como direções a serem seguidas a cada atuação institucional.

Ademais, o conteúdo dos objetivos é aberto e irresoluto, apresentando, por conseguinte, ampla volubilidade e mutabilidade, sendo capazes de assumir novos significados a medida que incorporam os valores jurídicos e sociais advindos do processo evolutivo.

Trataremos agora, de forma resumida, dos objetivos da Defensoria Pública, que visivelmente são também objetivos comuns à consecução dos fundamentos, objetivos e direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Maior.

De acordo com o artigo 3º-A, I, da Lei Complementar 80 de 1994, constitui objetivo da Defensoria Pública “a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais”.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e representa a base para todos os demais direitos constitucionalmente consagrados, sejam de natureza individual, política ou social. Tal princípio é, sobretudo, o epicentro dos valores da ordem constitucional vigente.

Neste sentido, fundamental que a atuação da Defensoria Pública seja pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, por meios judiciais ou extrajudiciais a efetivação de direitos necessários à vida digna. Além disso, cabe também à instituição o incentivo e a fiscalização de políticas públicas destinadas à promoção de direitos, em especial, à população mais carente.

Ademais, a Defensoria Pública deve ter como objetivo a redução das desigualdades sociais, o que se concretiza a partir de uma assistência jurídica que inclua os grupos frequentemente excluídos tanto da atuação do Estado no sentido de efetivar os direitos constitucionalmente consagrados, quanto da prestação jurisdicional, em virtude das barreiras econômicas e organizacionais anteriormente abordadas.

A Defensoria Pública cumpre papel importante no sentido de dar voz aos setores mais vulneráveis da sociedade, pela conscientização, reconhecimento e efetivação de direitos que costumam lhes ser renegados. A partir da existência de uma instituição estatal criada especialmente para a prestação da assessoria jurídica aos mais necessitados, crescente é a incorporação de direitos, o que reflete na gradativa redução das desigualdades sociais.

O segundo objetivo da Defensoria Pública consagrado no artigo 3º-A da Lei Complementar n. 80/1994 é a “afirmação do Estado Democrático de Direito” e decorre da própria previsão constitucional da Defensoria Pública, enquanto instituição capaz de assegurar o acesso à ordem jurídica justa à população mais vulnerável, contribuindo para efetivação de direitos fundamentais, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para realização da justiça social (ESTEVES, ROGER, 2014, p. 321).

A “prevalência dos direitos humanos” constitui o terceiro objetivo e evidentemente pauta a atuação institucional em todos os aspectos. Assim, não

apenas no exercício da defesa, mas também da postulação, individual e coletiva, da prevenção e mediação de conflitos e da educação em direitos. Toda atuação da Defensoria Pública deve primar pela efetivação dos direitos humanos.

Por fim, o último objetivo é a “garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. A ampla defesa é entendida como a soma da autodefesa e da defesa técnica, enquanto o contraditório se relaciona à participação da parte no processo, o que se traduz no direito de ciência e atuação em todos os atos processuais.

Em todo e qualquer processo, judicial ou administrativo, deve haver a ampla defesa e o contraditório, conforme previsão do artigo 5º, LV da Constituição Federal. Certo é, porém, que tal objetivo ganha especial relevo quando da defesa criminal, garantindo aos réus a possibilidade de ampla defesa e de contraditório com qualidade, atuando, sobretudo, como elemento de equilíbrio do status social do processo.

1.3.3. Funções Institucionais da Defensoria Pública

A Lei Complementar n. 80/1994 prevê, no artigo 4º⁴, as funções institucionais da Defensoria Pública. Importante observar que tal rol não é exaustivo,

⁴ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; 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; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de

mas tão somente exemplificativo, vez que diversas legislações, tais como as Constituições Estaduais e as Leis Complementares Estaduais poderão acrescentar outras funções, apontando novas atribuições, desde que compatíveis com a finalidade de sua atuação.

A Lei Complementar n. 132, de 2009, importante alteração legislativa, conforme já abordado anteriormente, ampliou as funções institucionais da Defensoria Pública, reforçando as atribuições coletivas da instituição. Como por exemplo, pode-se citar o acréscimo da função de promoção da ação civil pública e todas as demais espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 4º, VII).

As atribuições de caráter coletivo restaram estendidas não só no âmbito judicial, mas também no extrajudicial, como se evidencia pelo acréscimo, por exemplo, da autorização legal para realizar a convocação de audiências públicas (artigo 4º, XXII) e para participar dos conselhos de direitos (artigo 4º, XX).

Sobre o tema, José Augusto Garcia de Souza (2011) esclarece que

O novo perfil ditado pela LC 132/09 vai ao encontro, insista-se, das exigências do entorno. Como poderia a Defensoria Pública continuar restrita à defesa de direitos subjetivos individuais se o sistema processual já tomou caminho diverso? Deveria porventura seguir na contramão do sistema? Consistindo a instituição em relevante instrumento de acesso à justiça, essa teimosa contramão não teria, seguramente, qualquer legitimidade constitucional.

outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; XIX – atuar nos Juizados Especiais; XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

A alteração reflete, portanto, a mudança no perfil da instituição, que, sem negar a importante atuação na defesa individual dos necessitados, positiva uma visão coletiva, em adequação à dimensão valorativa constitucional que privilegia demandas coletivas e à tentativa de concretização da segunda onda de acesso à justiça, anteriormente abordada.

Sobre as funções institucionais, merecem destaque aquelas relacionadas à tutela extrajudicial, seja de forma individual ou coletiva, diante da sobrecarga de demanda existente no Poder Judiciário. A resolução extrajudicial de conflitos mostra-se mais rápida e muitas vezes mais adequada à necessidade das partes. No entanto, com frequência, deixa de ser utilizada por desconhecimento dos interessados ou por falta de interesse dos advogados (ESTEVES, ROGER, 2014, p. 335-337)

Neste sentido, a Defensoria Pública exerce importante papel, visto que Defensor está autorizado a realizar mediação, conciliação, arbitragem e demais formas de composição e administração de conflitos, e o instrumento de resultante referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com pessoa jurídica de direito público (artigo 4º, §4º, da Lei Complementar n. 80, de 1994).

Outra função que merece destaque é “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (artigo 3º-A, III, da Lei Complementar n. 80, de 1994), tendo em vista que a informação é primordial ao acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

A educação em direitos objetiva a garantia de aquisição dos conhecimentos, habilidades e valores necessários para que o indivíduo possa conhecer e reivindicar seus próprios direitos (ALVES, 2011, p. 213). Assim, a conscientização sobre direitos e os métodos para efetivá-los tem como objetivo também a transformação social, através da intervenção cultural na realidade das classes menos favorecidas, num processo de emancipação jurídico-social.

1.3.3.1. Funções institucionais típicas e atípicas

A doutrina pátria costuma tradicionalmente dividir as funções institucionais da Defensoria Pública em típicas e atípicas, sendo que as primeiras se relacionam

com a defesa dos hipossuficientes e as atípicas são aquelas que não possuem relação com a condição do assistido, ou seja, “aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública, independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição” (MORAES, 1995, p. 24).

O critério para tal distinção seria a condição de hipossuficiência do assistido. É preciso se ter em mente que tal critério leva em consideração a hipossuficiência apenas no aspecto econômico, posto que interpreta o termo “necessitados” do artigo 134 da Constituição Federal como apenas aqueles com “insuficiência de recursos” (artigo 5º, LXXXIV da CF).

A partir de tal interpretação literal, as funções típicas da Defensoria Pública seriam apenas aquelas relacionadas à tutela dos direitos dos hipossuficientes econômicos, sem levar em conta as vulnerabilidades de natureza jurídica ou organizacional.

Dentro desta classificação tradicional, as funções atípicas da Defensoria Pública seriam aquelas que não se relacionam com a condição econômica dos destinatários, sendo realizadas pela instituição independente da verificação de hipossuficiência dos destinatários.

Como exemplo de atuação atípica da Defensoria Pública, podemos citar a defesa do réu sem advogado na seara criminal ou a função de curadoria no âmbito cível.

Embora conhecida e utilizada atualmente, a distinção tradicional entre funções típicas e atípicas tendo por base o critério da hipossuficiência econômica vem sendo substituída por outra, mais adequada ao princípio do solidarismo jurídico e da coletivização dos processos.

Isso, porque o termo “necessitados” do artigo 134 da Constituição Federal deve ser interpretado de modo a compreender toda a amplitude do fenômeno da carência, englobando suas diversas concepções, como a social, cultural e a organizacional, que serão tratadas com mais profundidade no terceiro capítulo deste trabalho.

Ademais, diante das alterações legislativas que consagram o perfil não individualista Defensoria Pública, como a Lei n. 11.448/2007, que reconhece a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública e a Lei Complementar n. 132/2009, a tradicional classificação das funções demonstra-se cada vez mais insuficiente.

1.3.3.2. Funções institucionais tradicionais e não tradicionais

Para que se compreenda a moderna classificação das funções institucionais da, é preciso entender que a solidariedade é um dos valores mais importantes na sociedade contemporânea, representando, em nível civilizatório, a concretização do ideal de fraternidade.

A solidariedade, portanto, perpassa pela construção de uma sociedade fraterna, ambientada na democracia substantiva e como “desafio insurgente de nosso tempo, que tem no direito um instrumento de institucionalização da vida social”. (ABREU, 2011, p. 258).

Assim, a partir da perspectiva do solidarismo jurídico, bem como da exigência de uma compreensão mais ampla do fenômeno da carência para garantia do direito de acesso à justiça, as funções institucionais tidas tradicionalmente como atípicas foram privilegiadas, em detrimento das concebidas como típicas.

Por conseguinte, à medida que a própria identificação subjetiva do autor de uma demanda perde a antiga importância, diante da lógica processual coletiva, baseada no solidarismo jurídico, ao mesmo tempo em que o fenômeno da carência financeira revela-se cada vez mais abrangente e desconectado dos aspectos puramente econômicos, o questionamento acerca da situação econômica individual da parte torna-se irrelevante (SOUSA, 2011).

Assim, a antiga classificação em funções típicas e atípicas da Defensoria Pública perde sentido, ao menos na terminologia, porquanto as funções atribuídas à Defensoria Pública que não se relacionam ao aspecto econômico não são excepcionais. Pelo contrário, no perfil não individualista que se espera de uma Defensoria Pública constitucional, as funções institucionais até então tidas como atípicas devem ser prioritárias.

Por tal motivo, José Augusto Garcia de Sousa propõe outra classificação das funções institucionais, dividindo-as em “funções tradicionais” (ou “tendencialmente individualistas”) e “funções não tradicionais” (ou “tendencialmente solidaristas”).

No primeiro grupo, estariam inseridas as funções ligadas à atividade básica da Defensoria Pública, relacionada à carência econômica do indivíduo. No ponto, o autor faz ressalva à importância de equiparação entre a carência econômica e a carência jurídica da Lei n.1.060, de 1950.

Já no segundo, estariam as demais funções institucionais que decorrem do solidarismo jurídico, tais como: a) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, v. g., em uma ação civil pública relativa a direitos difusos; b) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada; c) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de uma pessoa com deficiência; e d) atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento, como a defesa do réu sem advogado na área criminal e a curadoria especial na área cível. (SOUSA, 2011).

Levando-se em conta a moderna classificação das funções institucionais da Defensoria Pública, seriam atípicas apenas aquelas desligadas do papel postulatório, como a participação da Defensoria em um conselho destinado à formulação de políticas públicas.

2. A TUTELA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASPECTOS GERAIS

Antes de iniciar este capítulo, importante que se deixe claro que o objetivo pretendido não é esgotar o tema relacionado à ação civil pública, já que não seria possível analisar de forma adequada questões importantes, como a cumulação de pedidos, a sentença e os recursos cabíveis, sem prejuízo da questão central deste trabalho.

Assim, para que não se deixem de lado institutos ou discussões jurídicas de relevo, a abordagem será limitada aos aspectos relacionados à legitimidade da Defensoria Pública e aos demais conceitos importantes para a construção da tese pretendida.

2.1.1. O fenômeno da coletivização do processo

O direito processual civil da contemporaneidade teve seus fundamentos teóricos demarcados sob a vigência da ideologia liberal, motivo por que se consagra refletindo valores tipicamente individualistas, tutelando a lesão ou ameaça de lesão apenas na esfera singular de cada indivíduo.

Nesta fase da evolução processual, os conflitos coletivos não eram sequer identificados juridicamente para que houvesse a possibilidade de tutela. Ademais, os direitos transindividuais, embora cada vez mais potencializados no meio social, ficavam alheios à tutela jurisdicional, diante da falta de instrumentos processuais hábeis à resolução de demandas de natureza coletiva.

Com as transformações sociais determinadas, especialmente, pelo modelo industrializado de produção, que emerge a partir da segunda metade do século XVIII e culmina em relações padronizadas, surge a chamada sociedade de massa. E para uma sociedade de massa, há de existir, igualmente, um processo de massa (MILARÉ, 1990, p.3).

Acrescenta-se à massificação da sociedade o reconhecimento dos direitos metaindividuais, como resultado da postura ativa exigida do Estado a partir do declínio da concepção liberal. Desta forma, o paradigma de tutela jurisdicional

individual vai se revelando cada vez mais insuficiente, obrigando a sua reformulação.

