

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 184
Outubro/dezembro – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Legitimação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública

Antonio Carlos Fontes Cintra

Sumário

Introdução. 1. Defensoria Pública como instrumento do exercício da cidadania. 2. Defensoria Pública e acesso à Justiça. 3. Defensoria Pública e sua missão. 4. A Ação Civil Pública. 5. A *ratio legis* da ampliação dos legitimados. 6. Dificuldades do sistema de tutela coletiva. 7. Inclusão da Defensoria Pública com legitimada para propor ações coletivas. 8. Fundamentos de legitimação anteriores à edição da Lei 11.448/07. 9. Argumentos em prol da limitação da atuação da Defensoria Pública. 10. ADI proposta contra a lei que legitimou a Defensoria Pública. 11. Estaria a Defensoria Pública de fato usurpando função própria do Ministério Público? 12. Posição jurisprudencial a respeito da legitimidade da Defensoria Pública. 12.1. Contrariamente à legitimidade da Defensoria Pública. 12.2. Entendimento jurisprudencial favorável à legitimidade da Defensoria Pública. Conclusão.

Introdução

O caminho a ser percorrido em ações individuais, com suas complicações e dificuldades, é insuficiente e anti-econômico. A legitimidade sobre o direito a corrigir é restrita e o resultado insatisfatório. Individualmente há desestímulo na busca da reparação porque esta seria pequena demais, não compensando o temor de perder a causa e as consequências de tal perda.

Assim, aos indivíduos resta confiar na ação governamental para a proteção de interesses difusos, pois a organização de seus

Antonio Carlos Fontes Cintra é Defensor Público do Distrito Federal, mestre pela UMESp, professor de Direito Civil e do Consumidor da Faculdade de Direito da UPIS-DF e da FORTIUM – preparatório para concurso.

interesses, individualmente, sofre a inferência de diversas barreiras, principalmente a carência de informação, o desestímulo do resultado a ser alcançado ou combinação de estratégias comuns.

A Ação Civil Pública surgiu como uma busca por um instrumento hábil a dar solução a danos em larga escala de difícil reparação nas esferas individuais e que acabavam criando grandes injustiças, aterramento de garantias individuais e domínio do poderio econômico, em especial nas relações de consumo.

Por sua vez, a Defensoria Pública surge na Constituição Federal de 1988 com a missão de reequilibrar as forças economicamente desiguais, garantindo-se o Estado Democrático de Direito ao assegurar o acesso à justiça até mesmo para as camadas mais pobres, desprovidas da condição de custear um processo e em especial um advogado.

Com o advento da Lei 11.448/07, o caminho do instituto e da instituição mencionados se encontram, gerando grandes polêmicas, provocando até mesmo a proposição de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (3.943 de relatoria da Ministra Carmen Lúcia) por parte da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), alegando usurpação de funções próprias do Ministério Público.

Em um Estado tão desigual como o Estado brasileiro, que ocupa o segundo lugar no ranking de diferença de distribuição de renda, atrás apenas do pobre país de Serra Leoa, devemos buscar caminhos de diminuição do impacto de tal desigualdade na realização da justiça, dentro de uma idéia tanto distributiva como equânime, capazes e ao mesmo tempo legítimos, para se garantir a igualdade de direitos dentro de um estado social e economicamente desigual. Isso deve ser buscado nas diversas esferas políticas, cabendo a nós a contribuição da análise desse novo caminho buscado pela ampliação da legitimação da Ação Civil Pública também à Defensoria, que como o instituto, também é pública.

Esse trabalho conta o encontro do instituto público com a instituição também pública, na busca do caminho da distribuição da justiça para o privado.

1. Defensoria Pública como instrumento do exercício da cidadania

No atual estágio da sociedade capitalista, o consumo passa a ser a força motriz da economia e os olhos daqueles que estabelecem o poder se voltam para o fomento desse. Dessa forma, aqueles que dirigem o sistema econômico passam a se preocupar de forma imediata principalmente com o consumo em detrimento das demais esferas da vida social. Já em 1925, um jornal de Middletown afirmava: “a maior importância do cidadão norte-americano não é mais de cidadão, mas a de consumidor” (MARSHALL, 1967, p. 205).

A preocupação da política estatal não pode se voltar, todavia, apenas para os interesses imediatistas, que de uma forma geral, tragam riquezas à nação, prosperidade à economia, crescimento econômico e desenvolvimento. Outrossim, ao menos dentro de uma concepção de um estado democrático de direito, é necessário se assegurar que o impulso econômico não deixe às margens os menos favorecidos dentro desse mesmo sistema, sufragando assim, direitos e garantias individuais.

Nesse contexto, o acesso pleno e igualitário à justiça é pressuposto do estado democrático de direito. Para que possa haver justiça, deve-se garantir o direito de ação, a ampla defesa e o devido processo legal, que se traduzem na isonomia processual.

Falar em democracia é falar em igualdade. É sabido que o princípio da isonomia só será garantido se formos capazes de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual¹. Em um Estado tão desi-

¹De hecho, en este contexto es aplicable el carácter ‘correctivo’ de la justicia. Sin caer en las tesis extremas de que la administración de justicia debe recomponer un equilibrio perdido en la distribución de la riqueza, lo

igual como o Estado brasileiro, que ocupa o segundo lugar no ranking de diferença de distribuição de renda, atrás apenas da pobre Serra Leoa, mister se faz compreender os parâmetros de desigualdade de tratamento, capazes e ao mesmo tempo legítimos, para se garantir a igualdade de direitos dentro de um estado social e economicamente desigual. Isso irá passar por diversas esferas. Incumbe-nos por hora a preocupação com o acesso ao judiciário.

Não basta que se garanta assistência judiciária gratuita, é necessário se assegurar que esta de fato seja eficaz, de forma a garantir o mesmo acesso e prerrogativas de que dispõem os economicamente suficientes, assegurando a “paridade de armas” entre os litigantes, vetoriando-se no princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica. Na linha do pensamento liberal, os sujeitos de direito privado, só encontravam limites nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade superior, que deve garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas (HABERMAS. *Direito e Democracia*, 2002, p. 144).

2. Defensoria Pública e acesso à justiça

O Direito regulamenta, conforme a teoria processualística, a cooperação entre as pessoas a fim de evitar o surgimento do conflito ou por fim a este. É um instrumento eficiente de controle social, que atua quando determinada conduta ultrapassa os limites do inconveniente e ameaça a harmonia social, com potencial supressão de direitos alheios (BEZERRA, 2001).

