



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATHALIA PARENTE DE AZEVEDO

**LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA DE DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

Rio de Janeiro, novembro/2010



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATHALIA PARENTE DE AZEVEDO

**LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA DE DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor José Augusto Garcia de Sousa apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, novembro/2010



**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA DE DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

Elaborado por NATHALIA PARENTE DE AZEVEDO

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para a obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do examinador 1: _____

Nome do examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1:

Examinador 2:

Nota final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2010.

RESUMO:

O objetivo do trabalho é analisar a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas, em decorrência da nova redação do art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Verificando as atribuições institucionais da Defensoria Pública, cujo fim precípua é a proteção e efetivação dos direitos dos cidadãos, chega-se a conclusão de que, de maneira alinhada ao ordenamento brasileiro, essa entidade possui legitimidade para proteger os direitos difusos.

PALAVRAS-CHAVE:

Defensoria Pública – Funções institucionais – Legitimidade – Solidarismo – Ação Civil Pública – Direitos difusos

ABSTRACT:

The objective of this article is to analyze the legitimacy of the Public Defenders to institute civil class actions, in reason of the new redaction of the item 5th of the Law n° 7.347/85.

Checking the institutional tasks of the Public Defenders, which main purpose is to protect and actualize the rights of the citizens, the article concludes that, in order with Brazilian Laws, this entity has legitimacy to protect diffuses rights.

KEY-WORDS:

Public Defenders – Institutional functions – Legitimacy – Solidarism – Civil Class Action – Diffuses rights.

Deus nos fez perfeitos e não escolhe os capacitados, capacita os escolhidos. Fazer ou não fazer algo, só depende de nossa vontade e perseverança. (Albert Einstein)

Dedico esse trabalho aos meus pais, irmã e amigos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. CAPÍTULO I – Novas Perspectivas para um Direito Social.....	11
1.1. O acesso à justiça.....	11
1.1.1. As “ondas” dos movimentos em busca da garantia ao acesso.....	12
1.1.2. A Defensoria Pública como propulsora do acesso à justiça.....	14
2.2. Tutela do interesse coletivo: aspectos gerais e históricos.....	15
2. CAPÍTULO II – A Defensoria Pública e o Estado Democrático de Direito.....	19
2.1. Os valores de um Estado Democrático de Direito.....	19
2.2. A Assistência Judiciária Gratuita no Estado Democrático Brasileiro.....	21
2.3. Os princípios institucionais.....	23
2.3.1. Isonomia.....	23
2.3.2. Contraditório e Ampla Defesa.....	23
2.3.3. Gratuidade de Justiça e Assistência Jurídica.....	25
2.3.4. Unidade, Indivisibilidade e Independência Funcional.....	26
2.4. O garantismo das bases do Estado de Direito.....	26
3. CAPÍTULO III – Tutela dos Interesses Coletivos.....	28
3.1. Evolução das gerações dos direitos fundamentais.....	28
3.2. Interesses transindividuais.....	29
3.3. Princípios da tutela coletiva.....	31
3.4. Legitimidade extraordinária.....	33
3.4.1. Legitimidade ativa.....	33
4. CAPÍTULO IV – Legitimidade da Defensoria Pública.....	37
4.1. Legitimidade anterior à Lei nº 11.448/07.....	37
4.2. Argumentos contrários à legitimidade da Defensoria Pública.....	39
4.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943.....	49
4.2.2. Posicionamento doutrinário desfavorável.....	40
4.3. Argumentos favoráveis.....	42
4.3.1. Os objetivos da amplitude funcional.....	42

4.4. Réplica a ADI nº 3943.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	52

Introdução

A ideia desse trabalho surgiu da constatação de que na sociedade em que vivemos cada vez mais os indivíduos estão deixando de ser vistos em sua esfera particular, passando a ser incluídos em um grupo ou coletividade. Não raro somos noticiados de tragédias que atingem uma certa comunidade, assim como de um determinado grupo que resolve se unir com o fito de buscar proteção de um interesse em comum. Diante dessa nova realidade torna-se salutar a necessidade de uma demanda em nome de todos. Parece que aquele antigo provérbio universal “a união faz a força” nunca teve tanta expressividade.

Muitas vezes a proteção individual se faz necessária, contudo, em outros casos a tutela coletiva pode se demonstrar não apenas útil e econômica, mas sobretudo eficiente, concretizando um objetivo em comum.

O ato de compartilhar se apresenta como necessário e, até mesmo, obrigatório. Nesse contexto, há que se repartir esforços, há que se tomar parte de um lado a fim de construir uma sociedade mais harmônica, que possa levar suas pretensões a juízo e confiar no Judiciário a solução de seus litígios. Tal divisão conjunta não deve ser feita apenas pelos interessados diretos na demanda, isto é, os titulares dos direitos e interesses, mas também por aqueles buscam, de maneira técnica, a salvaguarda dos mesmos.

Diante disto, a Defensoria Pública, ao longo dos anos de sua atuação, tem movido esforços com o escopo de reduzir as desigualdades entre os indivíduos, prestando a tutela necessária àqueles que muitas vezes se veem colocados à margem da sociedade. A Constituição da República de 1988, ao elencar os objetivos do Estado Brasileiro, estabeleceu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, I. Sob o prisma do princípio da solidariedade e fraternidade, a Defensoria Pública vem prestando assistência aos que dela clamam por socorro, tendo alcançado feitos de inestimável relevância.

Movido por esse sentimento, a Defensoria Pública passou a atuar na proteção de interesses transindividuais, ainda que durante um tempo sequer houvesse previsão legal para tanto, encontrando acolhida para tal atuação na jurisprudência e na doutrina. No entanto, sua legitimidade passou a ser contestada, haja vista que, segundo alguns, estava extrapolando a vontade do Constituinte Originário, usurpando uma competência que seria, *a priori*, precípua do Ministério Público.

Um debate enorme se instalou no Direito Brasileiro, uns defendiam sua legitimação, outros a negavam bravamente. A controvérsia pareceu finda quando em 2007 foi promulgada a Lei nº 11.448 que acrescentou a Defensoria Pública entre o rol dos legitimados para o ajuizamento de Ação Civil Pública. Todavia, logo após isto a constitucionalidade do artigo da lei passou a ser questionada, não tendo sido resolvida pelo Supremo Tribunal Federal até então.

Diante da polêmica instalada, buscar-se-á nesse trabalho responder a seguinte indagação: possui a Defensoria Pública, de fato, legitimidade para a tutela de interesses que transcendem a esfera individual do cidadão?

Para responder a pergunta posta será feita uma análise das bases que regem o Estado Brasileiro, os direitos e garantias impostos pelo Constituinte Originário, os pressupostos de atuação da Defensoria Pública, assim como os argumentos utilizados por ambos os lados que travam a controvérsia.

1. Capítulo I

Novas perspectivas para um Direito Social

1.1. O acesso à justiça

Verdade é que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, não sendo, pois, imune à críticas. Contudo, pode-se afirmar que se trata de um direito que visa a assegurar a todas as pessoas a reivindicação de seus direitos e/ou resolução de conflitos, sob a intervenção do Estado.

Nesse contexto, duas finalidades básicas podem ser apreendidas do sistema jurídico: deve ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam socialmente justos. Porém, para que tais metas sejam atingidas, há se que pensar em reformas das instituições jurídicas, vez que, por mais que se esteja caminhando no sentido de alcançar um maior acesso de todos à prestação jurisdicional, ainda são encontrados inúmeros óbices. Além disso, novos modelos de concretização do princípio devem ser pensados, tudo isto com o escopo de garantir um real Estado Democrático de Direito, tornando efetivos os direitos do cidadão comum¹.

Face ao surgimento da sociedade contemporânea, verifica-se que as ações e relacionamentos vêm assumindo um crescente caráter coletivo, se sobrepondo ao individual. A nova sociedade passa a deixar para trás a visão individualista dos direitos, típica dos séculos XVIII e XIX, para reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Nessa seara, a atuação do Estado ganha enorme relevância, garantindo o gozo pelos cidadãos de todos os direitos elencados em corpo constitucional.

No dizer do professor Mauro Cappelletti², “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 o direito de todos”.

¹ Nessa linha entende CAPPELLETTI, Mauro, em **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

² Ob. cit., p. 12.

O acesso não deve ser visto apenas como um direito social fundamental, mas também como ponto central da moderna processualística. Destarte, novos mecanismos que objetivem garantir a proteção dos interesses da sociedade devem ser buscados, tendo-se até mesmo como alternativa a utilização de outras formas de solução de litígios, bem como a ampliação do rol dos legitimados que podem propor ações perante o Judiciário.

Atendendo a essa necessidade, o Constituinte de 1988, seguindo uma tendência que se verifica desde a Carta de 1946, positivou tal direito no art. 5º, XXXV, pelo qual se lê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa maneira, sempre que houver alegação de violação de direito, mediante lesão ou ameaça, o Poder Judiciário será chamado a intervir, devendo efetivar o pedido de prestação jurisdicional clamado pela parte, vez que toda transgressão de direito poderá implicar uma ação correlativa.

Na verdade, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cristalizado no artigo supramencionado, deve ser interpretado de maneira ampla, passando a garantir também um efetivo acesso à justiça, ou, como afirma o mestre Kazuo Watanabe³, o acesso à ordem jurídica justa.

1.1.1. As “ondas” dos movimentos em busca da garantia ao acesso

Certo é que, no contexto histórico em prol da garantia do acesso efetivo à justiça, surgiram algumas “ondas” de movimentos, conforme definido por Mauro Cappelletti. Como primeira onda surgiu a assistência judiciária; uma segunda alternativa seria quanto à representação jurídica para os interesses coletivos e difusos, principalmente no que tangia aos direitos ambientais e consumeristas; e, por fim, o chamado “enfoque de acesso à justiça”, que buscava atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

A assistência judiciária surgiu como resposta à necessidade de proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Jamais se poderia garantir o acesso ao Judiciário se não fossem disponibilizados mecanismos àqueles que não dispõem de recursos para custear um advogado. A necessidade de conferir tratamento especial aos carentes de recursos econômicos já era prevista até mesmo no Código de Hamurabi (1.700 a.C).

³ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord). **Participação e Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

Nessa esteira, o ordenamento pátrio, desde as Ordenações Filipinas (1603), passou a incorporar a assistência judiciária. O Código Civil de 1916 veio a disciplinar normas que permitiam que os Estados introduzissem em seus estatutos processuais normas sobre a assistência judiciária.

Em âmbito constitucional, observa-se que a CF de 1934 veio a assegurar aos necessitados o direito à assistência. Em 1950 a questão da assistência judiciária foi diretamente disciplinada por meio da Lei nº 1.060, ainda que de maneira limitada. O assunto ganhou extrema relevância com a CF/88, vez que foi por meio desta que a instituição da Defensoria Pública foi positivada constitucionalmente, o que se observa por meio do art. 134 da CF/88, que garante aos hipossuficientes prestação jurisdicional.

Hoje a assistência jurídica é concedida de maneira ampla, abrangendo não só a isenção de custas processuais e honorários advocatícios, mas também representação do litigante.

Verifica-se, portanto, o reconhecimento pelo Estado brasileiro do direito ao acesso. As barreiras que antes eram impostas aos pobres para acessar a justiça começaram a ceder. O grupo social em comento está obtendo assistência judiciária em número cada vez maior, pleiteando direitos que dizem respeito não somente a sua esfera individual, mas também aqueles que o incluem como parte de um conjunto, ou seja, os direitos transindividuais.

Nesse diapasão, passa-se à análise da segunda onda, i.e, a representação dos interesses coletivos e difusos. A proteção de tais direitos impulsionou uma reflexão sobre as noções básicas do processo civil, bem como o papel dos tribunais. Antes o processo era visto apenas como um assunto que dizia respeito às duas partes, não podendo ser aí incluídos os direitos que pertencessem a um grupo. As regras de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos ajuizadas pelos particulares. Porém, o que se constata hoje é que a visão individualista do devido processo judicial está se transmudando para uma concepção coletiva.

Numa breve análise histórica, observa-se que a preocupação do Direito com a solução judicial de problemas de grupo não é recente. As próprias cortes medievais inglesas já tratavam, por meio do *bill of peace*, dos direitos que abrangiam mais de um indivíduo. O autor de uma ação individual requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, com o fito de que a ação fosse tratada de maneira

uniforme, evitando-se, assim, a multiplicação de processos. Tal sistema foi incorporado pelo Direito Norte-Americano, por meio das *class actions*. Estas permitem que um litigante represente toda uma classe de pessoas em uma única demanda.

Essa doutrina americana partiu do pressuposto de que “*a class must, for all purposes of the suit, constitute a unit*”⁴.

Conforme Calvert⁵ “*This form of suit cannot be adopted, unless all the persons on whose behalf the bill is filed, have one common interest in all the objects of the suit*”.

Tanto as *class actions* quanto as ações de interesse público exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas alguns grupos organizados possuem.

Por fim, a terceira onda se refere a um novo enfoque a ser dado ao acesso à justiça. Por meio deste, o que se busca é identificar o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas. Trata-se de uma preocupação quanto à representação legal, que se instaura face à enorme demanda pela prestação jurisdicional. Esses novos direitos exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis. Necessita-se de uma ampla reforma, a fim de promover a efetividade do sistema, que pode ser alcançada por alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais e ampliação dos legitimados para a defesa dos interesses em jogo, tal como a legitimação da Defensoria Pública.

1.1.2. A Defensoria Pública como propulsora do acesso à justiça

Por tudo aquilo que aqui já se esposou, pode-se afirmar que a Defensoria Pública é uma instituição de suma relevância para garantir o acesso à justiça, proporcionando a ocorrência de uma transformação social, por meio da distribuição da cidadania, pela qual todos são dignos de ter sua demanda apreciada pelo Poder Judiciário.

Nessa linha, faz-se mister transcrever trecho do artigo de Pierpaolo Bottini e Renato Campos Pinto de Vitto:

⁴ HARVARD UNIVERSITY. **Developments in Law: Class Actions**, Harvard Law Review, may/76, 89(7), p. 1.332 *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a Propositura de Ações Cíveis Públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo. v.30, jun. 2008, p. 13.

⁵ CALVERT, F. HARVARD UNIVERSITY, *op. cit.*, p. 1.333.

“O acesso à Justiça é um fator elementar à afirmação da dignidade humana, e a consolidação de mecanismos que garantam esse acesso é fundamental para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o papel da Defensoria Pública é mais do que relevante; é imprescindível para garantir a legitimidade da organização institucional do sistema de justiça. Para isso, é importante que a atividade do defensor público não seja compreendida sob uma perspectiva reducionista, como mero advogado de hipossuficientes, mas como verdadeiro agente distribuidor de cidadania (...).

Entender o defensor público como personagem catalisador de um processo de transformação social, e não como advogado, revela a importância de se construir o acesso à Justiça através de uma instituição pública, de uma carreira de Estado. A existência de uma Defensoria Pública fortalecida e atuante permite a construção de mecanismos eficazes de prevenção e resolução de conflitos.”⁶

Como se sabe, a Defensoria Pública não é detentora exclusiva da prestação de serviço de assistência jurídica. O mesmo é feito, por exemplo, nas questões trabalhistas, pelos sindicatos. Apesar de não deter exclusividade, cabe à Defensoria a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Dessa forma, o que se busca é que aqueles que se mantiveram sempre à margem da sociedade, seja em âmbito social ou econômico, possam fazer jus aos direitos que lhe asseguram a Constituição e as leis, reivindicando, perante o Judiciário, solução quando houver violação daqueles.

1.2. Tutela do interesse coletivo: aspectos gerais e históricos

Observa-se que o acesso à justiça possui uma íntima relação com a tutela de direitos transindividuais. Entende-se que a prestação jurisdicional será mais efetiva e eficiente se for capaz de atender as demandas de toda uma coletividade.

A proteção e defesa dos direitos dos indivíduos, um dos objetivos buscados pela Defensoria Pública, tem que ser concedido em sua inteireza, ou seja, não apenas quando um indivíduo de forma isolada é prejudicado, mas também quando ele se insere em um conjunto, passando a demanda a compreender uma parcela da sociedade.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo e VITTO, Renato Campos Pinto de. Defensoria Pública e a Reforma do Sistema de Justiça Brasileiro. Disponível em: <http://www.iaj.org.br/html/modules.php?name=News&file=article&sid=109>.

Nesse contexto, para melhor compreensão da matéria, há que se analisar os aspectos da Tutela Coletiva, enfatizando-se a legitimidade para propositura de ações de caráter coletivo, tema do presente estudo.

Certo é que as ações coletivas são vistas como uma forma de proteção dos indivíduos aos conflitos de massa decorrentes de uma sociedade globalizada. Em virtude dessa nova realidade, que alterou as formas de relação entre as pessoas, o processo tradicional não mais se mostra eficiente para a defesa dos direitos e interesses transindividuais, cujas características os colocam entre o interesse público e o privado.

Hoje a expressão interesse público passou a ser utilizada para alcançar os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, nesses compreendidos os interesses coletivos e difusos. O próprio legislador chega a abandonar o conceito de interesse público como aquele relativo ao Estado, passando a identificá-lo como bem geral⁷.

Nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema do *common law*, a tutela dos direitos e interesses transindividuais é feita da por meio do instituto das *class actions* do sistema norte-americano, baseado na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, de origem inglesa, conforme mencionado anteriormente.

Já nos sistemas que praticam o *civil law* coube ao Brasil a iniciativa de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. Isto se deu por meio da reforma, em 1977, da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), seguida pela Lei nº 7.347 de 1985, intitulada como Lei de Ação Civil Pública. Não obstante, face ao crescimento da importância da matéria, os interesses e direitos coletivos passaram a ser amparados também pelo Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma normativo além de regular os direitos difusos e coletivos também trouxe proteção aos interesses individuais homogêneos, possibilitando o ajuizamento de ações reparatórias dos prejuízos sofridos de maneira individual.

⁷ Assim entende MAZZILLI, Hugo Nigro, em **A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 48.

O caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação que permitirá que se dê tratamento unitário aos interessados, de maneira análoga ao que se tem no litisconsórcio unitário.

Nessa linha, assim foi esposado pelo mestre José Carlos Barbosa Moreira:

“do ponto de vista objetivo, esses litígios [...] essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível [...]. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incidível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual adotada. Em que consiste essa consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal.”⁸

Buscando sistematizar a defesa dos interessados transindividuais, o CDC, no art. 81, passou a distingui-los, segundo a sua origem, em: a) interesse individual homogêneo - interessados determináveis, que compartilham interesses divisíveis; b) coletivos em sentido estrito - interessados determináveis, que compartilham a mesma relação jurídica indivisível; c) difusos - interessados indetermináveis, face à mesma situação de fato, e dano individualmente indivisível.

Pode-se dizer que na tutela coletiva há uma controvérsia sobre interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, além de ser usual a existência de conflitos entre os próprios grupos envolvidos, sendo a defesa judicial coletiva feita por meio de legitimação extraordinária. Não se trata de mera defesa de direito próprio, mas sim de direitos e interesses individuais alheios, não raro até mesmo divisíveis. Ademais, o produto da indenização vai para um fundo fluido, de utilização flexível na reparação do interesse lesado, com exceção da ação coletiva de interesses individuais homogêneos, a qual o produto da indenização será repartido entre os integrantes do grupo lesado. A imutabilidade do *decisum* deverá ultrapassar

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**

os limites das partes processuais, formando a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, tudo isto em prol dos princípios que valorizam a economia processual⁹.

A defesa coletiva de direitos individuais faz com que as determinações constantes no texto constitucional não se tornem letra morta, vez que atende aos ditames da economia processual. Ao desafogar o Poder Judiciário, amplia os mecanismos de acesso de todos à atividade jurisdicional, sempre que dela necessitarem, e promove a igualdade de todos, pois por meio dela se evitam decisões díspares sobre uma mesma causa de pedir.