Neste contexto, a tutela coletiva de direitos revela-se necessária e inafastável, como instrumento apto a garantir, judicial ou extrajudicialmente, a efetivação dos direitos transindividuais.

Sobre o assunto, Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p. 6) comenta que

O limiar do terceiro milênio exhibe uma sociedade massificada, competitiva, espalhada por um mundo globalizado, o que acarreta alterações profundas no tripé do Direito Processual – ação, jurisdição e processo – e, de outro lado, vai tornando defasadas antigas concepções ligadas a outro tempo, que se diria de um processo civil romântico, simbolizado no clássico embate entre Tício e Caio, podendo, no máximo, estender-se a alguns Tícios em face de alguns Caios, nas figuras litisconsorciais.

Percebe-se que a evolução dos institutos processuais no sentido de instrumentalizar a tutela coletiva decorre da necessidade de acompanhar as transformações do Estado e dos próprios direitos tutelados. O processo, como instrumento que é, foi adaptado à nova realidade social e dos conflitos que pretende solucionar.

Portanto, essa visão de direito processual coletivo surge com a fase instrumentalista do direito processual, na qual o processo é concebido como um instrumento-meio de realização de justiça por intermédio dos escopos da jurisdição (DINAMARCO, 2001).

O fenômeno da coletivização dos processos objetiva ainda a superação de um dos obstáculos de acesso à justiça apontados por Cappelletti e Garth (1988), relacionado à representação dos direitos difusos, hoje entendidos como coletivos, conforme abordado no capítulo anterior. Isso, porque permite a ampliação do acesso a inúmeras pessoas lesadas, que dificilmente recorreriam de forma individual ao Poder Judiciário.

Ademais, a coletivização dos processos contribui para o acesso à justiça na medida em que prestigia a economia processual, evitando a proliferação de demandas individuais com objetos semelhantes, substituídas por uma única ação coletiva.

2.1.2. Evolução legislativa brasileira

O Código Civil de 1916 previa, no artigo 76, que “Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Parágrafo único:

o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”

Isso reflete de maneira clara os valores individualistas e patrimonialistas adotados para elaboração da codificação e que prevaleceram no Código de Processo Civil de 1939.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, moldado também para resolução de conflitos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Logo, como regra, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (artigo 6º, do CPC).

Não havia originariamente instrumentos aptos à tutela coletiva de direitos individuais ou mesmo de direitos de dimensão metaindividual. O que mais se aproximava de uma tutela coletiva era a previsão de litisconsórcio ativo entre os sujeitos interessados. Mesmo assim, há regras de limitação quanto ao número de litisconsortes para não comprometer a “rápida solução do litígio” (artigo 46, parágrafo único, do CPC).

Apesar da previsão legal da Ação Popular (Lei n. 4717/65), foi a Lei n. 7347/85, a Lei da Ação Civil Pública, criada sob a influência indireta do regime jurídico das *class actions* do Direito Norte Americano⁵, que assentou as bases da coletivização dos processos.

Neste sentido, Teori Albino Zavascki (2008, p. 35) comenta que

Essa lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais do que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

⁵ A doutrina costuma apontar duas fontes principais para o surgimento das ações coletivas. A primeira delas é o antecedente romano da ação popular em defesa do interesse público, entendido como os bens públicos. Aos cidadãos era conferida legitimidade ativa à propositura da demanda. Grande parte dos autores, no entanto, indica como a origem dos instrumentos para a tutela coletiva de direitos a experiência inglesa, na qual se admitia, desde o século XVII, o *bill of peace*. Pelo modelo adotado, dispensava-se a participação no processo de todos os sujeitos interessados, permitindo a existência de representantes. Da antiga experiência das cortes inglesas se originou a *class action*, aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, notadamente a partir de 1938, com a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure e de sua reforma em 1966. Neste sentido: CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2002.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, são positivados os direitos de natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (artigo 225), à manutenção do patrimônio cultural (artigo 216), à preservação da moralidade administrativa (artigo 37, § 4º) e à proteção ao consumidor (artigo 5º, XXXII). Os direitos coletivos foram reconhecidos como direitos e garantias fundamentais, possibilitando a sua proteção por meio dos remédios constitucionais.

A Carta Magna também conferiu *status* constitucional para a ação civil pública (artigo 129, inciso III), trouxe o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX) e a legitimação coletiva geral (artigo 5º, inciso XXI e artigo 8, inciso III), bem como ampliou o campo de atuação da ação popular (artigo 5, inciso LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), evidenciando a preocupação com a tutela coletiva.

Outro marco importante na evolução legislativa brasileira na consolidação da tutela coletiva foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8078 de 1990. Entre outras novidades, o código consumerista disciplinou o procedimento para a defesa conjunta de direitos individuais homogêneos (artigo 91, CDC).

Impende salientar que o Código de Defesa do Consumidor prevê ainda normas de integração com a Lei da Ação Civil Pública (como o artigo 90 do CDC), o que possibilita a estruturação de um microssistema de processo coletivo brasileiro.

2.1.3. Nomenclatura

Consta no preâmbulo da Lei n. 7.347/85 que tal legislação “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”.

O *nomen juris* utilizado para designar tal ação é objeto de discussões doutrinárias no sentido de se delimitar o que seria uma ação qualificada como “civil pública”. Isso porque, ação civil é toda ação que não é penal, o que não auxilia na delimitação da qualificação, senão por exclusão. Ademais, todas as ações judiciais são, em essência, públicas.

A legitimidade, da forma como estabelecida pela Lei n. 7.347/85, permite que entidades privadas sejam aptas à propositura da ação civil pública, de modo que tal critério também não é capaz de explicar o *nomen juris* adotado.

Necessário então, para compreensão do que define a ação em análise como “pública” atentar ao seu objeto, qual seja, a proteção de interesses metaindividuais, como aqueles relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos consumidores, à ordem econômica e à urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (artigo 1º da LACP).

A ação civil pública também tem como objeto a defesa dos direitos e interesses assegurados aos consumidores (artigo 83 do CDC), das pessoas com deficiência (Lei n. 7.853/89 e 10.098/00), dos investidores em mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89), dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes (Lei n. 8.069/90), da ordem econômica e da economia popular (Lei n. 8.884/94), das pessoas idosas (Lei 8.842/94 e 10.741/03) e das mulheres (Lei n. 11.340/06).

Cabe ressaltar que, em que pese o critério objetivo, os interesses tutelados por meio de ação civil pública não são, tecnicamente, públicos. Isso, porque o conflito não ocorre entre os legitimados e o Estado (embora possa ocorrer de alguma autoridade pública figurar no polo passivo), mas entre interesses metaindividuais pertencentes a sujeitos absoluta ou relativamente indeterminados (MANCUSO, 2014, p. 23).

A respeito desse aspecto terminológico, conclui-se que a ação civil pública se destina a tutela de interesses metaindividuais, de início os difusos e os coletivos em sentido estrito (artigo 1º da LACP), aos quais na sequência se agregam os individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, III c/c artigos 83 e 117, todos do CDC).

Por fim, a ação não se caracteriza como “pública” em virtude dos legitimados a propô-la, porquanto estão inseridas instituições de direito privado. É entendida como “pública” porque seu objeto abrange interesses metaindividuais que, embora não se caracterizem tecnicamente como públicos, relacionam-se a sujeitos indeterminados que não teriam acesso à justiça por outros meios.

2.1.4. Conceito

A primeira norma a utilizar a expressão ação civil pública foi a Lei Complementar Federal n. 40/81, cujo artigo 3º atribuía ao Ministério Público a função de promovê-la na forma da lei.

O objeto a ser tutelado pela ação civil pública permaneceu desconhecido até 1985, quando do advento da Lei n. 7.347/85, motivo por que a doutrina conceituava – inadequadamente - a ação civil pública como o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar a jurisdição na esfera cível, em clara contraposição à ação penal pública,

Com entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, a insuficiência do conceito até então adotado foi evidenciada, diante da ampliação do rol de legitimados à propositura da ação, incluindo, além do Ministério Público, outras instituições públicas e privadas.

Neste sentido, esclarece Edis Milaré (1988, p. 33) que

Até há pouco, entendíamos que quando se falava em ação civil pública se queria em verdade referir ao problema de legitimação, e não ao do direito substancial discutido em juízo. Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma parte pública – o Ministério Público. Agora, porém, com a edição da Lei 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas paraestatais e às associações que especifica (art. 5º da Lei), novo posicionamento se impõe diante da questão. Podemos assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar a ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional.

Assim, pode-se conceituar a ação civil pública como sendo: a) ação não penal; b) ação proposta por um dos legitimados do artigo 5º da Lei n. 7.347/85; e c) que tenha por objeto a tutela de interesses metaindividuais.

Por conseguinte, toda ação que tiver por autor um dos legitimados do artigo 5º da LACP e por objeto a tutela de interesses difusos ou coletivos, é uma ação civil pública, independentemente do nome atribuído pela Constituição Federal ou pela legislação infraconstitucional (SOUZA, 2008, p. 28-29).

Desta forma, a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, a, da Constituição Federal, quando proposta por legitimados do artigo 5º da LACP, é também uma ação civil pública, na medida em que tutela a ordem jurídica, direito de natureza difusa. O mesmo ocorre em relação ao dissídio coletivo proposto

pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 746 da CLT, à guisa de exemplo.

2.1.4.1. Ação civil pública e ação coletiva

Importante para a compreensão do assunto abordado que se esclareça aqui a distinção entre ação civil pública e ação coletiva, embora sejam reconhecidas por boa parte da doutrina como sinônimas e tal diferenciação tenha reflexos mais teóricos do que práticos.

A Lei n. 7.347/85 usou a expressão “ação civil pública” para se referir à ação para tutela de interesses transindividuais. Já o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da defesa em juízo dos interesses individuais homogêneos, adotou a expressão “ação coletiva”.

Em verdade, a ação civil pública nada mais é do que espécie de ação coletiva. Neste sentido, Motauri Ciocchetti de Souza (2008, p. 29-30) esclarece que

A ação coletiva é a medida judicial proposta pelas pessoas arroladas no artigo 5º da LACP, por sindicatos, associações de classe, cidadãos e por outros legitimados nas esferas constitucional e legal, com o escopo de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A ação coletiva compreende portanto, entre outras além da ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos, disciplinada pelos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Hugo Nigro Mazzilli (2014, p. 74) acrescenta que

Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o próprio Ministério Público, ou qualquer outro colegitimado; será ação coletiva qualquer ação fundada no artigo 81 e s. do CDC, que ver-se a defesa de direitos transindividuais.

Em que pese haja diferenças nos ritos das ações coletivas (exemplo do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade e na ação civil pública), a distinção entre a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública é, na verdade, de cunho terminológico, tendo em vista que o rito e as medidas cabíveis em ambas são idênticos. Além disso, o CDC faz remissão

expressa à LACP, que foi alterada por dispositivos do CDC, demonstrando sintonia entre os dois diplomas.

2.2. DIREITOS METAINDIVIDUAIS COMO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.2.1. Interesses ou direitos

Antes de iniciar a abordagem sobre os direitos metaindividuais, é necessário ressaltar discussão doutrinária existente em relação à adoção da expressão “interesses” ou “direitos”. Na legislação brasileira, utilizam-se indistintamente os institutos ou mesmo de forma conjunta, sem grande rigor técnico.

No entanto, cabe fazer a distinção teórica entre interesse e direito visando a demonstrar com maior precisão os institutos. O primeiro traduz a ideia de vontade e possui um campo de atuação ilimitado, na medida em que cada indivíduo possui seus próprios interesses. Já o direito é a incorporação do interesse ao sistema jurídico, através de uma opção legislativa que indica qual dos interesses existentes merece resguardo da ordem jurídica.

O interesse, portanto, precede à existência do direito, refletindo anseios dos indivíduos, enquanto o direito decorre de um processo de escolha legislativa e política a respeito das quais interesses merecem ser juridicamente tutelados.

Em que pese a necessária exposição da discussão doutrinária existente, não há substancial diferença prática entre ambos, já que os interesses metaindividuais foram constitucionalmente garantidos, assumindo *status* de direitos.

Neste sentido, Kazuo Watanabe (2006, p. 623) comenta que

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Assim, este trabalho utilizará indistintamente as expressões, como tem feito a legislação brasileira.

2.2.2. Conceito

A ação civil pública tem por objeto a tutela dos interesses metaindividuais, também chamados de coletivos *lato sensu* ou transindividuais, caracterizados pela

indeterminação dos titulares e pela indivisibilidade do objeto, como ocorre, por exemplo, nos interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação.

Dentro da conhecida classificação das gerações de direitos fundamentais⁶, os direitos metaindividuais encontram-se na terceira dimensão, porquanto pertencem a todo o gênero humano. São, portanto, direitos fundamentados no princípio da solidariedade universal.

Os direitos de terceira dimensão se consolidam com a gradativa superação da lógica puramente individualista, processo no qual foi fundamental a participação dos movimentos sociais que eclodiram nas décadas de 50 e 60, em especial os movimentos ecológicos.

Ademais, são direitos que surgem da necessidade de atender às demandas de uma sociedade marcada pela globalização, onde os comportamentos são padronizados pelos métodos de produção e capitalização, pela mídia e pelo consumo, refletindo em relações jurídicas massificadas e comuns a toda coletividade.