Cappelletti e Garth atribuem duas finalidades ao sistema jurídico, quais sejam: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve pro-

cierto es que nadie puede negar que el trato igual a los desiguales es tan injusto en esencia como el trato desigual a los iguales, al punto de llegar a constituir discriminaciones o infracciones al principio de igualdad ante la ley o su aplicación.” (THOMPSON, 2000, p. 27)

duzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 7).

O direito à Justiça é originário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, sendo reconhecido como direito essencial a todos os indivíduos. Devido à sua importância no contexto democrático, foi priorizado pelo constituinte originário.

“Artigo X. Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.²

O conceito de acesso à Justiça, em verdade, não deve estar limitado aos órgãos judiciais, conforme leciona Kazuo Watanabe. A questão não se refere “apenas a possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p. 128-135).

Tal garantia viabiliza o acesso a todos os direitos inerentes à pessoa humana, para que se possa viver dignamente em sociedade. Segundo as palavras do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o acesso efetivo à justiça é “um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais” (SANTOS, 2005, p. 167). O cidadão tem como direito inalienável o acesso igualitário à justiça e assistência jurídica adequada.

Assim, a fonte imediata da garantia ao acesso à justiça é a própria lei. Por intermédio das leis é que começa o processo de distribuição de justiça. Afirma Cappelletti (1988, p. 12):

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos

² Disponível em: <<http://www.unicrio.org.br/Textos/udhr.htm>>. Acesso em: 20 maio 2006.

humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna³ prescreve o amplo acesso ao Poder Judiciário. A positivação da garantia de tutela aos direitos lesados ou ameaçados pelo órgão do Estado permite a afirmação de que “a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena para aquisição de direitos, credenciamento à cidadania e animação de uma cultura cívica que dê vida à República” (VIANNA et. al 1999. p. 44).

A “Constituição Cidadã” estabeleceu de forma principiológica, mas ainda pouco pragmática, os direitos do cidadão. Mas ao garantir o acesso à justiça e todas as suas vertentes dentre os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º, o primeiro passo estava dado e como garantia fundamental, o acesso ao judiciário se tornou meta de nossa nação (CUNHA, 2001). A implementação do sistema de acesso democrático ao judiciário não foi tido pelos idealizadores de nossa Carta Magna, quando rompiam com o antigo regime autoritário, como uma “fórmula mágica” de fácil implantação imediata. Em verdade, o processo implica a descoberta de mecanismos que sustentem o ideal principiológico constitucionalmente estabelecido, a qual seria feita e levada a cabo pelas futuras gerações, às quais, “competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto” (VIANNA, et. al. 1999. p. 40).

Assim, para possível implementação da garantia do acesso à justiça para todos, inclusive para aqueles incapazes de pagar um advogado, incumbe à Defensoria Pública esse mister nos termos do artigo 134 da Carta Magna: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação

³ Art. 5º XXXV a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; .

jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Até o do ano de 2005, ainda existiam Estados nos quais não haviam sido instaladas Defensorias Públicas: Santa Catarina e São Paulo. Hoje São Paulo já conta com mais de 400 defensores. Os estados do Rio Grande do Norte e Goiás aprovaram a criação, mas não implementaram ainda.

A procura de caminhos para a estruturação e efetiva prestação dos serviços da assistência judiciária gratuita condiz com o objetivo de um Estado Democrático de direito, no qual as diferenças sociais são reduzidas e os direitos humanos são respeitados⁴.

3. Defensoria Pública e sua missão

Buscando a compreensão da realidade das Defensorias Públicas, o Ministério da Justiça, realizou, em 2004, um mapeamento em âmbito nacional sobre a estrutura, o funcionamento e o perfil dos membros da instituição, incluindo as Defensorias Estaduais e da União. O perfil institucional e a caracterização de seus integrantes e opiniões sobre determinados temas foram os aspectos abordados pela pesquisa.

Conforme ressaltado pelo ex-presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos, Leopoldo Portella Júnior (BRASIL, 2004a), os estudos demonstraram a alta produtividade dos defensores públicos (em 2003, cada defensor público no país ajuizou ou respondeu, em média, 308,2 ações cíveis, 112,8 ações criminais, realizou 1.594,3 aten-

⁴ Por isso, é preciso decidir caso a caso, se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige uma equiparação fática. O paradigma jurídico procedimentalista coloca em relevo esse duplo aspecto da relação normativa entre igualdade de direito e de fato, e a autonomia privada e pública, de outro lado, e autonomia privada e pública de outro e caracteriza as arenas nas quais deve desenrolar-se discursivamente a disputa política acerca dos critérios controversos da igualdade de tratamento, sempre que se pretende que o fluxo do poder do sistema político siga na direção do Estado de direito . (HABERMAS, 2002, p. 154)

dimentos e participou de 298,7 audiências), apesar do pequeno investimento do Poder Público nos serviços de assistência jurídica integral e gratuita. Apenas 6,15% dos gastos com o sistema de Justiça cabem à Defensoria Pública.

É importante também que nos voltemos para estatísticas que revelem a desigualdade sócio-econômica brasileira, capaz de traçar o perfil do povo brasileiro e o tamanho de sua conseqüente necessidade de assistência judiciária gratuita. Segundo dados do IPEA e do IBGE, dentre os países em desenvolvimento, o Brasil ocupa o 9º lugar em renda per capita. Mas cai para o 25º lugar quando se fala em proporção de pobres. Isso coloca o Brasil entre os países de alta renda e alta pobreza, um dos primeiros do mundo em desigualdade social. Aqui, 1% dos mais ricos se apropria do mesmo valor que os 50% mais pobres. A renda de uma pessoa rica é 25 a 30 vezes maior que a de uma pessoa pobre. Na Suécia, a diferença de renda entre ricos e pobres é de no máximo seis vezes. Nos Estados Unidos e no Uruguai, de dez vezes. A renda per capita do brasileiro é de 3400 dólares, maior do que a de 55% dos países do mundo e mais de 10 vezes o valor de países da África. Contudo, apenas 10% da população usufrui de 50% das riquezas, enquanto outros 50% dividem 10%. Os demais 40% dividem 40% da renda, representando a classe média. O Brasil conta atualmente com 56,9 milhões de pessoas abaixo da linha de pobreza, sendo que 24,7 milhões estão abaixo da linha de indigência.