⁹ Dessa maneira compreende MAZZILLI, Hugo Nigro, em **A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2009.

2. Capítulo II

A Defensoria Pública e o Estado Democrático de Direito

2.1. Os valores de um Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal, logo no *caput* do art. 1º determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e no art. 3º elenca uma série de objetivos fundamentais da República, a fim de construir uma sociedade mais livre e igual.

Por Estado Democrático de Direito entende-se a organização política em que o poder emana do povo, exercendo-o diretamente ou por meio de representantes eleitos. Além disso, considera-se democrático o Estado que assegura aos seus cidadãos os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, a fim de que não haja desigualdade entre os indivíduos, corroborando, pois, como o princípio da isonomia, resguardado no art. 5º, *caput*, da Constituição.

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já determinava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada não tem Constituição”.

Nesse seara, quando se fala em resguardar os direitos dos indivíduos, a fim de torná-los iguais, não se pode, em momento algum, esquecer do direito à jurisdição, pois inexistirá democracia se alguém não puder ver sua demanda apreciada, devendo o Estado se valer de todos os esforços possíveis para concretização desse direito.

Elias Diaz¹⁰ aponta que as características básicas do Estado de Direito, na perspectiva democrático-liberal, podem ser assim apontadas: i) submissão ao império da lei, sendo esta criada por meio do Poder Legislativo, composto por membros eleitos pelo povo; ii) divisão dos poderes de maneira independente e harmônica; e iii) garantia dos direitos individuais.

Cleber Francisco Alves¹¹ enfatiza que no Estado Democrático de Direito atual ocorre uma espécie de deslocamento das atenções para o Poder Judiciário, em decorrência do

¹⁰ DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1973. *apud*, ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

¹¹ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 23.

fenômeno denominado “judicialização” da política e das relações sociais. Ou seja, diante da omissão do Poder Executivo em promover políticas públicas e do Poder Legislativo na elaboração de leis, com o fito de efetivar os objetivos da Carta Magna, o número de demandas no Judiciário cresce cada vez mais, vez que os cidadãos pleiteiam o reconhecimento de seus direitos, passando o Judiciário a ter uma atuação muito mais ativa na construção de uma sociedade democrática.

Verdade é que historicamente o Judiciário se caracterizava por um distanciamento dos litígios a que era submetido, limitando-se a uma mera interpretação literal e técnica da norma jurídica, resolvendo, na maioria das vezes, conflitos de cunho exclusivamente individual. Sendo assim, não havia um comprometimento desse órgão de promover o acesso dos pobres à justiça, nem de criar mecanismo de redução das desigualdades latentes da sociedade.

A Democracia, que no dizer de Norberto Bobbio¹² é um “conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”, só estará de fato implementada se todos, sem exceção, puderem se valer dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O acesso aos tribunais é, portanto, de fundamental importância para a caracterização de uma verdadeira democracia. Nesse sentido, a fim de preservar o regime democrático, o Judiciário, bem como as outras instituições, necessita de renovação a cada momento, implementando novas instituições e garantindo novos direitos. A criação dos Juizados Especiais, por meio da Lei nº 9.099/95 é um bom exemplo dessa atuação em prol de mudanças.

A alteração da postura do Judiciário nos últimos anos foi evidente. O distanciamento verificado outrora não se faz mais presente. Na verdade, desde a Constituição de 1934 verifica-se a preocupação do Estado Brasileiro em garantir o direito subjetivo público de todos necessitados à assistência judiciária. Ademais, em 1950 foi promulgada a Lei nº 1.060, que veio a disciplinar tal matéria, sendo mais um trunfo na luta por igualdade de direitos.

Na atual Carta Magna é resguardado, no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Todavia, verdade é que esse artigo seria letra morta se não tivessem sido criados mecanismos que pudesse implementá-lo. Exemplo disso é a Defensoria Pública, cuja

¹² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 11 e 12

proteção constitucional se encontra no art. 134, além da previsão no art. 22, § 1º da Lei nº 8.906/94, que estabelece que diante da impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação do serviço fazê-lo, cabe ao advogado, sendo seus honorários devidos pelo próprio Estado.

Assim, apesar das incontáveis discussões doutrinárias, institucionais e judiciais no âmbito do Direito, em nenhuma hipótese se pode esquecer que o ponto crucial do Estado de Direito é o povo. É ele o detentor do poder de uma sociedade, conforme afirmado em próprio corpo constitucional – art. 1º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo”.

Dessa forma, deve-se sempre buscar a maior proteção possível que se possa dar aos cidadãos. Nessa seara, cumpre mencionar o mestre Juan E. Méndez, para quem:

“(...) uma justiça acessível aos não-privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão. A não ser que consigamos resolver os problemas da marginalização e exclusão, os regimes que criamos e consolidamos não merecerão o adjetivo de ‘democráticos’. (...) A não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito.”¹³

2.2. A Assistência Judiciária Gratuita no Estado Brasileiro

Certo é que no Brasil a positivação da necessidade de prestação de assistência judiciária gratuita se deu com as Ordenações Filipinas, que previa que caso o litigante fosse realmente pobre, ficaria isento das custas do processo.

Por meio do Decreto nº 2.457 de 1897, seguido pelo Código Civil de 1916, a questão da necessidade de proporcionar assistência jurídica aos hipossuficientes ganhou maior relevância no ordenamento pátrio. Com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, em 1930, o Decreto nº 20.784/31, que regulamentava tal instituição, passou a determinar que cabia ao advogado prestar seus serviços a quem não podia pagar, numa atuação caritativa e obrigatória.

¹³ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 31.

No entanto, foi somente com a Constituição Federal de 1934 que a assistência judiciária ganhou *status* constitucional, vindo a ser melhor regulamentada pela Lei nº 1.060/50.

Insta comentar, contudo, que a necessidade de prestação de assistência judiciária encontra hoje novos alicerces. Não é meramente vista como uma isenção de custas àqueles que não podem pagar as despesas processuais, mas sim numa efetiva prestação jurídica, devendo ser oferecido a todos as mesmas condições de atuação litigiosa, incluindo a consulta jurídica.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 previu expressamente no art. 5º, LXXIV que a Assistência Jurídica Integral e Gratuita deve ser prestada pelo Estado, em decorrência do mencionado princípio da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III da Carta Fundamental.

É nessa seara que se insere a Defensoria Pública, instituição criada a fim de garantir a preservação da dignidade de todos, seja no reconhecimento dos direitos levados a juízo, seja na possibilidade de contarem com uma efetiva prestação jurisdicional, muitas vezes anterior a própria formação da lide. Exerce, portanto, um papel essencial no Estado de Direito.

Maria Gonçalves Pimenta¹⁴ afirma que ao se proteger os direitos do homem não se está defendendo apenas a pessoa, mas sobretudo a lei. A certeza do cumprimento desta evita, assim, que o indivíduo se torne vítima de uma injustiça.

Ao discorrer sobre os direitos do pobre, o professor Leonardo Greco assim se posiciona:

“Aos pobres devem ser assegurados os direitos de agir e de defender-se perante qualquer jurisdição em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos.

A isenção de custas e o patrocínio gratuito por advogados que exerçam a defesa técnica em igualdade de condições com os demais cidadãos são essenciais.

(...)

A gratuidade visa a garantir que ao pobre paridade de tratamento e igualdade de chances no acesso à tutela jurisdicional, mas não a colocá-lo em posição mais vantajosa do que a do seu adversário, sob pena de transformar-se num instrumento de privilégio.”¹⁵

¹⁴ Ob. cit., p. 94.

¹⁵ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 235.

2.3. Os princípios institucionais da Defensoria Pública

2.3.1. Isonomia

Conforme já foi afirmado anteriormente, a instituição da Defensoria Pública possui como escopo de atuação a prestação de assistência jurídica aos necessitados economicamente, que não podem custear a contratação de um advogado.

Dessa maneira, enfatiza-se aqui o princípio da isonomia, solidificado no texto constitucional por meio do art. 5º, *caput*, mas que encontra nas palavras do mestre Rui Barbosa sua melhor definição:

“A regra da desigualdade não consiste senão em quinhões desigualando os desiguais na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira igualdade.”¹⁶

Aprofundando o tema, cabe trazer à baila a lição de Augusto Tavares Rosa Marcacini:

“Mais do que a mera igualdade formal, a garantia de tratamento igualitário pela lei, a proibição de privilégios legais, é necessário falar-se em igualdade de possibilidades. Em um Estado verdadeiramente democrático, todos devem ter, substancialmente, na sociedade, as mesmas possibilidades de desenvolvimento social, intelectual, econômico. Enfim, todos devem viver em condições compatíveis com a dignidade humana, condições estas que, por sua vez, não são estatais, mas devem acompanhar o estágio de desenvolvimento tecnológico da sociedade.”¹⁷

Destarte, pelo que aqui se expôs, observa-se que os trabalhos da Defensoria Pública buscam efetivar a igualdade entre os indivíduos de uma coletividade, de modo com que todos possam ter o mesmo tratamento, as mesmas oportunidades, corroborando, pois, para assegurar a dignidade de todos.

2.3.2. Contraditório e Ampla Defesa

Além do princípio da isonomia, a Defensoria é regida também pelo contraditório e ampla defesa, cuja positivação constitucional se encontra no art. 5º, LV, determinando a observância de tal princípio não apenas nos processos judiciais, mas também nos administrativos.

¹⁶ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Rio de Janeiro, ed. 1932, p. 40.

¹⁷ MARCACINI, Augusto Tavares. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.9.

Jamais haverá processo justo se não houver a observância desses princípios, sendo até mesmo fundamentais para persecução do devido processo legal. Não haverá decisão justa se para sua formação os interesses opostos não tiverem sido ponderados. Nesse sentido, cabe mencionar os ensinamentos do mestre Leonardo Greco acerca do contraditório:

“Ninguém pode ser atingido por uma decisão justa na sua esfera de interesse sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais (...); b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas (...); c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (...); d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada (...); e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem sua plena participação.”¹⁸

Já no que concerne ao direito de ampla defesa, este pode ser entendido como a possibilidade da parte de se valer de todos os instrumentos admitidos em Direito para sustentar sua alegação. Diante disso, as partes ou interessados podem propor e produzir provas, requerer a interposição de recursos, abrangendo, pois, tanto o direito à autodefesa como a defesa técnica, a ser elaborada por meio de um profissional habilitado.