Cumprе salientar ainda que os direitos metaindividuais não são públicos ou privados, situando-se em uma categoria intermediária entre ambos. Assim, não visam ao bem geral nem ao interesse particular, mas a categorias de pessoas que possuem algo em comum (CAVALIERI FILHO, 2011, p.368).

O Código de Defesa do Consumidor divide os interesses e direitos coletivos em três categorias: difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos (artigo 81, CDC).

Divergindo da classificação adotada pela legislação consumerista, Teori Albino Zavascki (2008, p. 39) afirma que:

“Direito coletivo” é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. [...] Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais.

⁶ Também conhecida como gerações de direitos fundamentais, na qual a) os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos civis e políticos; b) os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais; e c) os direitos de terceira dimensão materializam poderes de titularidade coletiva. Há autores que defendem ainda a existência de direitos fundamentais de quarta geração e quinta geração. (Neste sentido: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563). Ademais, cumpre salientar que optou-se pela denominação “dimensões”, porquanto a doutrina atual considera mais adequada, por expressar melhor a ideia de coexistência e não de superação das “gerações” anteriores. (Neste sentido: Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2001. p. 49-50).

Não por outro motivo, o autor faz conhecida distinção entre a tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, onde haveria, na primeira hipótese, a proteção aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*, enquanto que na segunda hipótese, a proteção se destinaria aos direitos individuais homogêneos.

Em que pese a discussão doutrinária, abordar-se-á no próximo tópico as espécies de direitos coletivos de acordo com a classificação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.2.2.1. Direitos difusos

Consideram-se direitos difusos, consoante o inciso I do artigo 81 do CDC, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Assim, são exemplos de direitos difusos a proteção do meio-ambiente, a preservação da moralidade administrativa e a coerção da publicidade enganosa.

O primeiro ponto que merece destaque em relação aos direitos difusos é a indivisibilidade do interesse tutelado, de modo que apenas tem serventia na coletividade.

Outro aspecto que diferencia os direitos difusos é que seus titulares são indetermináveis, na medida em que é impossível delimitar o número exato de pessoas afetadas, potencial ou concretamente por certo fato. A indeterminabilidade dos sujeitos significa, portanto, a impossibilidade de quantificá-los e qualificá-los (SOUZA, 2008, p. 5).

Ademais, os titulares do interesse difuso estão ligados entre si apenas por uma relação fática, não se exigindo nenhuma condição jurídica própria para que sejam considerados enquanto grupo. Por tal motivo, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes*, ou seja, atingirá a todos de maneira igual (artigo 103, I, CDC).

Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, cumpre destacar que a sentença de improcedência por falta de provas não impede a propositura de nova ação com idêntico fundamento por qualquer legitimado, valendo-se de nova prova.

2.2.2.2. Direitos coletivos *stricto sensu*

O inciso II do artigo 81 do CDC define os direitos ou interesses coletivos como “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”.

Importante ressaltar que os direitos coletivos aos quais se refere o supramencionado inciso são os direitos coletivos *stricto sensu*, espécie do gênero dos direitos coletivos ou coletivos *lato sensu*. A observação se faz necessária na medida em que os direitos coletivos *lato sensu* são sinônimos de direitos de dimensão metaindividual, que abrange as espécies ora abordadas.

De qualquer sorte, a legislação consumerista utiliza a expressão “coletivos” para designar tanto o gênero quanto a espécie, o que será feito também ao longo deste trabalho.

Dito isso, nota-se, pela redação do artigo, que os direitos coletivos *stricto sensu*, assim como os de natureza difusa, são indivisíveis. Por tal motivo, ambos são considerados direitos coletivos essencialmente coletivos, enquanto que os individuais homogêneos são entendidos como acidentalmente coletivos.

José Carlos Barbosa Moreira (1984), primeiro a introduzir a expressão individuais homogêneos, tratava dos “litígios essencialmente coletivos” e “litígios acidentalmente coletivos”, lembrando que o processo está recebendo o impacto da “propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e por que não, processo de massa?” (MOREIRA, 1989, p. 363).

Sobre a tradicional classificação, Teori Albino Zavascki (2008, p. 55-56) ressalta que

Também a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, a “roupagem” de direito coletivo e, como tal, podem ser classificadas como “acidentalmente coletivos” ou, ainda, como “subespécie dos interesses coletivos”, deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente não de um enfoque material do direito, mas sim de um ponto de vista estritamente processual. O “coletivo”, conseqüentemente, diz respeito apenas à “roupagem”, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.

Apesar da semelhança em relação à indivisibilidade do objeto, o que os diferencia é a possibilidade de determinação dos sujeitos, que formam uma unidade (grupo, categoria ou classe). Isso, porque a lesão atinge, ainda que de maneira indivisível, apenas uma categoria, classe ou grupo de pessoas, como ocorre, por exemplo, em relação aos empregados de uma fábrica ou aos condôminos de um edifício.

Por essa razão, a coisa julgada em ações coletivas que versem sobre interesses coletivos *stricto sensu* será *ultra partes*, consoante previsão do artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, os efeitos da sentença se estendem para além das partes, mas se limitam ao grupo, categoria ou classe.

Outra diferença em relação aos direitos difusos consiste na relação que une os titulares, porquanto aqui se exige a existência de uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão.

2.2.2.3. Direitos individuais homogêneos:

Por fim, em relação aos direitos individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor os define apenas como aqueles “decorrentes de origem comum” (artigo 81, parágrafo único, II, CDC).

O legislador consumerista mostrou grande singeleza ao definir os interesses individuais homogêneos, apontando somente uma de suas características. De qualquer sorte, a doutrina costuma definir os interesses individuais homogêneos como aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de interesses divisíveis, ligadas por vínculo fático (SOUZA, 2008, p. 11).

Abordado no tópico anterior, os interesses individuais homogêneos são considerados como acidentalmente coletivos, dado que sua coletivização não deriva de sua essência, senão de ficção jurídica adequada a proporcionar proteção às lesões ou ameaças decorrentes da massificação e padronização das relações.

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 325) leciona que

Se se quiser, não haverá mal em dizer que, enquanto os "difusos" e os "coletivos em sentido estrito" *devem* merecer tutela processual coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) já os "individuais homogêneos" *podem sê-lo* ou *convém*, que mereçam tutela desse gênero. Com efeito, nos dois primeiros tipos, é sua *essência coletiva* que não comporta tratamento processual "atomizado", ao passo que em

relação ao terceiro tipo é a *uniformidade das posições jurídicas*, (embora individuais de *per si*), que recomenda a trato processual coletivo, até porque, de outro modo, o conflito se pulverizada em multifárias ações individuais, pondo-se na "contramão" do atual estágio evolutivo do processo civil brasileiro, em que se está desestimulando o emprego do litisconsórcio muito numeroso, dito "multitudinário" ou "monstrum".

Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2012, p. 83) afirmam que

[...] a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

De qualquer sorte, independente da riquíssima discussão doutrinária, fato é que o regramento legal conferido aos direitos individuais homogêneos os consolida como espécie de direito coletivo, possibilitando sua tutela por meio de ações de natureza coletiva.

Percebe-se ainda que os interesses individuais homogêneos e os difusos possuem um traço comum, porquanto decorrem de uma situação fática, vez que o vínculo que une os titulares é originado da própria lesão ou ameaça de lesão. No entanto, os primeiros diferem-se pela possibilidade de determinação dos sujeitos.

No ponto, importante ressaltar que a possibilidade de determinação individual dos sujeitos interessados (mais comumente, os lesados) não altera a possibilidade e a pertinência da ação coletiva. Isso, porque é evidente a vantagem de tratamento uno das pretensões em conjunto para a obtenção de um provimento genérico, em detrimento do tratamento fragmentarizado nas ações individuais (DIDIER, ZANETI, 2012, p. 79).

Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a eficácia *erga omnes* da sentença das ações coletivas que versarem sobre interesses individuais homogêneos (artigo 103, III, CDC). Assim, embora os interesses individuais homogêneos possam ser tutelados por meio de ação individual movida por cada um dos titulares, de forma isolada ou litisconsorcial, a ação coletiva mostra-se mais adequada, em atenção à economia processual e à segurança jurídica.

2.2.3. Situações jurídicas heterogêneas

Teori Albino Zavascki (2008, p. 44) alerta que nem sempre os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos se manifestam de modo claro na realidade, havendo “situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato”.

Um dos exemplos fornecidos pelo autor é a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, IV, CDC), que antes de sua veiculação teria natureza de direito difuso, visto que ainda não possui titulares determinados, cabendo a tutela preventiva.

Por outro lado, após a veiculação, o dano correspondente se concretiza em detrimento de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória de direitos individuais homogêneos das vítimas da mensagem transmitida.

E o autor vai além, afirmando que, se a veiculação da propaganda enganosa persistir, viabiliza-se a busca de tutela jurisdicional tanto para fazê-la cessar, em relação a pessoas indeterminadas que ainda possam ser atingidas pela propaganda, quanto para reparar os direitos das pessoas já vitimadas. Neste caso, há uma hipótese cumulação entre interesses difusos (tutela inibitória e repressiva) e individuais homogêneos (tutela reparatória).

A existência de situações jurídicas heterogêneas também se reflete na jurisprudência.

Veja-se:

STJ. ADMINISTRATIVO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — INTERDEPENDÊNCIA CAUSAL — POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO SIMULTÂNEA A MAIS DE UMA ESPÉCIE DE INTERESSE COLETIVO — DIREITOS DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS — RELEVANTE INTERESSE SOCIAL — LEGITIMIDADE.

1. Conforme se observa no acórdão recorrido, o caso dos autos ultrapassa a órbita dos direitos patrimoniais da população diretamente afetada e atinge interesses metaindividuais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado a uma vida saudável. 2. É um erro acreditar que uma mesma situação fática não possa resultar em violação a interesses difusos, coletivos e individuais simultaneamente. A separação, ou melhor, a categorização dos interesses coletivos lato sensu em três espécies diferentes é apenas metodológica. 3. N mundo fenomenológico as relações causais estão tão intimamente ligadas que um único fato pode gerar consequências de diversas ordens, de modo que é possível que dele advenham interesses múltiplos. É o caso, por exemplo, de um acidente ecológico que resulta em danos difusos ao meio ambiente, à saúde pública e, ao mesmo tempo, em danos individuais homogêneos aos moradores da região. 4. Ademais, ainda que o caso presente tratasse unicamente de

direitos individuais homogêneos disponíveis, isso não afasta a relevância social dos interesses em jogo, o que é bastante para que se autorize o manejo de ação civil pública pelo agravado. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1154747/SP. Agravo Regimental No Recurso Especial 2009/0196749-9. Relator Ministro Humberto Martins. T2 — Segunda Turma. Em 06/04/2010. Publicação DJ 16/04/2010)

Evidente, por conseguinte, que a classificação abordada nos tópicos anteriores é metodológica, devendo a análise do caso concreto possibilitar a melhor forma de tutela ao interesse, independentemente da categoria jurídica adotada.

2.3. LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dispõe o artigo 5º da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 11.448/07, que são legitimados ativos à propositura da ação civil pública: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; 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.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, acrescenta ao rol dos legitimados, “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” (artigo 82, III, CDC).

Em que pese a ressalva no final do dispositivo legal, tais legitimados poderão, desde que autorizados pela lei ou pela autoridade administrativa competente, ajuizar ação civil pública não só em matéria de defesa do consumidor, mas também destinadas à tutela de outros direitos transindividuais, em virtude das normas de integração entre o CDC e a LACP⁷ (MAZZILLI, 2014, p. 338).

⁷ Como exemplos de normas integradoras entre os dois diplomas, pode-se citar o artigo 21 da LACP: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” e o artigo 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Retomando a análise do rol de legitimados, percebe-se que estes não coincidem - nem seria possível que coincidissem - com os titulares dos interesses tutelados, diferente do que ocorre, ordinariamente, nos processos individuais.

Sobre o tema, Rodolfo de Camargo Mancuso (2014, p. 117) esclarece que

Esse esquema, porém, não comporta um traslado perfeito para o campo da legitimação para agir nas ações “coletivas”, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei 7.347/85. E isso porque, simplesmente, aí não se vai encontrar o “titular”, o “dono” do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua “partição” ou “fracionamento” (a chamada “indivisibilidade do objeto”) e, de outro lado, por conta da impossibilidade de sua atribuição a certos “titulares” (a chamada “indeterminação dos sujeitos”).

Cediço que a legitimação no processo civil tradicional, estruturado para solução de conflitos de interesses individuais, é ordinária quando a lei atribui poder de agir (legitimidade) ao titular do direito (interesse). Assim, quando, por algum motivo, os binômios processuais interesse/legitimidade não coincidem, diz-se que a legitimidade é extraordinária.

Realidade diversa é observada nas ações coletivas, onde a legitimidade não pode ser conferida ao titular do interesse coletivo, porquanto inexistente a possibilidade de sua identificação, na medida em que o direito metaindividual pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo.

Destarte, a legitimidade nas ações coletivas, em especial na ação civil pública, ganha contornos diferenciados, dada sua complexidade, o que enseja inúmeras discussões doutrinárias, mormente no que tange à natureza jurídica do instituto, o que será abordado no próximo tópico.

