

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA

Defensora Pública da União

Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás - UNI-ANHANGUERA

Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/MG - UIT

1. Introdução

As relações sociais, cada vez mais complexas e abrangentes, criam situações conflituosas de amplitude transindividual, acarretando uma sobrecarga de trabalho no Judiciário, tornando-o lento e desacreditado. Portanto, a natureza difusa desses conflitos reclama tratamento diferenciado pelo direito processual. A Ação Civil Pública apresenta-se como um importante mecanismo processual que faz o diferencial na solução das lides de massa e conseqüente democratização do efetivo acesso à justiça.

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado democrático de direito e foi recentemente legitimada pela Lei nº 11.448/07, para a propositura da Ação Civil Pública. Não obstante, ainda há quem questione essa legitimação, ofendendo o princípio do retrocesso. A leitura do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 912.849/RS, auxiliará na compreensão das atribuições constitucionais da Defensoria Pública no que se refere à tutela coletiva.

2. Acesso à justiça e justiça social

O acesso à justiça é um requisito fundamental do sistema jurídico moderno e característica inerente ao Estado democrático de direito. Não há como falar neste Estado sem conceber a idéia de que seu povo, ainda que teoricamente, esteja amparada por uma ordem jurídica justa (WATANABE, 1984, p. 85-97). Mas não estamos mais na era de declaração de direitos, estamos na era de sua efetivação (BOBBIO, 1992, p. 25). Não basta teorizar o princípio do acesso à justiça, é necessário que seja implantado em sua plenitude, sob pena de ofensa às instituições que formam o regime democrático.

Este acesso é considerado como um requisito fundamental – “[...] o mais básico

dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). É através dele que o princípio fim da existência humana – a dignidade humana, art. 1º, III, CF – pode encontrar o caminho de sua existência e manutenção na sociedade pós-moderna, tão complexa e desigual.

“O acesso à justiça está umbilicalmente ligado à noção de justiça social” (MARINONI, 1999, p. 22). A ordem jurídica só será justa mediante o consoante da justiça redistributiva e da igualdade social. Não cabe mais a concepção de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Judiciário ou direito de petição. A expressão citada é algo muito mais amplo, deve ser concebido além do acesso ao Judiciário, igualmente acessível a todos, e cujos resultados céleres, temporais e concretos devam ser individualmente e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Dentre os mecanismos de realização da ordem jurídica justa encontra-se o processo. O processo deve ser útil e instrumental para que se alcance a celeridade e efetividade, ou seja, o máximo de eficácia possível, visando em ultimato ao fim da pacificação social. O Judiciário não pode mais ignorar o fato de que suas decisões produzem um impacto social igual ou maior que as ações do Legislativo ou Executivo, visto que possui a prerrogativa da palavra final.

Atualmente o acesso à justiça é de efetividade temerária diante de tantas desigualdades socioeconômicas e culturais, notadamente no Brasil, país de vasta extensão territorial. É preciso democratizar a justiça. Utilizar o processo como mecanismo de participação popular de instrumento transformador da realidade social, “[...] adequar o processo ao tipo de litígio” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71). Esta é a era dos conflitos coletivos, é mister um processo coletivo para solucioná-los.

3. Tutela coletiva como acesso à justiça

São notórios no Brasil e no mundo os avanços da multiplicação dos conflitos transindividuais, exigindo do Judiciário solução aos litígios de forma coletiva, como propõem o artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC) e as súmulas vinculantes do artigo 103A, da Constituição Federal (CF). Cada vez que o Judiciário padece com o volumoso número de demandas sobre as medidas políticas dos planos econômicos, por exemplo, padece também a sociedade, com a morosidade em decorrência desta hiperinflação de acesso.

É crescente, no mundo moderno, a organização dos titulares de interesses transindividuais para combater o desequilíbrio em face dos poderosos interesses

políticos e econômicos. A solução de litígios de forma coletiva é reconhecidamente um facilitador de acesso à justiça. Evita decisões conflitantes, acelera o processo, diminui a carga de demandas individuais no Judiciário, atende uma gama da população que não teria direito de acesso por desconhecer os próprios direitos ou por não ter representação adequada, etc.

O processo civil não possui mais condições estruturais para atuar somente de forma individualizada. Atuações individualizadas não solucionam conflitos em massa, senão geram gastos públicos exorbitantes com atuações isoladas do Judiciário. Sobrecarregam o sistema, tornando-o lento e desacreditado. Parte da doutrina nacional já afirma que não caberia mais sequer falar da clássica divisão entre direito público e direito privado e sim em direito individual e direito coletivo (ALMEIDA, 2003, p. 79).

A Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) é apontada como o principal instrumento na tutela jurisdicional dos interesses ou direitos coletivos. Com *status* constitucional (129, III, CF), esta lei é um dos mais importantes normativos relativo ao acesso à justiça, porque forma com outra lei (Lei nº 8.078/80, Código de Defesa do Consumidor) um microsistema de tutela aos direitos coletivos e possibilita a defesa simultânea de direitos individuais, direitos coletivos e instituições que afetam toda a sociedade e não somente quem adentrou em juízo.