Além da diferença na distribuição de renda, há uma notória diferença entre as regiões deste imenso país. No estado de São Paulo, segundo o consultor T. Kearney⁵, há tal concentração econômica como não ocorre nos grandes países. Os paulistas, que representam 20% da população do Brasil, mantêm 35% das exportações, 45% da pro-

⁵ In: WEINBERG, Mônica. A renda engessa tudo. Artigo disponível em: <http://www.care.org.br/?pobreza_artigos11>.

dução industrial, 50% da tecnologia e 90% do sistema financeiro nacional. Nos Estados Unidos, essa marca só é atingida quando se soma a produção dos três maiores estados. As estratégias de implantação do acesso à justiça devem considerar as desigualdades acentuadas de regiões do país⁶.

Segundo a lei, é hipossuficiente todo aquele que não pode suportar as despesas e custas processuais, bem como não pode arcar com os honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares, podendo ser atendido pela Defensoria Pública. Como mais de 70 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, conforme dados do IBGE, e 92 milhões recebem renda inferior a 2 salários mínimos, torna-se urgente adoção de políticas públicas que tornem efetiva a instalação das Defensorias Públicas nos Estados que ainda não atenderam à imposição constitucional.

Mas não basta garantir o acesso formal, é necessário que esse seja real. Como equalizar essa disparidade de forças, de modo que o acesso ao judiciário não seja apenas material, mas em verdade garantido em equilíbrio com aqueles capazes de dispor dos serviços de um bom advogado? Para tanto, o artigo 134 da Constituição Federal, continua em seus parágrafos:

“§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶ Fontes: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA e IBGE 2003. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD: síntese de indicadores 2002. IBGE, Rio de Janeiro.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)“

Assim, o cargo de Defensor Público deve ser provido por concurso público, que não só satisfaz a lisura no emprego de verba pública, como também garante a seleção de profissionais de qualidade, hábeis para opor-se com qualidade e eficácia aos interesses daqueles que, capazes de servir-se de advogados qualificados, pleiteiam contra o hipossuficiente econômico. Não basta que haja acesso ao judiciário, é necessário se garantir que tal acesso seja capaz de reequilibrar o desequilíbrio causado pela diferença sócio-econômica e consequentes oportunidades existentes nas mãos dos litigantes mais afortunados. Nesse sentido, afirma Pietro Calamandrei:

“(…) não basta que perante o juiz haja duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é preciso além disso que essas duas partes se encontrem em condições de igualdade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que haja entre elas uma efetiva igualdade prática, que quer dizer igualdade técnica e também igualdade econômica (MARINONI, 1993, p. 29).“

A autonomia da Defensoria Pública veio a ser consagrada com a emenda constitucional 45, mas ainda se sujeita a diversas polêmicas, estando ainda em pauta no Congresso Nacional a PEC 437/05 e a 144/07, que buscam dar outras prerrogativas não abarcadas na reforma do judiciário promovidas pela EC 45.

Quando ainda se discutia o Projeto da Emenda, o Ministro Márcio Thomaz Bastos, reunido na Comissão de Constituição

e Justiça do Senado Federal, em 10.02.04, posicionou-se favoravelmente à autonomia da Defensoria Pública, considerando que o órgão deveria ser um espelho do Ministério Público. O jornal Folha de S. Paulo, edição de 16.11.03, também revelou ser prioridade do Governo Federal a Emenda da Reforma do Judiciário, listando como ponto essencial a autonomia da Defensoria Pública. Já o jornal Correio Braziliense, de 17.03.04, revelou: “a Defensoria terá autonomia para definir seu próprio orçamento. Terá uma autonomia semelhante à do MP”.

A literatura jurídica recente, interpretando o que é claro, tem revelado as novidades da Emenda 45 da Constituição Federal em que se fala da descentralização e da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (LENZA, 2007). Tem-se asseverado que às Defensorias Públicas Estaduais são agora asseguradas autonomia funcional, administrativa e financeira e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, devendo os recursos e as dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares, ser-lhes entregues, igualmente como ao Judiciário e Ministério Público, até o dia 20 de cada mês, em duodécimos na forma de Lei Complementar, conforme art. 168. (MACHADO, 2007)

A Constituição Federal garantiu a assistência jurídica aos pobres no âmbito preventivo, extraprocessual e em juízo. O artigo 5º, LXXIV, viabiliza aos que não tem recursos financeiros, o aconselhamento sobre direitos, a gratuidade abrange honorários advocatícios, periciais, e custas judiciais ou extra-judiciais.

A Defensoria Pública, como asseverado, é instituição essencial à Justiça, conforme artigo 134 da CF. O Brasil, “ao determinar seu caráter constitucional revelou ter maturidade democrática”. (BRASIL, 2004a)

Afirma a procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge que,

“estes princípios influíram decisivamente na idéia processual de manter o equilíbrio da situação das partes em juízo, garantindo-lhes igualdade de oportunidades no processo judicial, como forma também de assegurar-lhe o direito ao contraditório e a ampla defesa” (DODGE, 2003. p. 19).

Nesse sentido, assevera Leonardo Greco que “o acesso ao Direito não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todos a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito de seus direitos” (GRECO, p. 74).

A Defensoria Pública existe “em virtude da relevância da cidadania e dos direitos humanos e ganhando a importância como instrumento constitucional e necessário à eficácia desses dois elementos”. (FANTAZZINI, 2003, p. 28)

Tendo como missão constitucional garantir os princípios constitucionais de acesso à justiça e igualdade entre as partes (ao romper as barreiras da estrutura econômica), e o direito à efetivação de direitos e liberdades fundamentais (o direito de ter direitos), a Defensoria Pública está tratada constitucionalmente no mesmo plano de importância que a Magistratura e o Ministério Público.

4. A Ação Civil Pública

Instituída pela Lei 7.347/85 e elevada ao status de ação constitucional pelo artigo 129, III, capaz de fazer coisa julgada erga omnes, a Ação Civil Pública é utilizada para casos que envolvem responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor veio a ampliar o sistema.

O objeto jurídico tutelado por tal ação transcende à esfera individual, atingindo uma coletividade de pessoas. Nesse sentido, surgem os chamados direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

A propósito da caracterização dos direitos como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 1864):

“Direitos difusos. (...). São direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. (...).

Direitos coletivos. Aqui os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. (...).

Direitos individuais homogêneos. São os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual como homogêneo é sua origem comum (...).”

5. A ratio legis da ampliação dos legitimados

Diante das dificuldades encontradas em razão dos inúmeros processos individuais versando sobre a mesma matéria, o legislador tem despertado, como leciona Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 20), para:

“... a abertura do processo aos influxos metajurídicos que a ele chegam pela via do direito material, a transmigração do individual para o coletivo (Barbosa Moreira) e a necessidade de operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou desformalizá-lo tanto quanto possível, com vista a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar.”