Assim, verifica-se que por mais que possuam conceitos teóricos diferentes, os princípios do contraditório e ampla defesa se complementam, não existindo um sem o outro.

Dessa forma, não há dúvidas de que para a devida efetivação de tais princípios faz-se mister que a parte se valha de um advogado, tendo em vista a existência de questões eminentemente técnicas que só esse profissional será capaz de solucionar. Para que não ocorra a prevalência de uma parte sobre outra, igual mecanismo de defesa lhes deve ser assegurado, nesse sentido, para aqueles que não tiverem recursos suficientes para a contratação de um advogado, o defensor público faz-se necessário.

¹⁸ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241 e 242.

Da mesma forma que os princípios do contraditório e ampla defesa se complementam, o princípio da isonomia guarda com eles íntima conexão. A paridade de armas e oportunidades em um processo é imprescindível, exigindo-se a utilização de defesa técnica, o que não poderá ser dispensado pela parte, a não ser nos casos em que o próprio legislador assim o prever, como se dá no procedimento sumaríssimo, art. 9º da Lei nº 9.099/95.

Acerca do tema, melhor conclusão não poderia chegar a autora Marília Gonçalves Pimenta, que assim ensina:

“Nesse contexto surge a intervenção de uma assistência jurídica integral e gratuita para o acusado, muitas vezes exercida pela Defensoria Pública (em Estados em que a carreira é instituída), afinal o artigo 133 da CF dispõe que a Defensoria Pública é encarregada de prestar assistência integral e Gratuita aos que dela necessitarem.

Da mesma forma ocorre em casos de revelia de réus citados por edital, casos em que para a efetivação da ampla defesa e do contraditório é necessário a nomeação de curador especial para assumir a defesa.”¹⁹

2.3.3. Gratuidade de Justiça e Assistência Jurídica

Os conceitos em análise por muitas vezes são vistos de maneira combinada, entretanto, o significado de ambos não se confunde. Justiça gratuita significa a dispensa no pagamento de custas e despesas processuais, ao passo que o conceito de assistência jurídica envolve o patrocínio de uma causa por um advogado, sendo uma forma de prestação de serviço público.

Nesse diapasão, nota-se que a Defensoria Pública agrega, nas suas atribuições, essas duas atividades, vez que propicia além da assistência jurídica o benefício da justiça gratuita, isentando de quaisquer custas os hipossuficientes.

A Lei nº 1.060/50, disciplina em seus dispositivos os benefícios e beneficiários da justiça gratuita. Contudo, questão que se coloca é se as pessoas jurídicas poderiam se valer dessa benesse, vez que o art. 2º da citada lei não as compreende.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial atual é no sentido de estender a assistência jurídica integral e gratuita inclusive para as pessoas jurídicas necessitadas, como é o caso da micro e pequena empresa. A Constituição Estadual do Rio de Janeiro deu um passo

¹⁹ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100.

à frente nessa questão, dirimindo qualquer controvérsia por meio do art. 179, V, “h”, que elencou como funções da Defensoria Pública a do patrocínio as pessoas jurídicas de direito privado e necessitadas, conforme disposição da lei.

2.3.4. Unidade, Indivisibilidade e Independência Funcional

A atuação da Defensoria Pública, em prol da efetivação dos princípios anteriormente analisados, não seria possível se não fosse conferida a essa instituição uma série de prerrogativas que pudessem ensejar da liberdade de ação.

O art. 3º da Lei nº 80/94 e o art. 179, § 1º da CERJ elencam como princípios institucionais da Defensoria a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Por unidade entende-se que a Defensoria é formada por um todo orgânico, possuindo as mesmas finalidades, fundamentos e direção, sendo possível, até mesmo que os defensores públicos sejam substituídos uns pelos outros, sem que isto acarrete em qualquer prejuízo para a instituição.

No que concerne à indivisibilidade, a Defensoria não está sujeita a rupturas e fracionamentos. E, por fim, a independência funcional significa que a instituição não é submissa a nenhuma outra, sendo, pois, dotada de autonomia perante os demais órgãos estatais, não estando sujeita a qualquer interferência política em sua atuação²⁰.

2.4. A Defensoria Pública e o Estado de Direito

Por tudo que aqui se expôs nesse capítulo, verifica-se uma íntima relação da Defensoria Pública com o Estado Democrático de Direito, sendo aquela instituição um meio para consecução dos objetivos buscados pela República Brasileira.

Os direitos do homem vêm sendo alcançados ao longo dos anos, possuindo histórico desde a antiguidade, mas se renovando a cada geração, a fim de tornar a sociedade cada vez mais justa e igual.

Nessa linha, a Defensoria Pública se coloca como entidade preocupada em efetivar as garantias alcançadas pela sociedade ao longo de toda sua história. Promover o respeito aos

²⁰ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 112 e 113.

direitos humanos é uma maneira de assegurar a sobrevivência da própria existência humana. Sendo assim, o Estado de Direito exige a realização de um devido processo legal.

Observa-se que a estrutura da Defensoria Pública faz jus ao próprio Estado Democrático de Direito, que visa à redução das desigualdades e promoção dos direitos humanos. Para que o Brasil possa de fato alcançar os objetivos estipulados no art. 3º de sua Carta Magna, faz-se mister que a Defensoria Pública se torne cada vez mais forte e resistente, preocupada em cumprir o seu papel, qual seja: defender a sociedade.

3. Capítulo III

Tutela dos Interesses Coletivos

3.1. Evolução das gerações dos direitos fundamentais

Os direitos e interesses coletivos, da forma como são entendidos hoje, foram frutos de uma longa conquista da sociedade. Dessa forma, a sua melhor compreensão implica uma análise da evolução dos direitos fundamentais. Na verdade, a doutrina prefere classificar tais direitos em “gerações” ou “dimensões”, o fazendo da seguinte maneira²¹:

Direitos de primeira geração: documentos históricos permitem dizer que tais direitos tiveram origem por meio da Carta Magna de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”, tendo sido seguida pela Paz de Westfália (1648), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), Declaração americana (1776) e francesa (1789). Tudo isto a fim de consagrar o direito às liberdades públicas e direitos políticos, cristalizando, dessa maneira, o direito à liberdade.

Direitos de segunda geração: historicamente foi impulsionado pela Revolução Industrial (século XIX), em decorrência das inúmeras reivindicações trabalhistas e normas de assistência social que advieram do período. O pós Primeira Guerra Mundial também foi de grande importância para fixação de tais direitos, vez que depois do conflito surgiram a Constituição de Weimar (1919) e Constituição Mexicana (1917). Por meio de tais precedentes foram solidificados os direitos sociais, culturais e econômicos, garantindo o direito à igualdade.

Direitos de terceira geração: oriundos de uma profunda mudança na comunidade internacional, decorrentes da globalização e da sociedade de massa. Nesse contexto, surgem os problemas e preocupações com o meio ambiente e com os direitos consumeristas. O ser humano é inserido em uma coletividade, daí surgem os princípios de solidariedade e fraternidade, garantindo os direitos de cunho coletivo.

Direitos de quarta geração: face ao avanço da sociedade, novos direitos surgem como forma de proteção dos indivíduos. Nessa seara, o progresso no campo da engenharia genética, como a descoberta das células-tronco, mecanismos de clonagem e alimentos transgênicos,

²¹ Nesse sentido: LENZA, Pedro, em **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 740 e 741.

podem colocar em risco a própria existência humana, em decorrência da manipulação do patrimônio genético.

Na verdade, fala-se até mesmo em um direito de quinta geração, que seria oriundo do direito de ser feliz. O senador Cristovam Buarque (PDT-DF) apresentou ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional, a fim de alterar o disposto no art. 6º da CF/88. O novo texto traria a seguinte redação: “Art. 6º. São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Contudo, até a elaboração desse trabalho a PEC não havia sido votada.

3.2. Interesses transindividuais

O processo coletivo é o instrumento adequado para assegurar duas espécies de direitos: os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, isto é, sem titular determinado, fazendo com que sejam tutelados em juízo pelo sistema da substituição processual, além de serem materialmente indivisíveis. Já os direitos individuais homogêneos se caracterizam por ser subjetivos individuais, com titular determinado e, por conseguinte materialmente divisíveis, propiciando que a tutela deste se dê tanto de maneira coletiva, como individual, da maneira como convir ao interessado.

Em decorrência do fato de os direitos transindividuais englobarem tanto os direitos difusos como os coletivos *stricto sensu*, adotou-se, nesse trabalho, a utilização de tal nomenclatura, em razão de sua maior amplitude.

Os interesses transindividuais entre o interesse privado e o interesse público. Ou seja, apesar de excederem o âmbito individual, não chegam a formar um interesse de caráter eminentemente público²².

O direito positivo brasileiro costuma determinar que a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa são as medidas judiciais adequadas para a

²² Assim entende: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

tutela de direitos transindividuais; ao passo que a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo seriam os instrumentos típicos para a defesa de direitos individuais²³.

Segundo lição de Kazuo Watanabe²⁴, “com o uso da expressão transindividual de natureza indivisível se destacou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles” (sic).

Não se pode conceituar os interesses transindividuais como simplesmente o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas sim pela fato de a própria ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual à Justiça seja substituído por um acesso coletivo. Evita-se, assim, a formação de decisões contraditórias, bem como se trata de uma forma de alcançar o princípio da economia processual²⁵.

Como um modo de resposta a esses novos direitos, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, passou a distinguir os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, utilizando, basicamente, dois critérios: a) critério objetivo: divisibilidade ou indivisibilidade do bem jurídico (objeto); e b) critério subjetivo: titularidade dos indivíduos ser determinável ou indeterminável.