2.3.1. Natureza jurídica da legitimação

O posicionamento mais comum da doutrina brasileira é no sentido de identificar a legitimidade nas ações coletivas como extraordinária, havendo a substituição processual da coletividade.

Neste sentido, Teori Albino Zavascki (2008, p. 77) afirma que

Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (=sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em

regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum de processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.

No entanto, há autores, a exemplo de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 1885) que, apoiados na teoria alemã do “direito de condução do processo”, entendem que a legitimação prevista pela LACP não se confunde com as tradicionais do artigo 6º do CPC, havendo legitimação “autônoma para a condução do processo”. E comentam que

A dicotomia clássica da legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo o direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. [...] A legitimidade para a defesa de direitos difusos ou coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo.

Nesta perspectiva, a legitimação seria independente do direito material pleiteado, restrita à propositura da ação. No mesmo sentido, Antonio Gidi (1995, p. 41) também adota a tese da legitimação autônoma ao “desunir a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo”.

Pedro Lenza (2007, p. 193), propondo uma releitura do instituto clássico da legitimação extraordinária, e analisando-o sob a ótica coletivista, aduz que a regra para a tutela jurisdicional coletiva na sociedade de massa deve ser a legitimação extraordinária *sui generis*, entendendo que

[...] a legitimação para a tutela coletiva é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva: a) extraordinária, já que haverá sempre substituição da coletividade; b) autônoma, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada; c) exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; d) concorrente em relação aos representantes adequados, em si, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e e) disjuntiva, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo.

Por fim, importante observar que, consoante previsão do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, a tutela dos direitos individuais homogêneos é de natureza extraordinária, nos moldes previstos pelo artigo 6º do Código de Processo Civil. Isso porque, sendo divisíveis os interesses e determináveis os titulares, há substituição processual dos lesados.

2.3.2. Representatividade adequada

Outro aspecto importante acerca da legitimidade nas ações coletivas diz respeito à representatividade adequada. Antonio Gidi (2002, p.10) comenta que a proposta original para a LACP, o chamado projeto Bierrenbach, previa que o juiz deveria avaliar a adequação do representante no caso concreto.

Tal instituto, com inspiração no sistema norte-americano das *class actions*, as partes representam a classe, cabendo ao órgão julgador controlar a sua conformidade.

No entanto, a proposta original não entrou em vigor, restando abandonada a ideia de deixar a critério do juiz a verificação da representatividade adequada. Optou o legislador pátrio por indicar expressamente na lei quais seriam os legitimados ativos.

Neste sentido, comenta Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 709-710)

A representatividade adequada, importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas, é, portanto, exclusivamente fixada na base dos mencionados critérios legais, enquanto o projeto Bierrenbach havia preferido combinar critérios próprios das *class actions* e da *civil law*, confiando ao juiz, caso a caso, o exame discricionário da adequação e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pré-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na devida consideração. Todavia, é de se lembrar que a lei prevê em qualquer caso a intervenção do MP, ainda que como custos legis, com o que se atenuam ao menos em parte os riscos de falta de “representatividade adequada”.

Destarte, conclui-se que, ao contrário do sistema norte-americano, onde o magistrado sempre avalia se o demandante é adequado à representação da categoria, no sistema brasileiro, o controle se realiza de maneira prévia pela lei, havendo a presunção de que todos os legitimados previstos pela LACP são representantes adequados da coletividade.

Abordar-se-á no próximo capítulo a legitimidade ativa de um dos legitimados pela LACP, a Defensoria Pública, analisando sua constitucionalidade e os limites para sua atuação.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTUS VULNERABILIS* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O rol do artigo 5º da Lei n. 7.347, de 1985, inclui a Defensoria Pública como legitimada à propositura da ação civil pública. Em que pese a previsão legal, a legitimidade da instituição é objeto de inúmeras discussões doutrinárias, inclusive a respeito de sua constitucionalidade.

Acrescenta-se a isso, o questionamento a respeito da extensão dos direitos metaindividuais que podem ser tutelados pela Defensoria Pública por meio de ação civil pública.

Desta forma, este capítulo tem por objetivo a exposição do arcabouço constitucional e legislativo que sustenta a legitimidade da Defensoria Pública e o estudo de eventuais limites à atuação institucional.

3.1. A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme abordado no primeiro capítulo, a Defensoria Pública, como instituição autônoma destinada à assistência jurídica aos necessitados, foi prevista constitucionalmente apenas na Carta Magna de 1988.

À época, a LACP já estava em vigor e fazia parte de uma série de alterações legislativas que evidenciavam a preocupação com a tutela coletiva de direitos. Compreensíveis, portanto, as dificuldades em se enquadrar a atuação da Defensoria Pública, reformulada constitucionalmente, à ação civil pública já existente.

Ressalte-se, contudo, que, em que pese a recente previsão constitucional da Defensoria Pública, sua história iniciou e se consolidou muito antes, como exposto no primeiro capítulo. Assim, faz-se necessária a adequação dos instrumentos de tutela já existentes e jamais a exclusão da instituição sob tal argumento.

3.1.1. A legitimidade da Defensoria antes da Lei n. 11.448/2007

A Lei n. 11.448, de 2007, alterou a LACP para incluir, dentre outros, a Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública. Ocorre

que mesmo antes da alteração legislativa já se reconhecia, ainda que de maneira limitada, tal possibilidade de legitimação, à vista da permissão dada pelo artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Consoante o dispositivo legal, são legitimadas, para a propositura de ação com o objetivo de proteger direitos e interesses coletivos, “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”.

Logo, a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública dependia da previsão expressa de um órgão da Defensoria Pública para atuar na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUDECON) foi o precursor destas ações, tendo sua legitimidade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 555111 RJ⁸.

Desta forma, percebe-se que mesmo antes da previsão legal da legitimidade da Defensoria Pública, permitia-se a propositura da ação civil pública através, especialmente, de construção jurisprudencial e em decorrência de sua função constitucionalmente atribuída de proteção aos direitos dos necessitados.

Impende salientar, no entanto, que a legitimidade era extremamente restrita, sendo o reconhecimento pelos tribunais não uniforme. Prova disso é que o

⁸PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido

próprio NUDECON teve, meses antes do julgamento acima colacionado, sua legitimidade negada pelo STJ, no Recurso Especial 734176 RJ⁹.

Sobre a ausência de previsão legal para a legitimação da Defensoria Pública, José Augusto Garcia de Sousa (2008, p. 240) comenta que

É de se notar, demais, que o silêncio legislativo quanto à legitimidade da Defensoria Pública reproduzia sutilmente, no campo específico da legitimação processual, o secular desprezo que devotamos às classes sociais desfavorecidas. Logo a instituição voltada especificamente para os necessitados não tinha a legitimidade, ao mesmo tempo que esta era fornecida generosamente, para entidades as mais diversas

Percebe-se assim, a necessidade de positivação expressa da legitimidade da Defensoria Pública, evitando-se o não reconhecimento pelos Tribunais ou a desnecessária exigência de vinculação à proteção dos direitos dos consumidores.

Diz-se desnecessária porque, conforme já abordado no segundo capítulo, a exigência de relação com interesses consumeristas não exclui a legitimidade para a tutela de outros direitos coletivos, fundamentada no mesmo dispositivo legal (artigo 82 CDC), porquanto existem normas de integração entre o CDC e a LACP.

3.1.2. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados da Lei da Ação Civil Pública

A Lei n. 11.448, de 2007, seguindo a tendência da jurisprudência majoritária, alterou a LACP para incluir a Defensoria Pública como legitimada à propositura da ação.

⁹ CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSE DOS CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. [...] III - A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados. IV - O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC. V - Recursos especiais providos, para determinar a ilegitimidade ativa ad causam do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido apelar. (STJ, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/03/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA) (STJ - EDcl no REsp: 734176 RJ 2005/0038689-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 17/08/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.09.2006 p. 203) [grifou-se]

A alteração legislativa vai ao encontro da qualificação doutrinária da legitimação na ação civil pública, de caráter “concorrente-disjuntivo” (pela indeterminação dos sujeitos concernentes aos interesses metaindividuais e pelo caráter indivisível destes. (MANCUSO, 2014, p. 156).

Outrossim, a legitimidade conferida à Defensoria Pública revela-se adequada à concretização dos objetivos institucionais, mormente no que tange à prevalência dos direitos humanos e à afirmação do próprio Estado Democrático de Direito, permitindo a democratização do acesso à justiça e à efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Neste sentido, comenta Camilo Zufelato (2014, p. 312-313)

Parece-nos que a Defensoria Pública não é somente mais um dos legitimados ativos a que a lei atribui a função de tutelar os direitos coletivos. A combinação da relevância social, política econômica dos direitos de natureza coletiva, com a função constitucional imposta à Defensoria, e a característica de altos índices de exclusão social do país (alta vulnerabilidade), torna-a uma das mais importantes instituições na defesa desses direitos. Trata-se de verdadeira vocação constitucional para o processo coletivo.

Em tempo, o parágrafo primeiro do artigo 129 da Constituição Federal dispõe que a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição Federal ao consagrar os direitos metaindividuais, dispensou preocupação também a respeito dos instrumentos para assegurá-los, consagrando a legitimação plúrima como mais eficaz à democratização do acesso à justiça.

Não obstante, a Lei n. 11.448, de 2007, teve sua constitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, na qual se alega que a legitimidade da Defensoria Pública “afeta diretamente” as atribuições do Ministério Público.

A propósito, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Luiz Manoel Gomes Júnior e Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, entendem que “Não há legitimidade sequestrada, pois não há, pelo ordenamento jurídico, monopólio de legitimidade e, sim, pluralidade de legitimidades em nome de um esforço constitucional, garantidor dos interesses coletivos, como declarados.” (FERREIRA; GOMES JÚNIOR; CARNAZ, 2008, p. 295).

A mencionada ADIN será abordada em tópico próprio. Antes, porém, necessária a exposição da previsão de legitimidade na Lei Orgânica da Defensoria Pública.

3.1.3. Alteração da Lei Complementar 80/1994

A Lei Complementar 80/1994, responsável pela organização da instituição no plano infraconstitucional, foi alterada pela Lei Complementar n. 132/2009, para incluir expressamente a propositura de ação civil pública como função institucional.

Conforme já abordado no primeiro capítulo, a Lei Complementar 132/2009 consolida o paradigma solidarista da instituição, rompendo com a tradição individualista em atenção aos interesses coletivos.

Além do acréscimo de várias funções institucionais de caráter coletivo, como a participação em conselhos públicos (artigo 4º, inciso XX) e a convocação de audiências públicas (artigo 4º, inciso XXII), referida norma trouxe a previsão da propositura de ação civil pública, sempre “que resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (artigo 4º, inciso VII).

Ademais, foram previstas como funções institucionais a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (artigo 4º, inciso VIII); a promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (artigo 4º, inciso X); e a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (artigo 4º, inciso XI).

Pelo exposto, resta evidenciada a consagração do perfil coletivo das funções institucionais. Por primeiro, porque adequada à realidade da evolução do processo, refletindo sua coletivização para atender às demandas coletivas. Por segundo, porque a Defensoria Pública, como instituição essencial à função da justiça, deve também contribuir para democratização do acesso, especialmente pelos hipossuficientes.

Sobre o assunto, comenta Sabrina Nasser de Carvalho (2014, p. 285) que

Analisando o contexto em que os processos coletivos estão inseridos no paradigma atual, portanto, de verdadeiros meios de promoção do amplo acesso à justiça e de instrumentos legítimos de transformação social, é inescapável a conclusão de que a Defensoria Pública jamais poderia ficar à margem deste processo jurisdicional democrático.

Por fim, ressalta-se que o artigo 4º, inciso VII, da Lei n. 80/1994 se traduz em cláusula legal de potencial benefício de hipossuficientes, na medida em que estabelece a legitimidade para a ação civil pública sempre que houver ou puder haver benefício para um grupo vulnerável. Não se exige, e aqui reside o objeto da discussão dos próximos tópicos, que a ação coletiva beneficie apenas pessoas hipossuficientes, o que praticamente inviabilizaria a atuação da Defensoria Pública.

3.1.4. A ação direta de inconstitucionalidade 3.943/DF

Como já exposto anteriormente, o inciso II do artigo 5º da LACP, com redação dada pela Lei n. 11.448/2007 é objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.943/DF) ajuizada pela CONAMP, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal¹⁰.

A associação alega, em síntese, que o dispositivo legal padece de vício material de inconstitucionalidade, por afronta aos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, ambos da Constituição Federal, que versam sobre a prestação de assistência jurídica gratuita e integral pela Defensoria Pública.

Aduzem que a Defensoria Pública apenas pode atender aos necessitados que comprovem, individualmente, a carência financeira, motivo por que os assistidos devem ser, pelo menos, “individualizáveis e identificáveis”, de modo que não haveria “possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com possuidora de legitimação extraordinária”.

Pugnam de forma subsidiária que, uma vez reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública, seja dada interpretação conforme para excluir a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para proteção de direitos difusos.

¹⁰ Até a conclusão do presente trabalho, os autos estavam conclusos à relatora, a Ministra Carmen Lúcia Antunes da Rocha. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3943&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>; acesso em 09.11.2014.

Um dos argumentos utilizados pela autora é que o dispositivo impugnado, ao incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados, sem restrições, afeta diretamente as atribuições do Ministério Público.