Como o Judiciário, pelo princípio do dispositivo, somente age por provocação, o processo é instrumento de atuação dos órgãos jurisdicionais, visando a eliminação do conflito. Tem função política, pois é

instrumento à disposição do cidadão para fazer atuar a tutela jurisdicional do Estado e, assim, efetivar garantias constitucionais. A jurisdição é o poder, função e atividade do Estado para “formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (THEODORO JUNIOR, 1997). Conforme Carnelutti, necessita da invocação dos interessados para atuar nos casos concretos de conflitos de interesses qualificado por uma pretensão resistida (lide).

Diante de um país com tamanha desproporção na distribuição de renda, podemos afirmar que se deixássemos a tutela de interesses coletivos relevantes ao encargo dos particulares lesados, teríamos como resultado uma distribuição também dispare da justiça. Uma economia capitalista, maculada de tamanha desigualdade social e regional, leva ao problema a que bem adverte Habermas: “à medida que o Estado e a economia, institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistêmico próprio, levando os cidadãos a assumir o papel periférico de simples membros de uma organização, torna-se evidente a síndrome entre a privatização da cidadania e o exercício do papel de cidadão do ponto de vista da defesa de interesses de clientes. Os sistemas da economia e da administração tendem a fechar-se contra os seus respectivos ambientes, obedecendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder”. (HABERMAS, 2002, p. 294)

Segundo Mauro Cappelletti (1994, p. 15), na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob essa nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos serviços processuais. Tais serviços precisam ser eficazes e o ga-

rantidor destes deve ser o Estado, por vezes criando, por outras, gerindo e fiscalizando e por outras tão-somente incentivando.

Não é à toa que legislador tem ampliado, em tudo que possível e tocante a interesses transindividuais, a legitimidade para se propor ações que beneficiem de uma só vez a coletividade de pessoas lesadas. Assim, temos não só com a ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública que iremos tratar, como também para o Mandado de Segurança Coletivo, instrumento aplicável para tutelar direitos coletivos relacionados à atividade dos associados, conforme preceitua o artigo 5º, LXIX da Constituição Federal⁷.

A preocupação de nossa Carta Magna em ampliar os legitimados para propor ações de cunho coletivo e legitimar entidades públicas ou de caráter público para a proteção de interesses transindividuais é clara e transparece em suas regras principiológicas e programáticas a exemplo: artigo 5º, incisos XXI, XXXII, LXX⁸, da Constituição Federal.

6. Dificuldades do sistema de tutela coletiva

O interesse de enfrentar demanda individual, que em geral apresenta complicações e dificuldades, é insuficiente e anti-econômico. A legitimidade sobre o direito a corrigir é restrita e o prêmio para

⁷ “Art. 5º LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

⁸ “Artigo 5º: XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

tal é pequeno. Individualmente a pessoa não tende a buscar a reparação, porque esta seria pequena demais, não compensando o temor de perder a causa e as consequências de tal perda. Os indivíduos são levados a confiar na ação governamental para a proteção de interesses difusos, pois a organização de seus interesses individualmente sofre a influência de diversas barreiras, principalmente a carência de informação ou combinação de estratégias comuns.

Por outro lado, a tutela de interesses difusos, no sistema processual civil tradicional, encontra uma série de dificuldades (legitimidade, procedimentos e atuação dos juízes). A decisão tem efeito erga omnes, ampliando a coisa julgada. A relutância em legitimar indivíduos para representar interesses difusos faz com que apenas determinadas instituições sejam legitimadas, mas estas costumam estar sujeitas à pressão política (ausência de independência), havendo dificuldade para defender interesses difusos contra entidades governamentais.

Os departamentos governamentais representativos de classes lesadas de maneira coletiva, apresentam problemas intrínsecos aos sistemas burocráticos. Os Procons, por exemplo, estão instalados de maneira bastante heterogênea em todos os países, ausentes em alguns estados, presentes em outros, mas com características muito díspares. Em alguns Estados são fundação, em outros autarquia, em outros sem personalidade jurídica definida, presentes como órgãos de certa secretaria. Na maioria das vezes não têm funcionários de carreira, os que ali atuam carecem de formação, treinamento e ocupam os cargos por razões políticas e não funcionais.

Assim, há grande limitação da máquina burocrática que tende a se tornar lenta, inflexível e passiva. Os tipos de demanda de interesses difusos costumam ser contra organizações que têm disponibilidade financeira e são litigantes habituais, conseguindo exercer pressão sobre as decisões do governo, como é o caso dos bancos.

Aquele que deveria facilitar o acesso à justiça e a celeridade do processo, o Estado, é, entretanto, o maior causador da morosidade, pois encontra-se em muito à frente do ranking dos maiores usuários do sistema, na medida em que 80% dos processos e recursos nos tribunais superiores são do interesse do governo, conforme se verifica na tabela a seguir⁹:

Processos	Entes Públicos	Percentual
União	41.152	9,20%
INSS	51.439	11,50%
Caixa Econômica Federal	196.811	44,00%
Banco Central	447	0,10%
Estados	36.678	8,20%
Municípios	26.838	6,00%
Total	353.365	79,00%

O judiciário se torna moroso e atolado de ações em razão de manobras procrastinatórias do Estado ou, ainda, o que é pior, em razão de frontal desobediência à Lei. Já se tornou comum que municípios lancem tributos em total desconformidade com a Lei ou mesmo de maneira inconstitucional, sabendo que o pior que poderá lhe suceder é o judiciário mandar que se abstenha da cobrança ou a faça de outra maneira ou em outro montante. Ou seja, condenar a cobrar o que desde o início deveria ter cobrado.

A tutela judicial nesse caso, em razão de jurisprudência já pacificada no STJ (REsp 106993, REsp 478958), não é possível se dar por Ação Civil Pública, obrigando cada particular a ingressar com seu respectivo Mandado de Segurança e ainda todo ano, já que este não faz coisa julgada para o próximo exercício financeiro.

É imperioso que se pense em novos mecanismos legais para conter a procrastinação estatal em pagar o devido e outros que imponham sanções para a desobediência frontal aos parâmetros legais, de forma a

⁹ Estudo Diagnóstico do Judiciário promovido pelo Ministério da Justiça.

evitar que o judiciário se torne moroso em razão do especial cuidado que está tendo de empregar com ações de interesse estatal.