O CDC, ao explicar os interesses ou direitos difusos, assim determina: Art. 81, I: “assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Dessa maneira, constata-se que o objeto é indivisível e que a titularidade é indeterminável.

Os interesses difusos não podem ser entendidos como subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do estado ou com o interesse da sociedade como um todo, verdade é

²³ Nessa linha, ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de Disciplina Diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais *in* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34

²⁴ WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense**. REPRO, vol. 67, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992, p. 17 *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a Propositura de Ações Cíveis Públicas: primeiras impressões e questões controversas**. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo. v.30, jun. 2008, p. 21.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, p. 50, 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

que nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo estado.

Quanto aos interesses ou direitos coletivos, tem-se: Art. 81, II: “assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. Neste caso o objeto também se apresenta como indivisível, no entanto, os titulares do direito poderão ser identificados, sendo, portanto, determinável, pois existe uma relação jurídica-base que os une, não importando a existência de qualquer organização.

Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são assim definidos pelo Código: Art. 81, III: “assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Aqui o objeto se reputa como divisível, sendo a titularidade determinável.

Objeto indivisível se caracteriza por ser aquele cujo bem pertence a todos, i.e, a coletividade, que terá direitos e interesses sobre esse bem, sendo que a satisfação de um implicará na satisfação de todos, o mesmo ocorrendo quando se der evento lesivo.

Como se viu, a titularidade pode ser determinável ou indeterminável. Por esta última pode-se entender como a que deriva de circunstâncias fáticas, ocasionadas por critério de lugar, tempo e modo, não sendo possível identificar nem precisar o seu número. Já aquela se caracteriza por derivar de uma relação jurídica, que unirá os integrantes, de tal modo que seja possível estabelecer o número de indivíduos, bem como sua identificação.

3.3. Princípios da tutela coletiva

Certo é que se encontrava em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/2009, de iniciativa do Poder Executivo, com o objetivo de disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tal proposta legislativa integrava o II Pacto Republicano por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em 13.04.2009²⁶.

Esse projeto de lei buscava concentrar as normas existentes sobre os interesses transindividuais, de modo a regulamentar melhor a matéria, solidificando entendimentos até

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 307.

então controversos. Não obstante, no art. 3º do PL nº 5.139/2009 estavam listados os princípios que seriam regentes da tutela coletiva, alguns deles já constantes na Constituição Federal de 1988 e em leis infraconstitucionais²⁷.

Tinha-se, assim, o princípio do acesso à justiça, a razoável duração do processo, boa-fé, como também “tutela coletiva adequada com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito” (art. 3º, IV); “dever de colaboração, inclusive das pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção de provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva” (art. 3º, VII); e “preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual, com fundamento em sentença coletiva” (art. 3º, IX).

O projeto foi elaborado por uma Comissão Especial constituída pelo Ministério da Justiça, composta principalmente de membros da Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia, contemplando propostas do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Contudo, esse projeto de lei foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça, CCJ, em 17 de março de 2010. Alegou-se vício de inconstitucionalidade material, sob o argumento de que a proposição não resolveria os problemas do atual modelo de ação civil pública, gerando insegurança jurídica, além de fomentar o ingresso em juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que serão bem representados, expondo a economia, a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação que viriam a ser tratados como párias.

De qualquer forma, tal projeto de lei demonstra uma tendência de solidificar cada vez mais a proteção dos interesses coletivos no ordenamento pátrio. Na verdade, há que se ressaltar que o próprio art. 60, § 4º, IV da CF/88 sofreu o que se denomina de “mutação constitucional”, isto é, apesar de não haver qualquer alteração no texto da constituição, sua interpretação foi modificada. Nesse contexto, considera-se que não apenas os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, mas também os direitos e garantias coletivos.

²⁷ Ob. cit., p. 310.

Nesse diapasão, a Ação Civil Pública passa a ser de grande importância para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em sede de tutela coletiva, sendo dotada de eficácia e utilizada como forma de garantir a efetividade dos direitos sociais²⁸.

3.4. Legitimidade extraordinária

Em regra, a defesa dos direitos levados a juízo é feita pelo próprio lesado. Nesse sentido, o próprio art. 6º do CPC determina que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Configura-se, assim, a denominada legitimação ordinária.

Todavia, a leitura daquele artigo faz com que se verifique uma exceção à regra da legitimação ordinária. Ter-se-á legitimação extraordinária quando o Estado não considerar a titularidade do indivíduo lesado para atribuir-lhe competência de figurar no pólo ativo da demanda. Ou seja, pleitea-se em nome próprio a defesa de um direito alheio, ou pleitea-se em nome próprio a defesa de um direito pertencente a um grupo, nele estando incluído o próprio demandante, que atuará em defesa do interesse de todos. De qualquer forma, em ambos os casos, há que se ter previsão legal para tanto.

No caso das ações civis públicas ou coletivas, na defesa de interesses transindividuais, alguns legitimados substituem processualmente a coletividade de lesados, configurando-se a legitimação extraordinária. Esta se dará em benefício da efetividade da defesa do direito violado.

Como já se afirmou, para que possa defender o interesse de um grupo, há que se ter uma lei prevendo tal legitimação. A Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, a Constituição da República de 1988, assim o fazem. Contudo, em decorrência do dinamismo do Direito, surge a questão de se estaria a Defensoria Pública incluída nesse rol de legitimados, em razão das funções que exerce.

3.5 Legitimidade ativa

Como se viu, a regra do direito processual é a chamada legitimidade ordinária, mas em sede de demanda coletiva, faz-se mister a legitimação extraordinária. A definição desses

²⁸ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **A Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ação Civil Pública**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v.9. Maio/jun. 2009, p. 106.

legitimados ativos apresenta variação importante, abrangendo a atribuição de legitimidade *ad causam* a entes públicos, paraestatais e pessoas físicas.

A defesa de direitos e interesses transindividuais possui a peculiaridade de que não é qualquer solução para a *legitimatío ad causam* ativa que pode ser considerada válida, mas apenas aquela que for apta a garantir a efetiva participação da sociedade, que se dará por intermédio do Poder Judiciário.²⁹

A participação judicial pode ser direta ou semidireta. Aquela ocorrerá quando a legitimidade ativa para a causa for conferida ao próprio indivíduo ou cidadão; já esta se dará nas hipóteses em que a legitimação é atribuída aos grupos ou instituições sociais secundários, como o Ministério Público, Defensoria Pública, associações e sindicatos, em outras palavras, àqueles que se encontram em posição intermediária entre o povo e os representantes eleitos.³⁰

Tais entidades agirão como “porta-vozes” da vontade do povo, a fim de que a pretensão e expectativa deste sejam atendidas.

Ao longo dos anos foram introduzidos no ordenamento pátrio soluções para a legitimidade para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais. Em um primeiro momento teve-se a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, CDC. Aquela lei, originariamente, conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público e às pessoas jurídicas estatais, autárquicas³¹ e paraestatais. Tal diploma legislativo por recepcionado pela Constituição Federal, que por meio do art. 129, III previu a legitimação do *Parquet*..

Na redação original do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, LACP, que elenca os legitimados, lia-se o seguinte:

“Artigo 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua, entre suas finalidades

²⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações Civas e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do Direito vigente ao Direito projetado *in* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Segundo o STJ as autarquias estaduais não possuem legitimidade para propor ação civil pública. Ver: REsp nº 1.1011.789/PR, Rel. Ministro José Delgado. DJ 27.08.2008.

institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado)”.

A matéria foi, contudo, aperfeiçoada pela Lei nº 8.078/90, que ampliou a proteção jurisdicional a todas as demais categorias de direitos e interesses difusos. Não obstante, passou-se a entender possível a ampliação dos legitimados para a defesa dos interesses consumeristas, dentre eles a Defensoria Pública.

De qualquer forma, nota-se que Defensoria Pública estava excluída do rol dos legitimados da LACP. Acontece que, como o advento da Lei nº 11.418/07, que em seu artigo 2º alterou o art. 5º da LACP, a Defensoria Pública passou a ser inserida entre os legitimados para a propositura da demanda, cuja previsão encontra-se agora no art. 5º, II da lei.

No entanto, verdade é que o Ministério Público está em posição de vantagem para o ajuizamento da ação, em razão de sua independência institucional e atribuições funcionais, até mesmo porquê a própria Constituição, como já foi dito, prevê sua legitimação.

Ademais, a Lei Complementar nº 75 de 1993, ao dispor sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, atribuiu ao mesmo, no art. 6º, competência para proteção de interesses individuais homogêneos, isto sem deixar de mencionar que tal órgão já dispunha de legitimidade para defesa dos direitos difusos e coletivos³².

Entretanto, a fim de conferir maior amplitude à tutela coletiva, a Defensoria Pública passou a ser incluída entre os legitimados. Vejamos o art. 5º da LACP:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: 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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Há que se ressaltar que do projeto inicial da Lei o dispositivo também concedia legitimidade ao Presidente da República, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, às Mesas das Assembleias

³² Assim entende MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, p. 218. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010

Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, aos Prefeitos, às Mesas das Câmaras Municipais, à Defensoria Pública e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais, excluindo-se a legitimidade dos entes federativos.

No entanto, após deliberações legislativas, o Deputado Luiz Antônio Fleury, ora Relator, emitiu parecer no sentido de estender o rol tão somente à Defensoria. Sua opinião foi seguida pelos demais parlamentares. Observa-se que a Casa do Povo, exercendo a representação da soberania popular prevista no art. 1º, parágrafo único da CF/88, entendeu pela inclusão da Defensoria Pública como legitimada.

O deputado, em seu parecer, assim se pronunciou: “à defensoria pública é que deveria ser reconhecida a legitimidade para a propositura de ação civil pública, tendo em vista a importância desta instituição e a natureza de suas atribuições sempre voltadas para a defesa dos cidadãos e para a luta pela construção neste País de um verdadeiro Estado Democrático de Direito”³³.

³³ Projeto de Lei nº 5.794/2005 *apud* TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **A Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ação Civil Pública**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v.9. Maio/jun. 2009, p. 111.