No ponto, conforme já analisado anteriormente, o argumento não merece guarida, diante da previsão constitucional de legitimidade concorrente para a propositura da ação civil pública (artigo 129, §1º, CF). Assim, a legitimidade de uma entidade não exclui a da outra.

Sobre o tema, Carlos Alberto de Salles (2005, p. 43) afirma que

[...] as opções relativas à legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à justiça. Deve-se ter em mente que, tendo em vista a anatomia dos interesses em questão, o problema será sempre de sub-representação, não o de um número exacerbado de litígio judicializados. Cabe, dessa forma, ampliar ao máximo a porta de acesso desses interesses à justiça e, ainda, criar mecanismos de incentivo para sua defesa judicial.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 151), em parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública, esclarece que

Assim sendo, a legitimação do MP não é exclusiva, mas concorrente e autônoma, no sentido de que cada órgão ou entidade legitimados podem mover a demanda coletiva, independentemente da ordem de indicação. Por outro lado, não se percebe como essa legitimação, concorrente e autônoma, poderia afetar aquela do MP, impedindo ao *Parquet* exercer plenamente suas atividades, conforme alega a requerente em relação à Defensoria Pública. A inclusão desta no rol dos diversos legitimados em nada interfere com o pleno exercício das atribuições do MP, que continua a detê-las. [...]

A nova norma legal permite, simplesmente, que a Defensoria Pública venha somar esforços na conquista dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade, podendo inclusive agir em litisconsórcio com o Ministério Público.

Do exposto, nota-se que a legitimidade conferida para a propositura de ação civil pública não interfere nas atribuições do Ministério Público, posto que adequada ao regramento constitucional que prima pela legitimidade plúrima e concorrente e às bases democrático-participativas dos instrumentos processuais de tutela coletiva, sendo a ampliação do rol de legitimados um reflexo do movimento de facilitação do acesso à justiça.

A necessidade de ampliar a instrumentalidade da tutela coletiva vai também ao encontro da tendência de “dessubjetivação” do direito, movimento que começou a se manifestar mais fortemente no século XIX e se caracteriza pela “objetivação da tutela processual, que passa a dirigir-se não tanto a pessoas diretamente, mas sim a instituições e valores relevantes socialmente” (SOUSA,

2014).

Assim, especialmente em relação à tutela coletiva, a identidade subjetiva do autor não é tão relevante, posto que os interesses a serem tutelados não pertencem ao legitimado, mas à coletividade. Mais importante, por conseguinte, é o objeto da demanda, cujo representante é mero portador escolhido pela lei para possibilitar a realidade processual.

Por oportuno, também importante destacar a atual primazia da fungibilidade dos meios e da flexibilização dos procedimentos, em detrimento de um formalismo exacerbado, a fim de instrumentalizar a tutela de direitos.

Neste sentido, importante reflexão de Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 9), concluindo que “O projeto da modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos. Temos agora de fazer o trajeto inverso: trivializar o direito e sacralizar os direitos”.

Necessário salientar que a jurisprudência consolidou o entendimento no sentido de admitir a legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública, ainda que com algumas restrições que serão objeto do próximo tópico. Como exemplo, Recurso Especial 1106515 MG¹¹.

Atualmente, portanto, não mais se justifica a persistência da discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, dado que amplamente afirmada e reiterada nos textos de regência, pelo que se pode ter como “razoavelmente assentado” (MANCUSO, 2010, p. 741).

¹¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais. 7. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1106515 MG 2008/0259563-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 16/12/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2011)

3.1.5. Emenda Constitucional 80/2014

Para finalizar a análise da legitimidade da Defensoria Pública na legislação brasileira, bem como dos argumentos contrários à ADI proposta pela CONAMP, imperioso salientar o papel da Emenda Constitucional 80/2014.

Conforme já abordado no primeiro capítulo, por meio da referida emenda, o poder constituinte reformador alterou a redação do artigo 134 da Constituição Federal, passando a dispor que incumbe à Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, 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.

Positiva-se no plano constitucional, portanto, a tutela de interesses coletivos, para a qual é indispensável a legitimação em sede de ação civil pública. Desta forma, a ADI 3.943 perde seu objeto, ao menos em relação ao pedido principal.

Assim, não obstante o julgamento ainda esteja pendente, este trabalho partirá do pressuposto da constitucionalidade de legitimação, aprofundando, a partir de agora, as discussões sobre os limites de tal legitimidade, notadamente em relação à extensão dos direitos coletivos que podem ser objeto de tutela.

3.2. LIMITAÇÕES À LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

A legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública costuma encontrar limitações na doutrina e na jurisprudência, especialmente em relação à exigência de pertinência temática com a defesa dos necessitados e a consequente impossibilidade de atuação quando os interesses envolvidos são de natureza difusa.

Abordar-se-ão, nos próximos tópicos, essas duas principais limitações à legitimidade da instituição, iniciando pelo necessário retorno ao conceito de necessitados e à sua releitura diante das multivulnerabilidades.

3.2.1. O conceito tradicional de “necessitado”

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal conceitua necessitados como aqueles “que comprovarem insuficiência de recursos”. No plano infraconstitucional, a Lei n. 1.060/1950, mantendo o conceito adotado pelo Decreto n. 2.457/1897, objeto de análise no primeiro capítulo, dispõe que necessitado é “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (parágrafo único, artigo 2º da Lei n. 1.060/1950).

Para viabilizar a análise prática da aferição de insuficiência de recursos, as Defensorias Públicas estabelecem um critério objetivo que condiciona o atendimento à renda mensal, variando de dois (como ocorre no Estado do Amapá) seis (a exemplo do Estado do Ceará) a salários mínimos, conforme dados do Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (BRASIL, 2009).

Em que pese a tendência nacional em se fixar três salários mínimos de renda familiar como aferição de necessidade, tal critério é flexibilizado com frequência na prática, de maneira que uma pessoa que receba além do estabelecido, mas que tenha gastos elevados (com medicamentos, por exemplo) também poderá figurar como hipossuficiente econômico para fins de assistência jurídica.

Assim, não obstante a estipulação de critérios objetivos relacionados à possibilidade econômica, necessária, em certa medida, para organizar o atendimento à população, cediço que o conceito de necessitado não se restringe ao aspecto econômico, sendo insuficiente para caracterizar as múltiplas vulnerabilidades que atingem os indivíduos.

Tal insuficiência revela-se ainda mais intensa quando se analisa a carência do ponto de vista coletivo, reforçando a necessidade de releitura de seu conceito, a partir de sua contextualização com o texto constitucional e a realidade de uma sociedade massificada.

3.2.2. Releitura do conceito de “necessitado” diante das diversas espécies de vulnerabilidades

A dilação semântica do termo “necessitado” revela-se imperiosa de modo a adequá-lo à realidade social, na qual as carências se manifestam das mais diferentes formas e a padronização comportamental faz surgir os carentes organizacionais.

Mauro Capelletti (1992, p. 113) já abordava o fenômeno da “pobreza organizativa”, afirmando que os titulares de direitos difusos (aqui entendidos como coletivos *lato sensu*, conforme abordado no primeiro capítulo), ainda que não sejam necessariamente pobres, encontram-se em posição de vulnerabilidade, posto que desunidos.

É o que ocorre, por exemplo, na relação entre produtores e consumidores, onde estes estão em posição de desvantagem, visto que estão isolados, são litigantes ocasionais e relutantes em relação à judicialização de suas demandas. O produtor, por outro lado, frequentemente é bem organizado, juridicamente bem informado e um litigante habitual.

No mesmo sentido tem se manifestado a doutrina pátria, a exemplo de Ada Pelegrini Grinover (2008) que afirma que a exegese do termo constitucional “necessitado” deve abranger também a carência de recursos organizacionais, sociais e culturais, reconhecendo como socialmente vulneráveis os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas etc.

Percebe-se, portanto, que contemporaneamente há uma adequação hermenêutica do conceito, afastando-o, cada vez mais, dos critérios econômicos, de modo que abranja também os sujeitos aos quais o Estado deve necessariamente assegurar o contraditório e a ampla defesa e os vulneráveis organizacionais, jurídicos e até mesmo tecnológicos, em face dos novos conflitos apresentados pela sociedade de massa (MANCUSO; BEGA, 2010).

Tal ampliação tem reflexos nas funções institucionais da Defensoria Pública, havendo a previsão, na Lei n. 80/1994, do exercício de defesa dos interesses individuais e coletivos das crianças e dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência, das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais que mereçam a proteção especial do Estado (artigo 4º, XI).

Nestas hipóteses, a condição financeira do indivíduo não tem qualquer relevância, visto que são múltiplas as causas de vulnerabilidades que se pretende contornar por meio da assistência jurídica.

Sobre a “pluralização do fenômeno da carência”, manifesta-se José Augusto Garcia de Sousa (2009, p. 197)

Em uma sociedade extremamente complexa, como a atual, é melhor evitar os reducionismos. As carências contemporâneas são as mais díspares, não se podendo eleger um único modelo para fins de proteção, em detrimento das demais espécies. A ideia do acesso à justiça é a mais abrangente e generosa possível. Porfia-se para que todos aqueles que padecem de algum tipo de hipossuficiência, seja qual for a modalidade, possam ver concretizados os seus direitos, rejeitando-se exclusões. Além disso, resta inviável, quando se quer proteger grupos, a análise da situação individual de fortuna de cada um dos integrantes do grupo.

Em relação às demandas coletivas, a limitação da necessidade a aspectos econômicos demonstra-se ainda mais desastrosa, porquanto não há interesse nas identificações individuais, sendo mais relevante, conforme já abordado, o aspecto objetivo do interesse a ser tutelado.

Ademais, o fato de ser uma coletividade pleiteando a proteção de interesses transindividuais já pressupõe certa vulnerabilidade, pela falta de organização social apta à reivindicação do direito e em virtude da remota possibilidade de solução pelo meio individual, desestimulada diante da expressão econômica comumente irrisória.

É o que ocorre, por exemplo, quando uma comunidade é prejudicada pela poluição de um manancial. A vulnerabilidade se manifesta pela dificuldade em conseguirem se organizar enquanto grupo, do desconhecimento jurídico acerca dos meios para reverter a situação e do desinteresse de judicialização individual por parte de algum ou alguns dos moradores.

Evidencia-se, assim, tendência doutrinária no sentido de ampliação do termo “necessitado” para além da insuficiência de recursos financeiros, diante da interpretação sistemática do texto constitucional, refletindo nas funções institucionais da Defensoria Pública.

3.2.3. A vinculação da legitimidade da Defensoria Pública ao interesse de pessoas necessitadas

Uma das limitações mais comuns impostas à legitimidade da Defensoria Pública em sede de ação civil pública diz respeito à vinculação aos interesses de pessoas necessitadas, de modo que só seria possível a atuação quando envolvesse um grupo exclusivamente de necessitados.

Neste sentido, Teori Albino Zavascki (2008, p. 75-76) aduz que

Não é tão ampla e incondicionada a legitimação da Defensoria Pública e das pessoas de direito público referidas na Lei da Ação Civil Pública (União, Estados, Municípios). É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. [...] Assim, quanto à legitimidade da Defensoria Pública, há a limitação natural decorrente das suas funções institucionais, que, segundo o art. 134 da CF, são a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Isso significa que as ações civis públicas suscetíveis de ser por ela propostas restringem-se àquelas em que os bens a serem tutelados digam respeito a interesses de pessoas reconhecidamente carentes de recursos financeiros.

Posicionamento semelhante é adotado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 313), para os quais

Interpretação extensiva do inc. II do art. 5.º da Lei 7.347/1985, além de contrariar os arts. 5.º, LXXIV, e 134 da Constituição, poderia ensejar o desvirtuamento da Defensoria Pública, permitindo que esta se desviasse de sua missão constitucional, movendo ações para a tutela de direitos supraindividuais que não digam respeito aos necessitados

Ada Pellegrini Grinover (2008), em parecer apresentado na mencionada ADI 3.943-1, manifesta-se em sentido oposto, afirmando que a Constituição Federal, ao prever a Defensoria Pública como instituição autônoma e essencial à função da justiça responsável pela assistência jurídica integral, não limita sua atuação, exclusivamente, à defesa dos necessitados.

Aduz que, mesmo se a atuação institucional fosse adstrita exclusivamente ao campo de defesa dos necessitados, isso não poderia significar apenas aferição de insuficiência de recursos posto que

[...] os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento - aderente à ideia generosa do amplo acesso à justiça - de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De qualquer sorte, não seria preciso ir tão além; poder-se-ia partir da premissa de que a razão de ser da Defensoria Pública é apenas a proteção de pessoas necessitadas e que necessitados são apenas aqueles que comprovem insuficiência de recursos, tal qual o conceito tradicional. Mesmo assim, para ser admitida a legitimidade da instituição na ação civil pública, é necessário que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas?

A melhor doutrina brasileira tem respondido negativamente à pergunta formulada, observando as bases axiológicas da tutela coletiva e o incentivo ao amplo acesso à ordem jurídica justa.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 313) esclarecem que não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva de necessitados, bastando que sua solução repercuta na esfera jurídica desses grupos, ainda que também possa operar efeitos perante grupos não necessitados.