Mazzilli (1998, p. 46-47) ressalta, “que não é Justiça um serviço público que é absurdamente caro, lento e formalista, e que discute muito mais o próprio processo do que o próprio objeto da ação”.

A Ação Civil Pública, assim, tem apresentado grandes dificuldades em atingir seus objetivos, não atendendo as expectativas que ensejaram a sua edição. Os legitimados são insuficientes, a burocracia é grande e o estado é mal aparelhado.

A legitimação de outros órgãos estatais para a propositura de tal ação é medida que deve ser incentivada. Segundo análise de Paulo Cezar Carneiro (2000, p. 177-224), acerca de pesquisas efetuadas na cidade do Rio de Janeiro, mais de 87% das ações coletivas são interpostas pelo Ministério Público e outros órgãos públicos, não havendo grande atuação das associações que a lei buscou gerar.

A legislação sobre essa matéria, merece evoluir, na “extensão da legitimidade ativa para particulares, agindo em nome da coletividade, assim como a ampliação dos interesses tutelados, pois não há razão para restringir as ações coletivas aos temas que a lei, *numeros clausus*, delimita.” (BARROSO, 1993, p. 140-141)

Diante dessas considerações, deve-se salientar a observação de Sadek, Lima e Araújo:

“(…) é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais. (...) temos hoje uma Justiça muito receptiva a um certo tipo de deman-

das, mas pouco atenta aos pleitos de cidadania.” (SADEK, 2001, p. 41)

7. Inclusão da Defensoria Pública com legitimada para propor ações coletivas.

Como advento da Lei 11.448 de 2007, a Defensoria pública tornou-se um dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública previstos no rol do artigo 5º da Lei 7347/85:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).”

Em razão disso, parte do Ministério Público tem se insurgido contra a legitimação conferida por tal lei, sob a bandeira de tal disposição representar usurpação de funções próprias ao Ministério Público.

Por isso, faz-se mister a compreensão se tal legitimação decorre de fato de tal alteração legislativa ou se precede a eles ou mesmo à própria natureza das funções exercidas pela Defensoria Pública.

8. Fundamentos de legitimação anteriores à edição da Lei 11.448/07

Em verdade, a discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública remonta, ainda que de forma acanhada, há longa data, antes mesmo do advento da Lei 11.448/2007, que veio a incluir no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85 a Defensoria Pública.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, foram incluídos, dentre os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, previstos no artigo 82, “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente

destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;" (inciso III).

Ora, conforme disciplina o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, é função institucional da Defensoria Pública defender os interesses dos consumidores. Isso inclui a Defensoria no conceito do inciso III do artigo 82 do CDC. Há quem argumente que a intenção do legislador era conferir neste inciso legitimidade aos Procons, mas não se pode negar que o conceito adequa-se perfeitamente à Defensoria Pública, visto ser órgão público destinado, pela Lei Complementar 80 e pelas legislações estaduais que costumam acompanhar a redação desta, à defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Por sua vez, o inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347 de 1985, antes do advento da citada Lei 11.448 de 2007, legitimava os órgãos que possuísem finalidades institucionais de proteção ao consumidor à proposição de Ação Civil Pública. Assim era sua redação:

"Art. 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: (...) II - 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: (...)."

Novamente, encontramos pelos mesmos argumentos já alinhavados a subsunção da descrição da norma às funções exercidas pela Defensoria Pública.

Assim, antes do advento da Lei 11.448/07, que como vimos, veio a incluir a Defensoria Pública expressamente no rol dos legitimados, Cláudia Queiroz (2005) já alertava:

"Deste modo, diante da determinação contida no art. 117 da Lei n. 8.078/90 de aplicação, no que for cabível, dos dispositivos constantes no Título III do CODECON para a defesa dos di-

reitos e interesses difusos, coletivos e individuais, a doutrina e jurisprudência pátrias, embora de maneira ainda acanhada, vêm firmando o entendimento de que, para fins de publicização da Ação Civil Pública, deve-se utilizar um critério pluralista, de forma a incluir entre os legitimados para a propositura de tal ação até mesmo entidades ou órgãos públicos sem personalidade jurídica."

Tratando especificamente da legitimidade da Defensoria, Marivaldo Pereira (2007) acrescenta:

"Sem dúvida alguma, a atribuição de legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos representou um passo fundamental rumo à concretização dos direitos e garantias fundamentais da parcela mais pobre da população brasileira, com a qual o Estado encontra-se em débito desde os seus primórdios.

Juridicamente, a medida encontra-se em perfeita harmonia com o ordenamento em vigor, devendo-se rechaçar a afirmação de que afetaria diretamente as atribuições do Ministério Público, pois, apesar de eleger a propositura da Ação Civil Pública como função institucional desse órgão, conforme dispõe em seu artigo 129, III, a Constituição ressalva expressamente que a legitimação atribuída ao Parquet não exclui a de terceiros, ainda que nas mesmas hipóteses e mesmo que estipulada por norma infraconstitucional, conforme é possível depreender de seu artigo 129, parágrafo 1º."

9. Argumentos em prol da limitação da atuação da Defensoria Pública

Questão, no mínimo, controversa é trazida por André Melo (2007) em seu texto "Defesa dos pobres: Limites da Defensoria para

ajuizar Ação Civil Pública". O autor primeiramente analisa a questão da necessidade de comprovação da carência dos atendidos no âmbito da Defensoria Pública, já que, muitas vezes, acaba-se atendendo pessoas de classe média ou até mesmo alta em detrimento dos que realmente necessitam. Posteriormente parte para a análise dos limites da defensoria no tocante à ACP e conclui que ela deve agir sempre que for invocada pelo cidadão, já que se propusesse em nome próprio estaria a usurpar competência do MP:

"Ou seja, as entidades querem é assistência jurídica e não serem substituídas na ação, pois nesse caso não têm voz ativa. Porém, o órgão que deveria prestar a assistência jurídica, a Defensoria, vem querendo é atuar em nome próprio e assumir o controle da ação, o que refoge de sua atribuição e gera um custo alto. Afinal, é uma função que já tem o Ministério Público, o qual não pode atuar por representação processual (advocacia) e assim teríamos duas Instituições com função similar e a assistência jurídica relegada a segundo plano.

[...] sua atribuição para ajuizamento de ações coletivas, inclusive ação popular, pode dar-se apenas representando processualmente um cidadão comprovadamente carente ou uma associação ligada aos carentes, sendo que a Lei 11.448/07 deve ser interpretada à luz da Constituição Federal sobre a atribuição da Defensoria, não podendo agir de ofício (SIC)."