4. Capítulo IV

Legitimidade da Defensoria Pública

4.1. Legitimação anterior à Lei nº 11.448/07

Em um breve resumo, esposou-se no início do trabalho que a Defensoria Pública é uma instituição, com previsão constitucional, art. 134, que foi criada com o escopo de efetivar direitos e garantias dos indivíduos, reduzindo as desigualdades, a partir do momento em que todos poderiam se valer do direito ao acesso à justiça.

Certo é que, em relação à proteção dos direitos consumeristas a Defensoria Pública sempre foi tida como legitimada para propositura de ações em nome daquele grupo³⁴. Isto se dá em razão do fato de que a Defensoria defende os interesses dos menos providos de recurso, e o CDC atribui como característica de consumidor a existência da vulnerabilidade, conforme se verifica no art. 4º, I do CDC.

A íntima relação entre a Defensoria Pública e o direito do consumo é comprovada mediante a leitura dos artigos daquele diploma legal. Logo no art. 5º tem-se a seguinte redação: “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros: I – manutenção de assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente”. Ademais, no art. 6º, ao elencar os “direitos básicos do consumidor”, estipula, no inciso VII, “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”. No art. 82, III ao versar sobre os legitimados a defesa dos interesses dos consumidores, seja individualmente ou a título coletivo, o Código elenca: “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 esse Código. Por fim, no art. 83 é assegurado que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

³⁴ Nesse sentido: SOUSA, José Augusto Garcia de. **A nova Lei 11.418/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas**, p. 243 *in* **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos/** coordenação: José Augusto Garcia de Sousa. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Como se observa, as funções que o Constituinte de 1988 atribuiu à Defensoria Pública se coadunam enormemente como as previsões do CDC. Destarte, na defesa dos interesses consumeristas, ainda que de maneira coletiva, resta comprovada a legitimidade da Defensoria Pública para tanto.

Na verdade, a jurisprudência do STJ assim também sempre entendeu, vejamos:

“STJ – REsp 555.111/RS. 3ª Turma. Min. Castro Filho. DJ 05/09/06.
Ementa: PROCESSUAL 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.”

“STJ – REsp 181.580/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Castro Filho. DJ 22/03/2004
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLOÇÃO DE LOJA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. VÍTIMAS DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDORES.

I – Procuradoria de assistência judiciária têm legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, 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'."

Não se duvida, portanto, que a Defensoria Pública possuía, antes mesmo da Lei nº 11.448/07, legitimidade para ajuizar demandas em prol do consumidor. Até mesmo porque, a defesa do consumidor é um direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXII da CF/88, de forma que, à luz do § 1º do mesmo dispositivo, possui aplicação imediata, não podendo ser criados óbices para proteção desse direito.

Todavia, por mais que a Defensoria Pública pudesse ter legitimidade para atuar em prol dos consumidores, a extensão dessa legitimidade foi sempre muito controvertida. A Lei nº 11.448/07 significou um marco histórico, corrigindo uma injusta discriminação com uma das mais respeitadas instituições brasileiras³⁵.

4.2. Argumentos contrários à legitimidade da Defensoria Pública

Nesse tópico, analisar-se-á o posicionamento que poderia levar a crer que a Defensoria Pública careceria de legitimidade para a propositura de tal ação. Para isso, serão apresentados os principais pontos levantados na petição inicial da ADI nº 3943, assim como o entendimento de parte da doutrina sobre a ilegitimidade da instituição.

4.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943

A medida judicial em referência foi ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, demonstrando sua legitimidade para tanto na forma do art. 103, IX da CRFB/88.

No mérito é argumentado que o art. 5º, II da Lei nº 7.347/85, pela redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.448/07, padeceria de vício material de inconstitucionalidade, pois ao incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados, apresentava uma afronta direta aos arts. 5º, LXXIV e 134 da Constituição de 1988.

³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**, Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo. v.30, jun. 2008 p. 05.

A inconstitucionalidade seria advinda do fato de que a Defensoria ser uma instituição que foi criada para a função precípua de atender aos que não possuem recursos suficientes para defesa judicial ou que necessitem de orientação jurídica. O atendimento da Defensoria seria restrito, pois, àqueles que comprovarem carência financeira.

Dessa forma, no sentir do autor da demanda, os atendidos pela Defensoria Pública deveriam ser, pelo menos, individualizáveis e identificáveis, a fim de que se possa ter ciência de que a pessoa atendida pela instituição não possui recursos suficientes para ingressar em juízo.

A Defensoria Pública não teria, portanto, legitimidade extraordinária para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vez que em tais grupos a individualização dos titulares, por vezes, não se faz possível, como no caso dos interesses difusos.

Como já se afirmou, a ADI encontra-se sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia, não tendo sido julgada até então.

4.2.2. Posicionamento doutrinário desfavorável

Força contrária à legitimidade da Defensoria Pública não é encontrada apenas na via judicial, mas também existem posições doutrinárias que entendem pela inconstitucionalidade de tal legitimação.

Hely Lopes Meireles³⁶ entende que a legitimidade da Defensoria está vinculada a suas atribuições definidas pela Constituição Federal, as quais não poderiam ser ampliadas pela legislação ordinária. Para o autor, uma interpretação ampliativa do rol dos legitimados faria com que a Defensoria Pública fosse transformada em uma espécie de Ministério Público “paralelo”, no que concerne ao ajuizamento de ação civil pública.

Na verdade, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão anterior à Lei nº 11.448/07, ao julgar a ADI nº 558-8/MC que impugnava alguns preceitos da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, dentre eles a legitimidade da Defensoria Pública para postulação e

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 217

defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos dos necessitados, bem como o patrocínio de ação civil pública em favor de associações destinadas à proteção dos interesses difusos, determinou que a Defensoria Pública teria legitimidade para intentar ação civil pública tão somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não podendo, pois, atuar como substituto processual, em razão da, até então, inexistência de previsão legal³⁷.

De qualquer modo, a decisão do Supremo, apesar de não ter conferido a amplitude da atuação da Defensoria Pública, da maneira como previa a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, não representou uma derrota para aquela entidade, pelo contrário, ressaltou a interpretação ampla que deve ser dada ao art. 134 da CF/88, corroborando o princípio solidarista.

O promotor de justiça André Luis Alves de Melo³⁸, contrário à legitimação da Defensoria Pública, entende que os defensores seriam uma espécie de advogados públicos na área social, dessa forma, o ajuizamento de ações coletivas, inclusive ação popular, estaria restrito à representação processual de um cidadão comprovadamente carente ou associação ligada ao carente. No seu sentir, a Lei nº 11.448/07 deveria ser interpretada de maneira restrita, impedindo que a Defensoria atuasse, nessa matéria, de ofício.

Observa-se que o mencionado autor não fez jus a devida representatividade que os defensores públicos possuem, equiparando-os a advogados dos carentes. Como visto, a função institucional da Defensoria Pública vai além da defesa técnica de um hipossuficiente. Trata-se de uma atribuição muito mais ampla, uma forma de garantir os próprios valores do Estado Democrático de Direito, proporcionando a construção de uma sociedade, na medida do

³⁷ O Ministro Sepúlveda Pertence, ora relator do acórdão da ADI nº 558-8/MC, DJ 26.03.1993, declarou que: “Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos ‘direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados’, a que alude o art. 176, caput, da Constituição do Estado: é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos, não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade.

(...)

“A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.

“Não me impressiona, de sua vez, a increpação de que as atribuições aí deferidas à Defensoria Pública implicaram invasão de áreas de atuação reservadas ao Ministério Público.”

³⁸ MELO, André Luis Alves de. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-25/limites_defensoria_ajuizar_acao_civil_publica?pagina=3. Acessado em 18 de novembro de 2010.

possível, mais justa e igualitária, haja vista a importância política e social que essa instituição possui.

4.3. Argumentos favoráveis à legitimidade da Defensoria Pública

Após a exposição dos argumentos que entendem pela ilegitimidade da Defensoria Pública e, por conseguinte, a inconstitucionalidade do art. 5º, II da Lei nº 7.347/85, há que se verificar o entendimento em sentido oposto àquele, para que ao fim se possa definir o melhor caminho a ser seguido.

4.3.1. Os objetivos da amplitude funcional

Conforme já foi afirmado, o Poder Constituinte Originário, no art. 134, previu a criação da Defensoria Pública. Entretanto, não se pode fazer uma interpretação literal das atribuições dessa instituição, pois se assim for, os próprios preceitos constitucionais que esse órgão visa a assegurar estarão sob ameaça de não concretização. Destarte, nota-se que foi deixada uma ampla margem de manobra para a construção do perfil institucional da Defensoria, a ser feito tanto pelo legislador, como pelo intérprete³⁹, com o fito de aprimorar sua atuação.

Aqueles que são contrários à legitimação da Defensoria Pública alegam que ao tutelar interesses coletivos estaria indo além de suas atribuições constitucionais, que é a defesa daqueles que são comprovadamente hipossuficientes. Ocorre que as funções desse órgão devem ser vistas sempre de maneira ampliativa, vez que não é raro observar o exercício de funções “atípicas”, ou seja, desenvolvidas sem a comprovação da carência do assistido⁴⁰. Nesse sentido, faz-se mister observar o entendimento do autor Silvio Roberto Mello Moraes:

“Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses dos hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição.”⁴¹

³⁹ Assim entende: SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva**, p. 96 in *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 51, 2010.

⁴⁰ Ob.cit., p. 97.

⁴¹ MORAES, Silvio Roberto Mello. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.01.1994 anotada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24 *apud* SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva**, p. 97.

A Defensoria Pública é, na verdade, um instrumento constitucional a fim de garantir a assistência jurídica aos necessitados, materializando os direitos destes. Para atingir a efetivação dos preceitos constitucionais a atuação dessa entidade não pode ser limitada, sob pena de não atingir seus objetivos. Entendo que se aplica aqui a teoria dos poderes implícitos, que conforme anotou o Ministro Celso de Mello, tendo como precedente o caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819) da Suprema Corte dos Estados Unidos, seria aquela que estabelece que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”⁴². Dessa maneira, o Constituinte, ao prever a criação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conferiu-lhe, implicitamente, poderes para alcançar a defesa dos necessitados.