Rodolfo de Camargo Mancuso e Carolina Bramila Bega (2010, p. 739) também afirmam que, para a configuração do interesse de agir na tutela coletiva, não há que se exigir a comprovação da situação de necessidade dos destinatários da resposta judiciária e ressaltam que a pertinência temática deve ser observada, não cabendo à Defensoria Pública o ajuizamento de ação civil pública que vise à tutela exclusiva de pessoas não carentes, hipótese deveras remota em sede de direitos sociais.

Em verdade, a discussão a respeito da condição financeira dos beneficiários de uma ação civil pública vai de encontro à própria noção dos interesses coletivos que se pretende tutelar. Como abordado anteriormente, tais interesses têm natureza subjetiva transindividual, sendo complexa a delimitação de seus titulares.

Desta forma, se para admitir a atuação da Defensoria Pública em ação coletiva fosse necessário verificar a condição econômica de cada um dos titulares, restaria inviabilizada e inócua sua legitimação.

Ainda que seja plausível a delimitação em sede de direitos individuais homogêneos, é extremamente complicado reunir os usuários de um plano de saúde, por exemplo, e verificar a condição financeira de cada um. Ademais, a sentença beneficiará a todos, o que tornaria despicando tal limite à legitimação.

José Augusto Garcia de Sousa (2014, p. 253-254) argumenta que na sociedade atual, marcada pela complexidade nas relações, é cada vez maior o

envolvimento de carentes e não carentes na mesma situação jurídica. Assim, o benefício de pessoas não carentes pela atuação da Defensoria Pública em sede de ação civil pública nada mais é do que um reflexo do solidarismo jurídico, não significando prejuízo.

Por outro lado, aponta que a vinculação da atuação da Defensoria Pública aos interesses de carentes poderia prejudicá-los, porquanto ficariam “desassistidos nos seus interesses coletivos, pela só razão de estarem, por um ‘azar’ do destino, envolvidas com outras mais afortunadas em uma mesma situação litigiosa” (SOUSA, 2014, p. 254)

Na jurisprudência há a adoção dos dois posicionamentos abordados acima, embora haja certa tendência em se reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública, em ação civil pública que tutele interesse de necessitados e não necessitados.

Neste sentido, interessante ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União objetivando a declaração de ilegalidade de um dispositivo da Instrução Normativa 01/2008, da Secretaria Executiva do Ministério da Justiça¹², que estabelece que a gravidez não é causa de tratamento diferenciado nas provas de aptidão física em concursos para carreira penitenciárias:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSES DE GESTANTES CANDIDATAS A CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE CAPACITAÇÃO FÍSICA. NORMA EDITALÍCIA DISCRIMINATÓRIA. SENTENÇA EXTINTIVA DO PROCESSO SOB FUNDAMENTO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA. SENTENÇA REFORMADA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO [...] 4. Embora inevitável considerar que pessoas não enquadradas no conceito de hipossuficientes acabem se beneficiando da atuação da Defensoria Pública nessas demandas, revela-se mais harmônico com o espírito de nossa Constituição e do Estado Democrático de Direito em que vivemos admitir esta situação do que aceitar que cidadãos de baixa renda resultem alijados do processo de cumprimento da garantia constitucional de assistência jurídica integral, a ser prestado pelo Estado, conforme preconizado em nossa Carta Magna. 5. Apelação provida. (TRF-1 - AC: 19046 BA 2009.33.00.019046-5, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 31/10/2012, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.757 de 16/11/2012)¹³

¹² Tal Instrução Normativa regulamenta a aplicação da prova de aptidão física no concurso público para ingresso nas carreiras de Agente Penitenciário Federal, Especialista em Assistência Penitenciária e Técnico de Apoio à Assistência Penitenciária. Dispõe o §4º do artigo 2º que “Quaisquer casos de alterações orgânicas permanentes ou temporárias, tais como estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, gravidez ou outros que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam ou limitem sua capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração.”

¹³ Tramita ao tempo da conclusão deste trabalho o Recurso Especial 157.297, concluso ao relator, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho desde 18.04.2012. A saber, em uma ação civil pública com o mesmo objetivo, o TRF da 4ª Região declarou a ilegitimidade da Defensoria Pública. (Apelação/Rexame Necessário nº

Entende-se oportuno destacar um trecho do voto proferido pela Desembargadora Selene Almeida no julgamento da apelação, pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Não se revela razoável que cidadãos menos favorecidos tenham o seu direito de ação sujeito à demonstração de que todos os atingidos pela decisão sejam economicamente hipossuficientes. Por isso, considero não haver razões, in casu, para excluir da prestação jurisdicional oferecida pela Defensoria Pública as mulheres gestantes, em cujo grupo certamente se encontram tantas pobres e miseráveis que estejam em busca de um cargo público, dada a lastimável e dura realidade de desigualdade social deste país.

Em tempo, o Desembargador João Batista Moreira reconhece, em seu voto, a vulnerabilidade que justifica a atuação da Defensoria Pública, em virtude da perpetuação histórica de discriminação e submissão em relação às mulheres:

Não bastasse a histórica discriminação da mulher, no caso, trata-se de uma mulher grávida. Tenho uma anotação de que, no Brasil, segundo dados do IBGE – cito os indicadores sociais de 2002 –, as mulheres são severamente discriminadas no mercado de trabalho, percebendo, aquelas que possuem até o 2º grau de escolaridade, 57,1% em média da remuneração do homem com o mesmo grau de instrução. Então, vejam que há interesse público a ser defendido contra a discriminação das mulheres e a favor da igualdade entre os sexos, com muito mais razão das mulheres grávidas, que estão sendo especificamente discriminadas na participação de um concurso público.

Impende salientar que a jurisprudência não é uniforme, havendo por reiteradas vezes a declaração de ilegitimidade da Defensoria Pública quando a ação coletiva abrange direitos de pessoas não financeiramente necessitadas.

Neste sentido, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2008.70.00.030789-1/PR¹⁴, declarando a inconstitucionalidade parcial do art. 5º, II,

208.70.0.01281-2/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Marga Inge Barth Tesler. j. 10.1.2010, unânime, DE 17.1.2010).

¹⁴ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. AÇÃO COLETIVA QUE NÃO ENVOLVE DIREITO DE PESSOAS NECESSITADAS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/85. 1. 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. 2. Na ação civil pública ajuizada não há o necessário enquadramento dos substituídos - candidatos ao concurso de admissão aos cursos de formação e graduação da ativa e reserva - na condição de necessitados, daí a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública da União para o ajuizamento do presente feito, extrapolando sua atribuição constitucional. (TRF-4 - AC: 14689 PR 2008.70.00.014689-5, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 28/05/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/06/2013)

da Lei nº 7.347/1985, sem redução de texto, por ofensa ao art. 134 da Constituição Federal, por entender que os interessados não se caracterizavam como necessitados, o que extrapolaria as atribuições constitucionais da Defensoria Pública.

Outro exemplo que pode ser citado é a ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul objetivando a salvaguardar a dignidade dos custodiados que cumpriam suas penas na Delegacia de Polícia Civil de Miranda (MS)

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFENSORIA PÚBLICA - ILEGITIMIDADE - DIREITOS PREVISTOS NA LEI Nº 7.210/1984 - AÇÃO QUE NÃO TRATA DE RESTRIÇÃO A DIREITOS DE NECESSITADOS, DECORRENTE DA SITUAÇÃO DE CARÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Não tem a Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública na defesa de diversos direitos, previstos na Lei nº 7.210/1984, a todos os internos da cadeia pública da comarca de Miranda/MS, indistintamente, visto que a matéria deduzida nos autos não trata da restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência. Recurso conhecido e improvido, com o parecer. (TJ-MS - APL: 00011605920108120015 MS 0001160-59.2010.8.12.0015, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 15/04/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/04/2014)

No caso, percebe-se que o conceito contemporâneo de necessitado foi completamente ignorado, visto que a condição de privação de liberdade, por si só, já caracterizaria a vulnerabilidade. Ademais, cediço que as condições nos ambientes prisionais são desumanas, de modo que a atuação da Defensoria Pública estaria completamente adequada à consecução de seus objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Prosseguindo, ainda que a análise se restringisse ao conceito tradicional de necessitados restaria justificada a atuação da Defensoria Pública, diante da lamentável seletividade do sistema punitivo, que encarcera preponderantemente, pobres. Assim, pela simples possibilidade de benefício de um não hipossuficiente econômico – e, ainda sim, vulnerável – afastou-se a legitimidade da instituição, em prejuízo dos possíveis beneficiários.

3.2.4. Restrições à legitimidade da Defensoria Pública em razão da tipologia dos interesses coletivos

Como abordado alhures, limitação comum à legitimidade da Defensoria Pública está relacionada à tipologia dos interesses coletivos, onde se restringe a

atuação institucional a apenas alguns interesses da tradicional classificação tripartida, notadamente, aos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos.

A atuação da Defensoria Pública na proteção de interesses difusos encontra grande resistência, dada a impossibilidade de determinação da coletividade envolvida, para fins de averiguar a hipossuficiência.

Neste aspecto é o pedido subsidiário da ADI 3.943, onde a CONAMP requer, caso seja reconhecida a constitucionalidade do artigo 5º, inciso II, da LACP, que seja dada interpretação conforme para excluir a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para proteção de direitos difusos.

Outrossim, a matéria teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo paradigma ARE 690838, também aguardando julgamento. Em observância ao que já foi analisado neste trabalho, percebe-se, contudo, que tal limitação não é adequada à sistemática de tutela coletiva.

Primeiro porque, em decorrência do princípio hermenêutico que alerta que o intérprete não deve distinguir onde não o tenha feito o legislador, é necessário observar que, ao prever a legitimidade da Defensoria Pública, o legislador não fez aceção dentre os subtipos de interesses metaindividuais que poderiam ser tutelados, concluindo-se que não há restrições, desde que respeitada a pertinência temática (MANCUSO, 2014, p. 158).

Assim, não há sentido em afastar a legitimidade da Defensoria Pública em ações coletivas que versem sobre interesses difusos, posto que nem o texto constitucional e nem a lei o fizeram. Ao revés, a Constituição Federal estabelece que a assistência jurídica deve ser integral, o que exclui restrições dessa natureza (artigo 134, CF).

Inclusive, conforme já abordado anteriormente, mesmo em oportunidade recente de modificação da Constituição, o poder constituinte reformador optou por não restringir a atuação da Defensoria Pública na tutela de direitos coletivos. Pelo contrário, como não poderia deixar de ser, estabeleceu a defesa de tais interesses pela instituição como expressão do Estado Democrático de Direito (artigo 134, CF, com redação dada pela EC 80/2014)

Prosseguindo a análise, a limitação se revela inadequada ao sistema de tutela coletiva, vez que leva em consideração a classificação legal dos interesses, sistematizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme já tivemos a oportunidade de verificar, tal classificação mostra-se extremamente fluida na prática, posto que os direitos transindividuais não são estáticos, não admitindo uma classificação definitiva. “São direitos dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação” (PINHO, 2008, p. 12).

A jurisprudência também encontra dificuldades em identificar adequadamente qual direito metaindividual está sendo violado ou ameaçado na situação prática submetida à análise, notadamente diante da existência das situações jurídicas heterogêneas. Como já visto, é comum a violação a direitos de natureza difusa, coletiva e individual homogêneos simultaneamente.

Assim, considerando que a defesa de direitos metaindividuais é estabelecida constitucionalmente como função fundamental da Defensoria Pública e que a ação civil pública é instrumento indispensável à consecução da tutela coletiva, condicionar a legitimidade da instituição à classificação legal conduz a um formalismo que não condiz com a sistemática processual coletiva.

Impende salientar ainda que, se a legitimidade da Defensoria Pública for excluída quando da defesa de interesses difusos, restaria afastada sua atuação na tutela inibitória coletiva. Isso, porque conforme já abordado anteriormente, a tutela inibitória envolve, inevitavelmente, direitos difusos, dada a impossibilidade de determinação dos sujeitos que serão atingidos pelo evento danoso.

De qualquer sorte, a exclusão da legitimidade para proteção de direitos difusos tem como fundamento a impossibilidade de determinação dos sujeitos envolvidos para verificar sua hipossuficiência individual, o que remete à discussão já superada no tópico anterior.

Neste sentido, José Augusto Garcia de Souza (2014, p. 253) acrescenta que

Sem prejuízo da indivisibilidade característica dos direitos difusos, são as pessoas necessitadas, inegavelmente, as que mais precisam da tutela respectiva. De fato, quem possui menos defesas diante de um acidente ambiental? Quem costuma lotar o caótico e brutal sistema penitenciário? Quem se utiliza dos precários serviços públicos de saúde? Nesses setores, e em muitos outros, há inumeráveis pleitos difusos à espera de uma providência. Dentro de uma hermenêutica minimamente substancialista, voltada para os “consumidores” do sistema de justiça, não há argumento melhor para abonar a legitimidade coletiva da Defensoria, instituição destinada constitucionalmente à defesa dos carentes.

Desta forma, ao limitar a legitimidade da Defensoria Pública à proteção de direitos e interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, estar-se-

á limitando, por consequência, o acesso dos pleitos típicos dos necessitados à justiça coletiva.

Entendimento mais acertado, portanto, é o que reconhece a legitimidade da Defensoria Pública para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sempre que a demanda puder beneficiar necessitados.