10. ADI proposta contra a lei que legitimou a Defensoria Pública

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (no ADI 3943 de relatoria da Ministra Carmen Lúcia), no STF, para contestar a lei que legitima a Defensoria Pública a propor Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 em seu art. 5º).

A CONAMP alega que a possibilidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, Ação Civil Pública, "afeta diretamente" as atribuições do Ministério Público. A norma impugnada afrontaria os arts. 5º, inc. LXXIV e 134, *caput*, da Constituição da República, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes.

Argumenta a Autora que:

"a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a Ação Civil Pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional" (fl. 5).

E pondera que, nos termos dos artigos constitucionais citados:

"a Defensoria Pública foi criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para se defender judicialmente ou que precisam de orientação jurídica. Assim, a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira. Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo. Por isso, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária" (fl. 6).¹⁰

¹⁰ A Associação Nacional dos Defensores Públicos da União - ANDPU e a Associação Nacional dos Defensores Públicos já foram admitidas como *amicus curiae*.

Alega, também que “aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis”, portanto, “não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais”.

Contra esse entendimento que motivou o MP a ajuizar ADI questionando a legitimidade da DP, manifesta Cristina Gonçalves (2007, grifo nosso), defensora pública em SP:

“A democratização dos instrumentos de acesso à Justiça, antes de dividir, deve ser vista como um fator de soma na busca de uma sociedade mais livre, justa e solidária, efetivando dessa forma um dos mais importantes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto na Constituição Federal.

A Defensoria Pública não busca a exclusividade na propositura da Ação Civil Pública, mas que, isto sim, essa ação seja um meio para atacar e corrigir as violações de direitos, em especial de direitos sociais, sofridas pela população carente.

[...]

A Defensoria Pública pretende desempenhar suas atribuições com responsabilidade, imbuída do senso de que seus membros são servidores públicos que devem salvaguardar os direitos da população pobre brasileira, que representa significativa parcela da população nacional. E, por isso, temos certeza da constitucionalidade da legitimidade conferida à Defensoria para propor Ação Civil Pública.”

11. Estaria a Defensoria Pública de fato usurpando função própria do Ministério Público?

Há divergência doutrinária se o Ministério Público teria legitimidade para ingressar

com Ação Civil Pública para tutelar todo e qualquer interesse individual homogêneo, argumentando parte da doutrina que deve haver prova de interesse social relevante.

Para Carvalho Filho, o Ministério Público só terá legitimidade para a propositura de ACP, quando o interesse for indisponível, já que a própria CF, em seu art. 127¹¹, definiu como missão institucional do MP a defesa de tais direitos:

“Entretanto, somente se pode admitir tal legitimidade se os interesses individuais homogêneos se qualificarem como *indisponíveis*, porque, como já visto, a constituição deixou claro que a tutela do MP deve ser dirigida a interesses sociais e individuais *indisponíveis* (art. 127). (grifos presentes no original) (CARVALHO FILHO, 2007, p. 127)”

Quando o mesmo eminente doutrinador define o que seriam tais direitos indisponíveis, deixa claro sua posição de exclusão da legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. Assim, para Carvalho Filho, indisponível é aquele direito em que:

“1) o titular não puder decidir, por si só, se deve, ou não, adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a quem a ordem jurídica confere legitimação para fazê-lo;

2) tiver a qualificação de transindividual, porque sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois, irrelevante a vontade individual. (Idem, p. 128)”

Vejamos então, que, para o eminente jurista, o Ministério Público só se encontra

¹¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (CF, grifo nosso)

legitimado para a propositura de Ação Civil Pública, quando na defesa de direito transindividual de natureza indivisível, em que o titular não possa decidir sobre a propositura de ação individual. Ora, tendo em vista que nos direitos individuais homogêneos há sempre determinação dos sujeitos e divisibilidade do objeto, não há de se falar em legitimação do Ministério Público, para a propositura de Ação Civil Pública, quando se tratar da tutela de tais direitos.

Outrossim, assevera o próprio Hugo Nigro Mazzili (1995, p. 83), respeitável doutrinador representante do Ministério Público e profundo conhecedor de suas atribuições, como muitas obras publicadas sobre o tema:

“a defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas (como consumidores individualmente lesados) só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha à coletividade como um todo (...); se é extraordinária a dispersão de lesados; se a questão envolve defesa da saúde ou da segurança dos consumidores; se a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico. Não se tratando de hipótese semelhante, a defesa de interesses de consumidores individuais deve ser feita por meio de legitimação ordinária, ou, se por substituição processual, por outros órgãos e entidades que não o Ministério Público, sob pena de ferir-se a destinação institucional deste último.”

No mesmo diapasão, arremata Rodolfo Mancuso (2007, p. 30):

“onde o interesse individual homogêneo não se qualifica pelas notas de indisponibilidade, ou da relevância social, ou ao menos pelo número notável dos sujeitos concernentes, não poderia mesmo o Parquet apresentar-

se como expoente de tais interesses, o que bem se compreende, pois a capacidade postulatória, no caso de interesses meramente individuais, agrupados ou não, é deferida à classe do advogados”.

Desta forma, a jurisprudência tem feito uso do conceito de interesse social relevante para se averiguar a legitimidade do Ministério Público. Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça dizendo: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil publica em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante”, (REsp 58682 / MG, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 16.12.1996, p. 50864, LEXSTJ v. 94, p. 130).

Também tem se posicionado o STJ no sentido de que a falta de configuração de real interesse coletivo afasta a legitimidade do Ministério Público para promover Ação Civil Pública (REsp 236161 / DF; Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 02.05.2006, p. 333 e REsp 53074 / SP, Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 31.10.1994, p. 29480). Apesar de não ser assunto comum à manifestação do STF, também tem sinalizado esta corte com o mesmo entendimento (RE 163231 / SP - São Paulo, Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 26/02/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001, PP-00055).

12. Posição Jurisprudencial a respeito da legitimidade da Defensoria Pública

12.1. Contrariamente à legitimidade da Defensoria Pública

Argumentação semelhante à da Associação Nacional do Ministério Público, ao propor a citada ADI contra a legitimidade da Defensoria, é tecida por um magistrado de São Paulo, analisando uma ACP proposta pela DP/SP, visando proteger cidadãos contra demolição de construções irregulares em área de manancial. Para

este, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não teria legitimidade para questionar as demolições de construções irregulares recentes em áreas de mananciais feitas pela prefeitura de São Paulo, como parte da Operação Defesa das Águas. Foi o que decidiu o juiz Elias Júnior de Aguiar Bezerra, da 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, que extinguiu, sem julgamento do mérito, Ação Civil Pública movida pela Defensoria contra a Prefeitura, em razão das demolições. A sentença foi publicada na última sexta-feira (28/09).