Em razão dos arts. 37 da Constituição da República de 1988 e do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, fica demonstrado que a Defensoria possui o dever de eficiência, devendo se valer de todos os meios técnicos possíveis para garantir uma tutela efetiva aos cidadãos que vem ao seu socorro. Para atingir esse objetivo que lhe foi conferido pela Constituição Federal, ainda que implicitamente, há que se entender pela legitimidade dessa instituição a fim de tutelar os direitos transindividuais.

Caso as funções da Defensoria estivessem restritas apenas a defesa dos carentes de recursos financeiros, os preceitos constitucionais que visam à promoção do indivíduo na sociedade, por meio da asseguaração de seus direitos fundamentais, não seriam atingidos. A Defensoria Pública perderia, assim, seu escopo de atuação, estando fadada a ineficácia.

As funções institucionais não podem ser vistas por uma ótica eminentemente individualista, sob pena de os próprios cidadãos serem prejudicados. A solidariedade, princípio este que rege os direitos e interesses transindividuais, não deve ficar restrita apenas ao que se chamou de “direitos de terceira geração”. Na verdade, para a sua fiel persecução, as próprias entidades e instituições devem pautar suas tarefas por esse princípio, em que todos dividem as responsabilidades da vida em comum, devendo, por conseguinte, reunir esforços em conjunto para alcançar o bem-estar social.

Conforme ensina o mestre José Augusto Garcia de Sousa, o fenômeno da carência está, nos dias atuais, extremamente multifacetado, ocorrendo o que se denomina de

⁴² MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso De Mello, j. 23.05.2007, DJ de 29.05.07.

pluralização do fenômeno da carência⁴³. Exemplo de tal feito seria a própria consideração do consumidor como vulnerável, conforme reza o art. 4º, I do CDC.

Nessa seara, qual o verdadeiro significado de “necessitados”, palavra esta inserida no texto da Constituição da República de 1988? O dicionário Houaiss esclarece que “necessitar” seria “1. ter necessidade ou obrigação de; 2. reclamar por direito legítimo ou suposto; exigir, requerer”⁴⁴. Por que haveria de se atribuir um sentido tão restrito a tal terminologia, portanto? Parece que, fazendo dessa maneira, a vontade - diga-se, ilimitada e incondicionada do Constituinte Originário - estaria sendo violada, a partir do momento em que restrita a aspectos meramente financeiros.

Ao analisar o termo “necessitados”, Ada Pellegrini Grinover destaca que existem necessitados no plano econômico, mas também existem necessitados do ponto de vista organizacional. Nessa terminologia devem ser incluídos, pois, todos aqueles que são socialmente vulneráveis⁴⁵.

O que se quer dizer com tudo isso é que não deve ser imposta à Defensoria uma filosofia institucional individualista e anacrônica⁴⁶. Busca-se, tão somente, que sua atuação possa ser cada vez mais eficaz na defesa dos interesses da sociedade como um todo, isto é, a todos que da Defensoria necessitam. Corrobora-se, outrossim, para o atingimento de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, conforme determina o art. 3º, I da CF/88.

4.4. Réplica à ADI nº 3943

Verifica-se que a legitimidade da Defensoria Pública, inserida no inciso II do art. 5º da LACP, é resultado de uma escolha discricionária do legislador, ao indicar aqueles que, no seu sentir, seriam aptos a proteger os direitos e interesses transindividuais.

⁴³ Ob.cit., p. 231.

⁴⁴ Minidicionário Houaiss da língua portuguesa/ Antonio Houaiss e Mauro de Salles Villar; elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.- 2.ed. ver. e aum. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública**. Revista de Processo. São Paulo. v.33. n.165, nov. 2008, p. 308.

⁴⁶ SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva**, p. 101 *in* Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁷, ao emitir parecer sobre a ADI nº 3943, destaca que o verdadeiro intuito da CONAMP, ao ajuizar tal medida, seria simplesmente evitar a concorrência da Defensoria Pública, ressaltando que na defesa do exercício da cidadania e nos mecanismos de se garantir o acesso à justiça não pode haver qualquer reserva de mercado⁴⁸.

No mesmo sentido da autora, tendo sido até mesmo citado por ela, entende o autor Rogério Bastos Arantes, para quem:

“O Ministério Público foi audacioso também ao propor a retirada da legitimação para agir da União, estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, mas o Ministério da Justiça tratou de reincorporá-los ao projeto de lei que foi encaminhado ao Congresso Nacional. É provável que aqui tenha pesado, da parte do Ministério Público, o receio da concorrência com outras entidades públicas. Como o projeto da comissão de juristas vinculava a participação desses órgãos à existência de finalidade institucional específica, pode-se afirmar que a intenção era abrir terreno para organismos estatais especializados na defesa de certos direitos difusos, na linha do que preconizava Mauro Cappelletti em seu famoso artigo. Evidentemente, num contexto em que soluções como a do Ombudsman sueco ganhavam cada vez mais simpatia, pode-se imaginar que a criação desses organismos públicos altamente especializados introduziria uma indesejável concorrência para o Ministério Público, ameaçando sua posição de poder duramente conquistada ao longo dos anos. Ao contrário, o Parquet se constituiria no único órgão público capaz de ajuizar ações coletivas se a legitimidade de agir fosse estendida apenas às associações civis, tal como constava do seu anteprojeto de lei. No final, o Ministério da Justiça fez retomar ao projeto os legitimados que o Ministério Público havia suprimido, contrariando sua intenção de ser o único órgão estatal a ter legitimidade para usar a ação civil pública.”⁴⁹

Certo é que a Constituição Federal em momento algum determina que o Ministério Público deva ter exclusividade na defesa de direitos coletivos. Pelo contrário, o próprio art. 129, ao prever as funções do Ministério Público, estabelece no § 1º que a legitimação do Ministério Público para as ações elencadas no dispositivo não consiste em impedimento ao ajuizamento das mesmas por terceiros.

Destarte, não parece haver razão para que o Ministério Público alegue sua exclusividade na defesa desses direitos. Sua legitimação não é exclusiva, mas sim concorrente

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública**. Revista de Processo. São Paulo. v.33. n.165, nov. 2008.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 306.

⁴⁹ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. Editora Sumaré-Idesp-Educ, 2002, p. 71 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. **Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública**. Revista de Processo. São Paulo. v.33. n.165, nov. 2008, p. 305.

e autônoma. A Defensoria Pública não está a retirar a legitimação do *Parquet*. Este não teve suas atribuições violadas, continuando a ser órgão legítimo na defesa dos direitos coletivos.

De acordo com a já citada autora Ada Pellegrini, a inovação no art. 5º da LACP veio tão somente permitir que a Defensoria Pública possa somar esforços na conquista dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo, até mesmo, agir em litisconsórcio juntamente com o Ministério Público⁵⁰.

O que se busca com a ampliação do rol dos legitimados à propositura da ação é, dentre outros objetivos, garantir o acesso à justiça, da maneira como foi exposto no início desse trabalho, sob influência das lições do mestre Mauro Cappelletti.

Os processualistas Luiz Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart parecem entender no mesmo sentido do que aqui vem sendo exposto, o que se observa perante a seguinte afirmativa:

“A Lei 11.448/07 conferiu legitimidade à *Defensoria Pública* para a ação coletiva, eliminando polemica existente sobre a extensão das atribuições deste órgão. Frise-se, no entanto, que a legitimação conferida à Defensoria Pública está ligada à sua finalidade essencial, desenhada no art. 134 da CF. Ou seja, a Defensoria Pública poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos *que tenham repercussão em interesses dos necessitados*. Não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva dos necessitados, mas sim que a sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, mas sim que a sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, ainda que também possa operar efeitos perante outros sujeitos.”⁵¹

Um dos principais argumentos utilizados por aqueles que entendem pela ilegitimidade da Defensoria vem a ser o fato de que por meio de ação civil pública tal entidade estaria tutelando interesses difusos, isto é, cujos titulares são indeterminados. No entanto, há que se observar que se o interesse individual merece tutela perante o ordenamento pátrio, com mais razão parece merecer a proteção do interesse de muitos, ainda que não possam ser identificados.

O Ministério Público defende que a ele caiba a função de tutela de direito de caráter coletivo, ao passo que a Defensoria caberia a tutela de interesses individuais. O *Parquet* parece se esquecer que ele também exerce funções atípicas, não se limitando a tutelar apenas

⁵⁰ Ob. cit., p. 306.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, vol. 2, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 746.

o interesse da coletividade. Essa afirmação é corroborada pelo art. 201, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, que possui a seguinte redação:

“Compete ao Ministério Público: promover e acompanhar ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.”

A questão a que se coloca é a seguinte: como pode o Ministério Público defender uma interpretação restritiva da Constituição da República no que concerne à atribuição dos órgãos, ao passo que ele mesmo possui uma competência que foi alargada pelo legislador? Falar-se-ia em usurpação da função da Defensoria Pública? Estaria tal dispositivo em desacordo com a Carta de 1988? De modo algum, caso se atribuísse resposta positiva a essas duas últimas perguntas, estaria sendo jogada uma pá de cal em tudo que aqui se advogou.

Jamais se poderia falar em restrição da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de tais ações de alimentos, pois, se assim fosse, a própria sociedade, na figura do alimentando, estaria sendo prejudicada.

É importante destacar que a Lei Complementar nº 132/09, modificando o art. 4º, VII da LC nº 80/94, que dispõe sobre normas gerais de organização da Defensoria Pública, determinou como sendo uma das funções institucionais da Defensoria Pública a promoção de ação civil pública, bem como toas 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.

Verifica-se, mais uma vez, que o ordenamento pátrio está caminhando em marcha forte para o entendimento que a Defensoria Pública é, de fato, legítima para propositura de ação civil pública. Em sua atuação a Defensoria deverá atender aos necessitados, ainda que a defesa não recaia unicamente sobre aqueles que são hipossuficientes, trata-se de proteção meramente reflexa, vez que a própria sociedade poderá ser beneficiada.