Imperioso destacar que há quem entenda, em sentido contrário, que a Defensoria Pública tem ampla legitimidade para a defesa de interesses difusos e que a restrição se refere aos direitos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos, quando seria necessária a comprovação da condição de necessidade dos substituídos na demanda.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2014, p. 340)

Nosso entendimento, em suma, nosso entendimento é o de que a Defensoria Pública pode propor ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de pessoas que se encontrem na condição de necessitados – com insuficiência de recursos para custear a defesa individual -, mesmo que, com isso, em matéria de interesses difusos (que compreendem grupos indetermináveis de lesados), possam ser indiretamente beneficiadas terceiras pessoas que não se encontrem em condições de deficiência econômica. [...] Apenas no tocante à defesa de interesses coletivos em sentido estrito ou de interesses individuais homogêneos (nestas duas hipóteses temos grupos determináveis de lesados), será mister que os beneficiários da ação sejam pessoas necessitadas, para que a Defensoria Pública possa exercitar em seu favor o processo coletivo.

Semelhante interpretação foi adotada em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1192577, objeto de análise do próximo tópico, na qual restou decidido que

A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva par ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difuso, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difuso, sua legitimidade será ampla (basta que posa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direto tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrio ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

Tal posicionamento, no entanto, retorna às discussões anteriores, na medida em que restringe a atuação coletiva da Defensoria Pública aos interesses de pessoas necessitadas (neste caso, entendidas apenas como hipossuficientes financeiros), o que, conforme já visto, inviabiliza a própria legitimação conferida, destituindo-a de sentido.

3.3. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO METAGARANTIA

A Defensoria Pública, como instituição destinada à assistência jurídica integral aos necessitados, se revela como metagarantia por excelência, na medida em que viabiliza a efetivação de outros direitos.

Não fosse a prestação de assistência jurídica pelo Estado, de forma gratuita, grande parte da população estaria completamente excluída do acesso ao judiciário, dada a impossibilidade de arcar com os honorários advocatícios.

Além disso, a Defensoria Pública exerce importante papel na educação em direitos e na construção da cidadania, numa perspectiva emancipatória, possibilitando à população, notadamente a parcela mais vulnerável, o reconhecimento dos direitos e dos instrumentos para efetivá-los na prática.

Soma-se a isso, a importante influência nas políticas públicas, seja por meio da judicialização - especialmente dos direitos sociais - ou da participação em conselhos de discussão, de forma a influenciar o processo de decisão do Poderes Legislativo e Executivo.

A possibilidade de tutela coletiva, no entanto, representa um aspecto importantíssimo da atuação institucional, visto que significa o encontro das duas primeiras ondas renovatórias de acesso à justiça; a assistência jurídica reflete a necessidade de criação da Defensoria Pública, enquanto que a proteção de direitos coletivos por meio de sua atuação vai ao encontro do proposto pela segunda onda.

3.3.1. A conformidade constitucional da legitimação da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública

A legitimação conferida à Defensoria Pública para propositura de ação civil pública se constitui em instrumento indispensável à concretização de sua função de proteção dos direitos coletivos, estabelecida constitucionalmente.

Atribuir à Defensoria Pública a função de promoção dos direitos humanos sem avaliar instrumentos para a tutela coletiva é completamente inócuo, motivo por que se entende por constitucional a legitimidade conferida pela Lei n. 11.448/2007.

A supressão de sua legitimidade vedaria a atuação em matérias sensíveis e visceralmente atreladas à sua vocação constitucional, como é o caso de ações civis públicas movidas para assegurar a efetividade de direitos sociais, a exemplo da

saúde, educação e moradia.

Ademais, o contato dos Defensores Públicos com os anseios da parcela mais vulnerável da população é muito mais amplo, devido ao atendimento individual ao público. Acrescenta-se a proximidade entre as Defensorias Públicas e os movimentos sociais, o que facilita sobremaneira a atuação para proteção de direitos coletivos, através do reconhecimento das demandas prioritárias que costumeiramente encontram-se na invisibilidade.

A legitimação para ação civil pública revela-se ainda um importante instrumento para amenizar o deficitário quantitativo de Defensores Públicos¹⁵ nas comarcas brasileiras, visto que evita o dispendioso ajuizamento de milhares de ações individuais com a mesma causa de pedir e com idêntica parte no polo passivo da relação processual.

Por fim, o argumento de que a legitimação conferida à Defensoria Pública poderia se sobrepor, interferindo negativamente na atuação do Ministério Público, não parece razoável, dada a busca pela máxima efetividade dos direitos humanos.

Em um país repleto de carências, onde o Estado não consegue efetivar de maneira adequada os direitos mais básicos, mostrando-se extremamente deficitário na implementação de políticas públicas e, ao mesmo tempo, eficaz em sua faceta repressiva e punitivista, é inviável se cogitar a hipótese de uma instituição “atrapalhar” a atuação de outra, dada a imensidão de demandas existentes.

Bom seria, em verdade, se os direitos de dimensão metaindividual fossem completamente assegurados com a atuação de apenas um legitimado (ou, melhor ainda, que nem sequer fosse necessária a judicialização para que fossem efetivados), tornando despicienda a atuação dos demais. O que ocorre, ao revés, é que mesmo com todos os legitimados, ainda haverá sub-representação de interesses coletivos, excluindo sua apreciação pelo Poder Judiciário.

¹⁵ De acordo com o relatório “Mapa da Defensoria Pública no Brasil” (BRASIL, 2013), elaborado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), “apenas 124 comarcas não apresentam déficit de defensores, considerando como necessário um defensor público para cada 10.000 habitantes, de modo que 95,4% das comarcas brasileiras ou não possuem defensor público ou possuem em número insuficiente”. A pesquisa revela ainda que em 72% das comarcas existentes no País não há Defensoria Pública, sendo que nelas “a população conta apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular”.

3.3.2. A inviabilidade de limitação da legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública

Como já abordado, a legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública é comumente limitada pela exigência de que os beneficiários sejam exclusivamente carentes e, em consequência, pela impossibilidade de atuação na defesa dos direitos difusos.

Tais restrições inviabilizam a atuação coletiva, dada a impossibilidade de aferição econômica de cada um dos sujeitos envolvidos na demanda. Além disso, os direitos coletivos e, em decorrência, as ações coletivas, se caracterizam pela indeterminação dos interessados.

Acrescenta-se que o fenômeno da carência não se restringe aos aspectos econômicos, de modo que impor tal restrição é ir de encontro à evolução conceitual das vulnerabilidades.

O mesmo se diz em relação aos limites na proteção de direitos difusos, pelo qual se afastaria a atuação da Defensoria Pública em demandas basilares para efetivação dos direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais. É o caso, por exemplo, da atuação em defesa coletiva da ordem urbanística, direito difuso por excelência.

Nessa perspectiva, restariam afastados – ainda mais – grupos historicamente excluídos do acesso à justiça, perpetuando as desigualdades sociais, em sentido contrário ao objetivo da Defensoria Pública e da própria República Federativa do Brasil (artigo 3º, III, da CF).

Assim, revela-se mais adequado o entendimento que permite a legitimidade sem tais limitações, presumindo-se a representatividade adequada da Defensoria Pública na propositura da ação civil pública, como ocorre com os demais legitimados, em especial, o Ministério Público.

No entanto, tal presunção é relativa, podendo ser afastada nos casos em que houver o desvirtuamento de sua missão constitucional, como ocorreria, por exemplo, se a Defensoria Pública se valesse de sua legitimidade para propor uma ação civil pública que objetivasse exclusivamente o interesse de pessoas não hipossuficientes, hipótese difícil de se imaginar diante da amplitude dos direitos mataindividuais e dos reflexos da ação coletiva.

3.3.3. Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.192.577

Antes de concluir o presente trabalho, imperioso se faz analisar a recente decisão do STJ no REsp 1.192.577, na qual foi afastada a legitimidade da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul para ação civil pública que objetivava a declaração de abusividade de cláusulas que previam aumentos nos planos de saúde da Tacchimed, quando aplicados em razão do advento da condição de idoso.

Veja-se a ementa

PROCESUAL CIVL. AÇÃO CIVL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITMIDAE DA DEFNSORIA PÚBLICA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTIUCIONAL. DEFSA DOS NECSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO ACONFERI LEGITMIDAE ÀQUELA INSTIUIÇÃO.

[...]

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, LXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recurso" (CF, art. 5º, LXIV), 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 par ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difuso, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difuso, sua legitimidade será ampla (basta que posa 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 estrio ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lados, 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 posa ser considerado necessitado ao ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstra capacidade par 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. 4.71/965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima pra condução da demanda. Precedentes.

9. Recurso especial provido.

Segundo o relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, 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. “O grupo em questão não é apto a conferir legitimidade ativa adequada à Defensoria Pública para fins de ajuizamento de ação civil pública”, afirmou.

Conclui-se, ainda, que a legitimidade da Defensoria Pública para a proteção de direitos difusos é ampla, bastando que possa beneficiar um grupo de pessoas necessitadas. Já em relação aos direitos coletivos e individuais homogêneos, “a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas”.

Ao reconhecer a ilegitimidade, os autos foram remetidos ao Juízo de primeira instância para convocação de possíveis sucessores à demanda coletiva.

Tal decisão foi de encontro à tendência jurisprudencial que começava a se fortalecer, especialmente no STJ, no sentido de ampliar a legitimidade da Defensoria Pública, reconhecendo vulnerabilidades para além do aspecto econômico. Surpreende até mesmo na restrição feita com base na tipologia dos direitos coletivos, normalmente realizada afastando a legitimidade para a defesa dos difusos.

O julgado contraria ainda os avanços na ampliação semântica do conceito de necessitado, diante do fenômeno da carência organizacional. Além de limitar à condição financeira dos indivíduos, desconsidera a condição de vulnerabilidade peculiar do idoso e do consumidor e a função institucional da Defensoria Pública prevista na Lei 80/1994 que prevê a defesa dos interesses individuais e coletivos desse grupo (artigo 4º, XI, da Lei 80/1994).

Salienta-se que tal aferição de renda se deu por simples suposição, presumindo que quem contrata um plano de saúde particular tem condições financeiras suficientes para arcar com os custos do processo. Cediço, no entanto, a situação precária dos serviços prestados pelo SUS, fazendo com que milhares de brasileiros invistam mais do que poderiam em planos particulares, como forma de contornar a deficitária prestação estatal do serviço.

Percebe-se, portanto, que tal presunção foge à realidade brasileira, onde adquirir um plano de saúde particular não se configura como mero luxo, senão como necessidade primordial, notadamente aos idosos. Ademais, a decisão ignora que,

muito embora possa haver usuários do plano de saúde que não sejam necessitados, os que mais sofrerão com as cláusulas que se pretendia declarar abusivas, são justamente os usuários mais carentes e que poderiam ser atendidos, mesmo de forma individual, pela Defensoria Pública.

Assim, o argumento de que a Defensoria Pública poderia ajuizar, individualmente, inúmeras ações para declarar abusivas as cláusulas que aumentam o valor do plano de saúde em decorrência da condição de idoso, mas não poderia ajuizar ação coletiva com o mesmo objetivo, contraria a lógica de coletivização dos processos.

Negar uma solução mais abrangente, econômica processualmente e segura, com o receio de que atinja pessoas não necessitadas não faz sentido também diante da cláusula de potencial benefício de hipossuficientes (artigo 4º, VII, da Lei 80/1994). No caso, a atuação da Defensoria Pública estaria plenamente justificada pela potencialidade de benefício de usuários vulneráveis.

Indo além, cabe observar que, em se tratando de consumidor, e mais ainda, de consumidor de um serviço essencial como a saúde, todos poderiam ser considerados vulneráveis, porquanto estão em clara desvantagem em relação ao fornecedor, tanto nos aspectos técnicos e jurídicos, quanto financeiros e organizacionais. Ademais, os consumidores idosos estão em clara posição de vulnerabilidade, apta a justificar a atuação da instituição.

Por fim, diante do que foi exposto neste trabalho, entende-se que tal decisão ignora a tendência de ampliação da legitimidade para defesa de direitos coletivos, como forma de concretização da segunda onda de acesso à justiça, e as bases democrático-participativas que estruturam os instrumentos processuais de tutela coletiva.

A exigência feita em relação à necessidade de comprovação da impossibilidade de arcar com os custos processuais, além de ser inadequada, por levar em consideração apenas os aspectos econômicos, inviabiliza totalmente a tutela coletiva, dada a impossibilidade de determinação e individualização dos interessados.

Se a cada vez que a Defensoria Pública pretender ajuizar ação civil pública for necessário que reúna todos os possíveis interessados – o que por si só já contraria a lógica da tutela coletiva – para aferir de forma individual a renda, seria

praticamente impossível o ajuizamento da demanda, ao menos em tempo hábil à utilidade de seus efeitos.

Tal esforço, além de dispendioso em demasia, demonstra-se desnecessário, haja vista a eficácia *erga omnes* da sentença de procedência nas ações coletivas que versem sobre direitos e interesses individuais homogêneos (artigo 103, CDC), como é o caso em comento.