Ao propor a Ação Civil Pública, a Defensoria de São Paulo questionou a legalidade da Ordem Interna da Prefeitura que regulamenta o poder de polícia do Município, base legal para as operações de desfazimento. A Defensoria também sustentou que as demolições violam a ordem urbanística e não podem ser realizadas sem ordem judicial. Com base nisso, requereu a concessão de liminar para impedir as demolições. Nas palavras do magistrado:

“Não se justifica reconhecer a legitimidade da Defensoria para a propositura de Ação Civil Pública que tem por destinatário grupo indeterminado de pessoas, revelando que se propõe à defesa de interesse difuso”, escreveu o juiz na sentença. “Aliás, dessa aparente indeterminação ressalta ainda mais a ilegitimidade ad causam da autora (Defensoria), pois, se não pode precisar quais foram os atingidos pela Ordem Interna impugnada, não pode também afirmar se todos são, ou não, hipossuficientes.” (JUSTIÇA ..., 2007)

No entendimento exarado, a tentativa de proibir as demolições não cabe à Defensoria Pública, mas apenas ao Ministério Público: “Como, no caso em espécie, não está se cogitando de obrigação necessariamente pecuniária, sujeita à liquidação, e sim de um fazer ou não-fazer, os interesses aqui em litígio se caracterizam como difusos, de forma que sua proteção deve ser reservada ao Ministério Público, a quem foi constitu-

cionalmente atribuída a defesa de interesse dessa natureza”. (Idem)

Em outra Ação Civil Pública ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – NUDECON, em defesa dos consumidores de energia elétrica daquele Estado, contra Light Serviços de Eletricidade S/A e CERJ – Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, se postulava a ilegalidade de artigos da Portaria nº 466/97 do DNAEE, com a abstenção das rés em suspender o fornecimento de energia elétrica, bem como em calcular a dívida dos consumidores com base em tal regramento legal, condenando aquelas na repetição de valores pagos indevidamente. A respeito da legitimidade da Defensoria Pública, assim se manifestou o STJ:

“A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados. IV – O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC. Recursos especiais providos, para determinar a ilegitimidade ativa ad causam do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido

apelar. (REsp 734176 / RJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.03.2006, p. 196, RB vol. 511, p. 25).”

Entretanto, na maioria das vezes a jurisprudência se posicionou favoravelmente à legitimidade da Defensoria Pública, como veremos a seguir.

12.2. Entendimento jurisprudencial favorável à legitimidade da Defensoria Pública

Em 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, entendeu o STJ que, 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”:

“O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor.

(...)

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 consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (REsp 555111 / RJ, Relator(a) Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, DJ 18.12.2006, p. 363)”

Também entendeu o STJ que a Procuradoria de Assistência Judiciária, antigo órgão da Procuradoria do Estado de São Paulo que fazia as vezes da Defensoria Pública, tem 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”. (REsp 181580 / SP, Ministro CASTRO FILHO, Terceira Turma, DJ 22.03.2004, p. 292)

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela legitimidade da Defensoria Pública em ação coletiva questionando a interrupção do fornecimento de energia elétrica, motivada pelo não pagamento das contas (TJRJ, AgrIns nº 2003.002.23562. Rel. Des. Manoel Marques. 13ª Câmara Cível. Julgado em 02 de junho de 2004).

Finalmente, cumpre ressaltarmos o teor da seguinte ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Ação Civil Pública – Defensoria Pública – Legitimidade Ativa – Crédito Educativo – Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. Legitimidade ativa da Defensoria, para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor Ação Civil Pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo. Assim, a decisão que rejeitou a arguição de ilegitimidade

ativa, levantada pelo Parquet, não lhe causou qualquer gravame, ajustando-se, in casu, à restrição acolhida na ADIN 558-8-RJ – Recurso reputado prejudicado em parte e em parte desprovido. (AI 3274/96. Reg. 040497. Cód. 96.002.03274 – Vassouras. 2a Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira – julgado em 25 de fevereiro de 1997).”

Assim, em todos os acórdãos citados, notamos que tais decisões foram proferidas antes mesmo da vigência da Lei 11.448 de 2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública. O argumento na maioria das decisões é justamente a interpretação ampliativa do rol dos legitimados para atingir a todos os órgãos públicos que tenham a função de defender os interesses concernentes à tutela coletiva. Talvez inspirado nessa perspectiva moderna, tenha o legislador se motivado a incluir, em 2007, a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propor Ação Civil Pública.

Conclusão

Falar em democracia é falar em igualdade e a Defensoria Pública surge como ente estatal essencial para se garantir o reequilíbrio de forças dentro de um país tão socialmente desigual.

Em uma sociedade capitalista, onde o poder do dinheiro passa superar o equilíbrio de forças idealizado por Montesquieu, configurado na tripartição entre executivo, legislativo e judiciário, é imperioso que um novo sistema de freios e contrapesos venha a surgir. O caminho para isso é a fortificação de entes públicos destinados à defesa dos menos favorecidos, em especial das relações de consumo, onde o ímpeto do poder econômico se mostra com mais força. Nessa missão surge a instituição da Defensoria Pública.

Políticas imediatistas que tragam benefício econômico sem preocupar-se com a

garantia dos princípios basilares de nossa constituição significam a destruição de tudo até então conquistado. Todavia, é essa a pressão que exercerão as forças dominantes e, repita-se, somente um sistema fortalecido de ações de peso, conjuntas, capazes de beneficiar a toda uma coletividade, poderá conter tal ímpeto. Nesse mister, surge a idealização da Ação Civil Pública.

Assim, a junção da Ação Civil Pública com a Defensoria, conferindo a esta última a legitimação para a propositura, nos parece a reafirmação do fortalecimento do caminho democrático trilhado por nossa Constituição.

Afirma a CONAMP que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública pertence ao Ministério Público, o que após uma análise ainda superficial do argumento, já transparece sua precariedade, pois simplesmente ignora que há muito tempo já compartilhava, de forma concorrente, tal atribuição com outras instituições públicas da administração pública direta e indireta, entes estatais e até mesmo privados, como é o caso das associações.