O que se quer, acima de tudo, é a defesa do cidadão. É ele o destinatário direto do resultado de toda essa discussão, de forma que qualquer resultado a que se chegue deverá beneficiá-lo da melhor maneira. Não parece que a vontade do Constituinte Originário seja de restringir a proteção do cidadão, mas sim de angariar cada vez mais esforços para promover a sua proteção, reduzir as desigualdades existentes e promover a justiça.

Nesse diapasão, parece ser oportuno trazer o entendimento de Raquel Dodge, que afirma o seguinte:

“La sociedad brasileña se dedica, en este momento, a repensar el sistema de administración de Justicia, a hacerlo más eficaz y comprometido con la realización de derechos y valores humanos fundamentales. La reforma del Poder Judicial, como há sido llamada, se refiere a la necesidad de hacer más ágil, confiable, eficaz y comprometida con la solución de conflictos individuales y colectivos, la actuación de muchas instituciones.”⁵²

O que se busca com a ampliação da legitimação é exatamente o que expôs a autora supracitada, ou seja, fazer com que o Poder Judiciário, e por conseguinte os seus órgãos, estejam cada vez mais engajados na busca de trazer soluções aos conflitos, sejam individuais ou coletivos, de maneira a assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos.

A pluralidade de legitimados para propositura de ação civil pública revela-se uma importante contribuição do Direito Processual para assegurar as bases de um Estado Democrático. Na verdade, acredita-se que não seja uma mera faculdade que a Defensoria possui em defender à coletividade, mas sim um dever, pois somente assim se assegurará a eficiência de suas funções.

Por fim, há que se fazer aqui menção ao já citado mestre José Augusto Garcia de Sousa, que em sua tese fez a seguinte afirmação:

“A Defensoria Pública não é apenas mais um ente legitimado à propositura de ações civis públicas. Cuida-se, em verdade, de um legitimado especial, que, entre outras virtudes, pode valorizar como nunca se fez os interesses específicos das classes desfavorecidas, materializando dessa forma um notável mecanismo de contrapoder, essencial à democracia pluralista.”⁵³

⁵² DODGE, Raquel Elias Ferreira. *La autonomía de la defensoría pública y la defensa de los derechos humanos*. 1ª Conferencia Defensoría Pública y Derechos Humanos. Brasília, 14.11.2003 *apud* TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **A Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ação Civil Pública**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. v.9. Maio/jun. 2009, p. 111.

⁵³ SOUSA, José Augusto Garcia de. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva**, p. 126 *in* Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010.

Considerações Finais

Por tudo o que aqui foi demonstrado, observa-se que uma das questões mais polêmicas referentes às ações coletivas diz respeito à legitimação para a propositura dessa demanda.

Não se refuta possível que em uma sociedade com crescente interação, em que muitas vezes já se faz mais possível distinguir os direitos e interesses dos indivíduos de maneira isolada, torna-se indesejável que cada um dos lesados leve sua pretensão perante o Judiciário de maneira disjunta.

A fim de contribuir para redução da morosidade do Judiciário, bem como evitar que decisões díspares se façam ainda mais presente na realidade brasileira, o legislador, antes mesmo da Constituição da República de 1988, inovando no cenário jurídico brasileiro, inseriu a possibilidade da tutela de direitos transindividuais, acompanhando uma tendência que se fazia e que ainda se faz cada vez mais presente.

Nota-se, que a proteção ao cidadão vem ganhando crescente relevância, tornando-se, no direito contemporâneo, o principal escopo de proteção e atuação de um Estado Democrático de Direito.

Diante disto, a Lei nº 7.347/85, agregou no ordenamento pátrio mais um mecanismo de valorização do interesse social, buscando a tutela de bens e direitos intrínsecos ao cidadão, mas vistos sob uma ótica coletiva.

Trata-se de uma forma de exteriorização do princípio do acesso à justiça, pois os indivíduos poderão se valer de mais um mecanismo para assegurar a proteção dos seus direitos.

Sob essa nova perspectiva de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, vista como direito fundamental dos indivíduos, bem como a busca da consecução dos objetivos determinados pelo Constituinte Originário, a Constituição da República de 1988 conferiu *status* constitucional a um órgão que já vinha exercendo grandes feitos até mesmo antes da publicação desse texto, qual seja, a Defensoria Pública.

Essa instituição tem por meta de atuação a defesa dos necessitados, isto é, aqueles que por motivos, até mesmo históricos, alheios a sua vontade, se veem colocados a margem da sociedade. Nesse contexto, a Defensoria Pública surgiu com o fim precípua de resguardar os direitos mais essenciais do ser humano, numa luta constante para permitir que todos em uma sociedade sejam vistos como iguais, não só uma igualdade valorativa, mas também igualdade de armas, garantindo que todos possam contar com defesa técnica e orientação jurídica.

O Constituinte determinou que cabe à Defensoria a defesa, em todos os graus, do necessitado. Assim sendo, conforme já se afirmou, se os indivíduos estão cada vez mais interconectados e se é possível que a Defensoria promova a defesa de cada um, por que não atribuir a esse órgão a defesa de um grupo? A Constituição em nada afirmou que “necessitado” seria aquele que não possui recursos financeiros. Sabe-se que caso seja dada uma interpretação sistemática à Constituição, esta ficará fossilizada, não conseguindo acompanhar o dinamismo do Direito, face às novas necessidades que sempre lhe são postas.

O legislador, ao acrescentar o inciso II no art. 5º da Lei nº 7.347/85, prevendo que a Defensoria Pública pudesse atuar na defesa de direitos transindividuais, assim como já o fazia o Ministério Público desde a promulgação da lei, apenas solidificou uma tendência que já se fazia observável na realidade jurídica, reconhecida até mesmo nos julgados dos tribunais de justiça do Brasil, bem como pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Não se entende possível falar em inconstitucionalidade do referido artigo, como fez a CONAMP, associação do Ministério Público, por meio da ADI nº 3943. O que há de inconstitucional no ato do legislador que amplia os mecanismos de defesa dos indivíduos? A Constituição de 1988, também denominada Cidadã, leva esse título por considerar como principal bem merecedor de tutela no ordenamento brasileiro o próprio cidadão, sendo a defesa deste o fim máximo de atuação das instituições criadas pelo Estado.

A Defensoria Pública não está violando nenhum dispositivo da Constituição, sendo de todo descabida a alegação de que estaria extrapolando suas funções institucionais. Por mais sua atuação típica seja a defesa do assistido, considerado em sua esfera individual, isto não exclui o exercício de funções atípicas, manifestadas por meio da tutela transindividual. Contanto que os indivíduos, ainda que indetermináveis, se encontrem submetidos a uma situação de necessidade, fazem jus a uma defesa especializada.

Deve-se, na verdade, celebrar a Lei nº 11.448/07 que cristalizou a legitimação da Defensoria Pública na tutela de direitos transindividuais. Configura-se, assim, mais uma arma a disposição de uma democracia pluralística com o fito de garantir a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. O Ministério Público e a Defensoria Pública devem compartilhar esforços e utilizar a capacidade que possuem para construir uma sociedade mais justa e igualitária.

A legitimação da Defensoria mostra-se como um passo importante e decisivo tomado pelo legislador para o alcance dos valores humanos fundamentais, conferindo a essa entidade cada vez mais força e ânimo de atuação em defesa dos necessitados, ao ver que sua atividade pode fazer diferença, não só na esfera individual, mas agora também coletiva dos sujeitos.

Como se afirmou, é apenas um passo, que foi dado numa longa caminhada de esforço e dedicação constante em busca da tutela dos assistidos, reduzindo as barreiras antes existentes entre os mais fracos e as portas do Judiciário. Ainda existe muito a ser feito. A Defensoria Pública ainda não alcançou toda a representatividade que almejou o Constituinte Originário, haja vista que em algumas localidades ainda não se verifica representantes de atuação. Exemplo disto é o Estado de Santa Catarina, que não possui Defensoria Pública.

Em suma, a legitimidade da Defensoria Pública mostra-se preciosa na defesa dos direitos transindividuais. Deve-se incentivar sempre a solução negociada dos conflitos, fazendo jus ao acesso à justiça. A tese contrária a legitimidade fere frontalmente os pilares do Estado Democrático de Direito, devendo ser, desde logo, afastada. É assim que se espera que a questão seja decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que movido pelo sentimento de generosidade, julgue pela legitimação da Defensoria Pública.

Referências bibliográficas

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2004.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Rio de Janeiro, ed. 1932.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BOTTINI, Pierpaolo e VITTO, Renato Campos Pinto de. Defensoria Pública e a Reforma do Sistema de Justiça Brasileiro. Disponível em: <<http://www.iaj.org.br/html/modules.php?name=News&file=article&sid=109>>

CAPPELETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord). Participação e Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. Revista de Processo. São Paulo. v.33. n.165, nov. 2008.

LENZA, Pedro, em Direito Constitucional Esquematizado. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCACINI, Augusto Tavares. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro, em A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, vol. 2, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, André Luis Alves de. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-25/limites_defensoria_ajuizar_acao_civil_publica?pagina=3>

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações Cíveis e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do Direito vigente ao Direito projetado in Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Ações coletivas na Constituição Federal de 1988

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Propositura de Ações Cíveis Públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. *Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo. v. 30, jun. 2008.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 2008.

_____. A Legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva *in* Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010.

_____. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? *in* Revista Forense, vol. 408, março/abril de 2010, p. 165 a 216.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. A Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ação Cível Pública. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre. v.9. Maio/jun. 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de Disciplina Diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais *in* Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Termo de Compromisso de Originalidade

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, NATHALIA PARENTE DE AZEVEDO, brasileira, solteira, estudante, portador da Carteira de Identidade nº 20.522.766-3, expedida pelo Detran/RJ, inscrito no CPF/MF sob o nº 058.583.837-26, residente e domiciliado na cidade do Rio de Janeiro/RJ, na Rua São Salvador, nº 14, apto. 604, Flamengo, na qualidade de aluna da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto PLÁGIO, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getulio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Assinatura do Aluno