A Defensoria Pública do Rio Grande do Sul opôs embargos de divergência contra a decisão em comento, que aguardam julgamento. Assim, espera-se que a decisão seja reformada, de modo a torná-la mais adequada às bases axiológicas dos instrumentos processuais de tutela coletiva, mormente no que tange à ampliação da legitimação e a prevalência dos aspectos objetivos da demanda.

Além disso, espera-se que com esta oportunidade, seja consolidado o entendimento no sentido de ampliar a legitimação da Defensoria Pública para as ações coletivas, de modo a conferir instrumentos hábeis à concretização da função constitucional de tutela de interesses e direitos coletivos.

CONCLUSÃO

A Defensoria Pública, como instituição autônoma criada para a prestação de assistência jurídica integral aos necessitados, foi estabelecida constitucionalmente pela Carta Maior de 1988. O poder constituinte elegeu, portanto, o modelo de assessoria jurídica – e não mais judicial – a ser prestado por uma instituição estatal desvinculada dos Poderes já existentes.

Em que pese a constitucionalização recente, a criação da Defensoria Pública reflete um longo processo de implantação de meios que assegurassem à população carente o acesso à justiça. É resultado, ainda, da evolução da prestação judicial para a jurídica integral, de modo a abranger também a resolução extrajudicial de conflitos, o aconselhamento jurídico, a educação em direitos, a participação na formulação de políticas públicas, entre outros.

Percebe-se, por conseguinte, que a Defensoria Pública consolida um modelo que pretende deixar de lado o assistencialismo para dar lugar a um processo de emancipação, através da consciência em direitos. Não excluindo a propositura e a defesa nas demandas tradicionais, de suma importância, a instituição assume também o papel de agente transformadora da realidade social.

Neste sentido, insere-se ainda a perspectiva de um perfil institucional voltado ao coletivo, não em superposição às ações individuais, mas em prestígio às formas coletivas de atuação, dentre as quais se destaca a ação civil pública.

É evidente que a constitucionalização da Defensoria Pública não significa a concretização do acesso à ordem jurídica justa. Pelo contrário, muito há que se fazer para que a instituição possa se consolidar em âmbito nacional, o que demanda mais investimentos orçamentários, valorização dos Defensores Públicos e dos servidores das carreiras de apoio e também uma conscientização acerca de sua importância e das funções institucionais, pela população em geral e pelos juristas.

Buscou-se, portanto, ao longo do primeiro capítulo expor a trajetória evolutiva do acesso à justiça no Brasil, especialmente em relação à assistência jurídica. Pelo mesmo motivo, foram explorados os objetivos constitucionais e as funções, mormente aquelas relacionadas à tutela de direitos coletivos.

A partir do estudo das “ondas renovatórias” de acesso à justiça realizado no primeiro capítulo, percebe-se que a Defensoria Pública vai ao encontro da

concretização da primeira delas, relacionada à possibilidade de acesso ao poder judiciário e contemporaneamente, à ordem jurídica justa.

Ademais, a segunda onda de acesso à justiça se relaciona à proteção dos direitos difusos, hoje entendidos como coletivos em sentido amplo, contexto no qual se insere a ação civil pública, reflexo do fenômeno de coletivização do processo.

Diante da insuficiência do processo civil tradicional, de caráter individualista, para resolução dos conflitos da sociedade de massa, as ações coletivas surgem como alternativa eficaz, com a vantagem de proporcionar economia processual, segurança jurídica e ampliação acesso à justiça pelo grande número de beneficiados com uma única demanda.

As ações coletivas e, em especial, a ação civil pública, representam ainda uma importante contribuição no sentido de superação do anacronismo estabelecido diante de uma base constitucional social e uma codificação processual de cunho individualista e liberal.

Ao logo da pesquisa, procurou-se demonstrar que as demandas coletivas não têm como objetivo ignorar as importantes diferenças individuais existentes entre os interessados. Ao contrário, surgem da verificação de lesões ou ameaças comuns à comunidade, cada vez mais frequentes em uma sociedade com relações padronizadas pela mídia e pela forma de produção e consumo.

Assim, evita-se a pulverização de conflitos de idêntica natureza ao mesmo tempo em que permite o acesso à justiça de direitos que frequentemente não seriam pleiteados de forma individual, pelo baixo retorno financeiro.

Desta forma, a ação civil pública se revela importante instrumento para a concretização da tutela de direitos coletivos, sendo que a legitimação ativa conferida à Defensoria Pública representa o encontro das duas “ondas renovatórias” de acesso à justiça.

Pelo trabalho realizado, conclui-se pela constitucionalidade da legitimação conferida à Defensoria Pública para propositura de ação civil pública, visto que se constitui em ferramenta indispensável à concretização de sua função de proteção dos direitos coletivos, estabelecida constitucionalmente.

Não teria sentido, em verdade, estabelecer como finalidade institucional a defesa de direitos coletivos sem disponibilizar instrumentos aptos para tanto. Ademais, a legitimação ativa se mostra perfeitamente adequadas aos objetivos institucionais, notadamente a promoção de direitos humanos.

Entende-se também que a legitimidade da Defensoria Pública não interfere naquela conferida ao Ministério Público, dada a imensa quantidade de demandas existentes e o propósito de máxima efetividade da tutela coletiva e dos direitos humanos. Acrescenta-se a isso a possibilidade de atuação do órgão ministerial como fiscal da lei nas ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública.

Assim, verifica-se como positiva a primeira hipótese formulada, no sentido de se concluir pela conformidade constitucional da legitimação conferida à Defensoria Pública. Em verdade, após a Emenda 80/2014, a legitimação mostra-se plenamente adequada, afastando o objeto da ADI 3.943/DF.

Quanto aos limites impostos à legitimidade da Defensoria Pública, observou-se que a exigência de comprovação de insuficiência de recursos inviabiliza a tutela coletiva e vai de encontro à evolução do próprio conceito de necessitado.

Se no plano individual é interessante a aferição de insuficiência de recursos, preservados os casos de vulnerabilidade presumida, como forma de organização do atendimento e de proteção da advocacia privada, função essencial à justiça e que merece toda a valorização, no plano coletivo tal verificação é completamente dispensável.

Isso, porque as demandas coletivas se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos e pela prevalência dos aspectos objetivos, prestigiando a “dessubjetivação do processo”. Assim, mais importante do que quem propõe a ação, são os interesses a que se pretende tutelar por meio dela.

Ademais, o conceito de necessitado deve ser entendido para além da condição econômica, abrangendo, principalmente, os carentes organizacionais, para os quais, inclusive, foi estruturada a possibilidade de demandas coletivas.

Há representatividade adequada, portanto, da Defensoria Pública sempre que a ação possa beneficiar um grupo vulnerável – seja no aspecto econômico ou não – havendo de ser presumida, como as demais legitimidades conferidas pela LACP. Somente nos casos em que houver desvirtuamento das funções institucionais, como naqueles que sejam tutelados apenas interesses de uma classe abastada, a legitimação deverá ser afastada.

Foi possível identificar, ao longo deste trabalho, através de análise doutrinária e jurisprudencial, que muitos dos posicionamentos adotados refletem um

ensino jurídico alheio ao modelo constitucionalmente adotado de assessoria jurídica integral e desconhecedor das potencialidades da Defensoria Pública.

Neste sentido também se entende por incorreta a limitação que afasta a legitimidade da Defensoria Pública para a proteção de direitos difusos, pelo qual se excluiria a atuação da Defensoria Pública em demandas basilares para efetivação dos direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais.

Entende-se, por conseguinte, descabida qualquer limitação da atuação da Defensoria Pública em sede de ação civil pública que tenha por base a tipologia dos direitos coletivos trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. Primeiro porque a lei não faz tal restrição, não cabendo ao intérprete estabelecer limitação onde não o tenha feito o legislador.

Outrossim, a tipologia dos direitos coletivos adotada, conforme abordado neste trabalho, revela-se extremamente fluida diante da realidade, notadamente em relação às situações jurídicas heterogêneas. Assim, limitar a atuação tão importante de uma instituição tendo por base uma classificação elaborada muito mais para sistematização e facilitação do estudo, é descabido.

Em tempo, tal limitação leva em conta um formalismo que não condiz com as bases axiológicas da tutela coletiva, além de excluir a atuação da Defensoria Pública na tutela inibitória, na qual são protegidos interesses e direitos de natureza difusa.

Numa lógica de valorização da prevenção de danos em detrimento da reparação, excluir a possibilidade de tutela inibitória com base numa classificação tão fluida ou mesmo pela possibilidade de benefício de pessoas não necessitadas seria extremamente nocivo às funções institucionais.

Assim, pelo trabalho realizado, conclui-se pela constitucionalidade da legitimação ativa da Defensoria Pública para ação civil pública e pela inviabilidade das limitações baseadas na necessidade de comprovação da insuficiência de recurso por parte dos interessados e na tipologia dos direitos coletivos adotada pelo código consumerista.

Reconhece-se, por outro lado, que a atuação da Defensoria Pública, também em sede de ações coletivas, deve levar em conta, principalmente, a proteção dos necessitados, aqui interpretado com ampliação semântica, para incluir os carentes organizacionais.

Desta forma, o que se pretende não é permitir uma legitimação ilimitada e alheia aos princípios e objetivos institucionais, senão a permissão para atuação sempre que a demanda puder beneficiar pessoas necessitadas.

Conclui-se, portanto, mais adequado à configuração atual de Defensoria Pública constitucional, instrumento do Estado Democrático de Direito e às bases democrático-participativas que estruturam a tutela coletiva, o posicionamento de opta pela ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. (Coleção Ensaios de Processo Civil).

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Cléber Fracisco. Defensoria Pública e Educação em Direitos humanos. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Decreto nº 2.457**, de 08 de fevereiro de 1897. Organiza a Assistência Judiciária no Distrito Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2457-8-fevereiro-1897-539641-publicacaooriginal-38989-pe.html>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060compilada.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014.** Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm>. Acesso em: 01 nov. 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.** Altera o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm#art2>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental No Recurso Especial 2009/0196749-9.** Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 16 de abril de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 555111/RJ.** Relator Ministro Castro Filho. Brasília, 05 de set. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 734176/RJ.** Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 17 ago. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1106515/MG.** Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.192.577/RS.** Relator Ministro Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 mai. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 19046/BA.** Relatora Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida. Brasília, 31 out. 2012. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível 00011605920108120015/MS.** Relator Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande, 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 14689/PR**. Relator Desembargador Federal Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Curitiba, 28 mai. 2013. Disponível em: <[http:// www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br)>. Acesso em: 01 nov. 2014

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 65, Jan/Mar. 1992, p.127-143.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Defensoria Pública e Processos Coletivos: Desafios na implementação dos direitos de cidadania. In: RÉ, Aluisio Iunes Montini Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. vol. 1, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 277-302.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHIARETTI, Daniel. Breve histórico da assistência jurídica no Brasil e o atual papel institucional da Defensoria Pública da União. In: RÉ, Aluisio Iunes Montini Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 191-210.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Airton Escorsin de. **Educação em direitos e defensoria pública: Cidadania, Democracia e Atuação nos Processos de Transformação Política, Social e Subjtiva**. Curitiba: Juruá, 2014.

COSTA, Nelson Nery. **Manual do Defensor Público**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. vol. 4, 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 2002.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. **Legitimidade da Defensoria Pública para**

propositura de ações civis públicas. In: **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 33, n. 163, p. 286-295, set. 2008.

GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas** brasileiras: uma proposta. In: **Revista de Processo**, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública. In: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 4, n. 2, jul./dez. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10.ed. revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 2.ed., São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública:** Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; BEGA, Carolina Brambila. A reiterada legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A Ação Civil Pública:** após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 733-741.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, procedimentos especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2.ed.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESSITTE, Peter. **Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história.** In: **Revista Forense.** Rio de Janeiro, v. 392, p. 410, 1968.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Edis. **O Ministério Público e a ação ambiental.** In: **Cadernos Informativos**, APMP. São Paulo, 1988.

_____. Ação Civil Pública, instrumento indutor da sustentabilidade. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A Ação Civil Pública:** após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197-208.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública.** São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A Ação Civil Pública: após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 363-374.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. A Defensoria Pública, o novo conceito de necessitado e a legitimidade para propositura da ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A Ação Civil Pública: após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 801-816.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggeri. **Manual do Defensor Público: Teoria e Prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. In: **Revista de Processo**, v. 30, n. 121. p.38-50, mar. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 1986. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_dm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Poderá o Direito ser emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 2003. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF>. Acesso em 01 nov 2014.

_____. Os direitos humanos na pós-modernidade. In: **Direito e sociedade**. Coimbra, n. 4, mar. 1989.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **O destino de Gaia e as funções institucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição?** Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.dpmov.com.br/artigos/o-destino-de-gaia-e-as-funcoes-constitucionais-da-defensoria-publica-ainda-faz-sentido-sobretudo-apos-a-edicao-da-lei-complementar-13209-a-visao-individualista-a-respeito-da-instituicao/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. 50 Atuações Coletivas da Defensoria Pública: Um Estudo Empírico Atento aos "consumidores" do sistema de justiça. In: RÉ, Aluísio lunes Montini Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. vol. 1, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 195-276.

SOUSA, Motauri Chiocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, 3**: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. São Paulo: RT, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZUFELATO, Camilo. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção ad coadjuvandum. In: RÉ, Aluisio Iunes Montini Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. vol. 1, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 303-332.