Ademais, devemos nos lembrar que o artigo 129, III, da Constituição Federal ressalva que a legitimação atribuída ao Parquet não exclui a de terceiros, ainda que nas mesmas hipóteses e mesmo que estipulada por norma infraconstitucional, conforme parágrafo primeiro do mesmo artigo

O argumento também de que para atuar deveria comprovar a atuação em favor daqueles que não têm condições de custear um advogado e demais encargos processuais e que isso seria impossível, em razão dos lesados não poderem ser identificados, também não pode prevalecer. Primeiro, porque como vimos, tal indeterminação de sujeitos só existe para os direitos coletivos e difusos, mas não para os individuais homogêneos. Em segundo lugar, porque, como também pudemos observar, a massa de pessoas carentes em nosso país é imensa e a dificuldade verdadeira é conseguir excluir a possibilidade de uma Ação Civil Pública

não vir a beneficiar qualquer hipossuficiente jurídico-econômico.

Por outro lado, tem argumentado doutrina e jurisprudência que o Ministério Público só tem legitimidade para propor Ação Civil Pública para tutelar direitos individuais homogêneos quando o interesse for indisponível, que por sua vez, tem sido definido como aquele em que o titular não pode decidir, por si só, se pleiteará ou não seu direito em juízo, visto que há outra pessoa legitimada para tanto, sendo o interesse indivisível e impossível de se determinar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada um.

Ora, tendo em vista que, como vimos, nos direitos individuais homogêneos há sempre determinação dos sujeitos e divisibilidade do objeto, sendo perfeitamente identificável o dano sofrido por cada um e havendo plena capacidade dos sujeitos individuais pleitearem por si só tais direitos (do contrário não seriam individuais), não há de se falar, então, em legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública quando se tratar da tutela de tais direitos.

Podemos afirmar ao final, que a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública antecede à Lei 11.448/2007, que veio a incluir no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85 a Defensoria Pública.

Primeiro, pelos postulados constitucionais que justificam sua própria existência e a colocam como instituição essencial para a garantia da democracia, em especial no que toca ao reequilíbrio de forças dos economicamente desfavorecidos frente ao poderio econômico de outros, tudo, conforme já asseverado acima.

Segundo, em razão da legislação infraconstitucional anterior à referida lei, em especial pelo artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que atribui competência às entidades e aos órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à de-

fesa dos interesses e direitos protegidos por aquela norma.

Ora, o artigo art. 4o, da Lei Complementar nº 80/94, atribui à Defensoria Pública justamente a função institucional de defender os interesses dos consumidores. Por sua vez, o inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347 de 1985, antes do advento da citada Lei 11.448 de 2007, também já legitimava os órgãos que possuíssem finalidades institucionais de proteção ao consumidor à proposição de Ação Civil Pública.

Finalmente cumpre frisar, que a doutrina e jurisprudência pátria já vinham firmando o entendimento de que se deve adotar um critério pluralista quando se fala em legitimação de órgãos para a propositura da Ação Civil Pública.

Assim, podemos concluir que a Lei 11.448 de 2007 só veio reafirmar algo que há muito já estava consagrado, a legitimidade da Defensoria Pública, que já decorria de sua missão constitucional, das normas infraconstitucionais citadas e da sua própria razão de existência. Sendo a Ação Civil Pública instrumento de grande força para reequilibrar relações entre partes economicamente desiguais e sendo esta a função essencial da própria Defensoria Pública, instituto e instituição não podem andar separados!

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Defensoria Pública. 1ª conferência de Defensoria Pública e direitos humanos. Brasília, 2003.

_____. Ministério da Justiça. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasil, 2004.

_____. Ministério da Justiça. *Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública*. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasil, 2004a.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso alla giutizia come programma di riforma e come método di pensiero. In: *Revista di Diritto Processuale*, aprile/giugno, 1982.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Fabris editora, 1988.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, 1991.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

_____. *Manual de direito administrativo*. 15 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EDUFMT, 2002.

CINTRA, A.C.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 16 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual Doutrina e Jurisprudência do STF. *Revista Jurídica* n. 260, jun. 1999.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. A autonomia da defensoria pública e a defesa dos direitos humanos. In: BRASIL, Defensoria Pública. 1ª Conferência Defensoria Pública e direitos humanos. Brasília, 2003.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.

GONÇALVES, Cristina Guelfi. A democratização do acesso à Justiça. *Jornal Folha de São Paulo*, ADPERJ. 03 set. 2007. Disponível em: <http://www.adperj.com.br/artigos_detalhes.asp?matID=%7BB557C1A7-2DF2-4924-AC01-A2E4F25F0EA1%7D>. Acesso em: 07 out. 2007.

GRECO, Leonardo. Acesso à justiça no Brasil. In: *Revista do Curso de Direitos da UNIVALE Universidade do Vale do Rio Doce*, n. 1. Governador Valadares: UNIVALE, jan./ jun. 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: *Lua Nova*, n. 36, 1995.

JUSTIÇA arquiva ação da defensoria pública contra demolições da prefeitura. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/noticias/index.php?p=18952>. 01 out. 2007. Acesso em: 7 out. 2007.

LENZA, Pedro. Reforma do judiciário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6463>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6378&p=3>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual do consumidor em Juízo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e Status*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O acesso à justiça e o ministério público*. São Paulo: Saraiva, 1998

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELO, André Luís. Defesa dos pobres: limites da defensoria para ajuizar ação civil pública. Estadão: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58900,1>>. Acesso em: 7 out. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Marivaldo. Caminhos da justiça: permitir que defensoria ajuíze ação pública é um avanço. ANADEP. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=2466>>. Acesso em: 7 out. 2007.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da defensoria pública para propositura da ação civil pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>>. Acesso em: 29 set. 2007.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TAVARES; LENZA; ALARCÓN (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THOMPSON, José (Coord.). *Acesso a la justicia y equidad*. San José, BID, 2000.

VARGAS, Cirilo Augusto. *ADI nº 3.943: atentado contra a democracia*. Artigo Publicado no site da Associação Nacional dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro ANDPRJ.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, M^a Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo

Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, set. 1999.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como acesso à ordem jurídica justa. *Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo*, v. 22, jan./ dez. 1994.

WEINBERG, Mônica. A renda engessa tudo. Disponível em: <http://www.care.org.br/?pobreza_artigos11>.

Sites Consultados

<<http://www.defensoriapublica.gov.br/noticias/2006/rls200306dpu.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40000,1>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

<<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=238348&edicao=11385&anterior=1>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37354,1>>. Acesso em: 4 jan. 2008.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39950,1>>. Acesso em: 2 jan. 2008.