4. Defensoria Pública como legitimada para propositura da tutela coletiva

Dada a importância que a tutela dos direitos coletivos ganhou nas últimas décadas, resta analisar se a jurisprudência brasileira caminha em consonância com este mister, principalmente no que tange à tendência mundial de dilatação do rol de legitimados para propositura das demandas coletivas. Neste sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou pela legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública:

RECURSO ESPECIAL Nº 912.849 - RS (2006/0279457-5)
RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO
RECORRENTE: RIO GRANDE ENERGIA S/A
ADVOGADO: VINÍCIUS DE OLIVEIRA BERNI E
OUTRO(S)
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO: MARGARETH SPENCER - DEFENSORA
PÚBLICA E OUTROS

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): RIO GRANDE ENERGIA S/A e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul intentam recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores, cuja ementa espelhou (fl. 105):

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA.

1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4.º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores.

2. APELAÇÃO PROVIDA.

O MP aduz violação dos arts. 82, III, da Lei nº 8.078/90 e 4º, XI, ad LC nº 80/94 e dissenso pretoriano, enquanto que a concessionária de energia elétrica alega ofensa aos arts. 82, III, do CDC, 1º e 4º, XI, da LC nº 80/94 e 6º do CPC e divergência jurisprudencial.

Ambos os recorrentes pugnam pela ilegitimidade da Defensoria Pública para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados.

Oferencimento de contra-razões pela manutenção do decism a quo. Enviados os autos ao Parquet Federal, este opinou pelo não-conhecimento dos recursos pela perda dos seus objetos e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos.

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.

2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85

(com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3. Recursos especiais não-providos.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Em apreciação recurso especial contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse dos consumidores. Inicialmente, registro o que preceitua a legislação que regula a matéria. Lei nº 7.347/85 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências):

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

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

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

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). (destaquei)

A propósito da matéria, sigo a corrente no sentido de que é plenamente possível o ajuizamento de ação civil coletiva por parte da Defensoria Pública. A corroborar com o afirmado, registro precedente deste Sodalício:

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 – ONUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos

interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso especial provido. (REsp nº 555111/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 18/12/2006)

A propósito, o Parecer do Parquet Federal, em fundamentação bem elaborada, encontra-se em perfeita harmonia com a posição deste Relator, pelo que o transcrevo como razão de decidir (fls. 261/263):

10. Na hipótese vertente, o cerne da questão diz respeito à possibilidade ou não da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul ajuizar ação civil coletiva em benefício dos consumidores de energia elétrica daquele Estado.

11. Em outras palavras, na ação civil pública, questiona-se acerca da função institucional da Defensoria Pública, ou seja, se a atribuição legal deste órgão limita-se ao patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado e individualmente considerado ou se suas atividades podem englobar, igualmente, a defesa coletiva ou difusa dos consumidores, em atuação análoga à do Ministério Público.

12. Ocorre que, com a nova redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, foi modificado o art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, passando a estabelecer o seguinte:

“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.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” (destaquei).

13. Significa dizer que o recente texto legal, de aplicação imediata, legitimou a Defensoria Pública para a propositura da competente ação civil coletiva em defesa dos consumidores hipossuficientes.

14. Logo, como a legitimidade da Defensoria Pública Gaúcha foi expressamente reconhecida pela posterior edição da Lei nº 11.448/2007, verifica-se o esvaziamento dos recursos especiais interpostos contra o acórdão do Tribunal a quo, eis que lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a questão processual debatida nos autos, no mesmo sentido da decisão que se pretende aqui ser reformada.

15. Ademais, neste novo contexto, a única maneira de reformar o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul seria por meio da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que extrapola a competência do Superior Tribunal de Justiça.

16. Por último, não se verifica na alteração procedida pela Lei nº 11.448/2007 no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, nenhuma inconstitucionalidade, conforme os preciosos votos dos

eminentes Ministros Castro Filho, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrichi, nos autos do Recurso Especial nº 555111/RJ, cuja ementa, em caso semelhante ao presente, está assim vazada:

“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 - ONUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao ‘Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor’.

III - Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de

decisões conflitantes.

Recurso especial provido.” (STJ; RESP 555111/RJ – 2003/0116360-9; Relator: Ministro CASTRO FILHO (1119); Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 05/09/2006; Fonte: DJ, 18/12/2006, p. 363).

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente. Por tais considerações, NEGO provimento aos recursos especiais. É como voto.¹

Até o ano de 2006, havia forte resistência dos tribunais em aceitar a Defensoria Pública como legitimada à propositura das tutelas coletivas. Ela podia atuar representando um legitimado hipossuficiente, como a associação, mas não como parte ativa, à exceção da relação de consumo, em face do artigo 82, III, da Lei nº 8.078/90.² O art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, aplicado à Lei de Ação Civil Pública, artigo 21, ampliou o rol de legitimados à referida ação, contemplando as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica.

Art. 82 Para os fins do art. 91, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

[...]

III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

Conforme se extrai do acórdão citado, a intenção do legislador foi ampliar o campo da legitimação ativa, pluralista e concorrente, seguindo a vontade da Constituição de 1988 quanto à legitimação plúrima, que dispõe em seu artigo 129, § 1º: “[...] a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Seguindo esta tendência, em 15/01/07, foi editada a Lei nº 11.448/07, que veio inserir no artigo 5º, II, da Lei nº 7.347/85, a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propositura da Ação Civil Pública.

¹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.849 - RS (2006/0279457-5). Relator: Ministro José Delgado. Documento: 3463339 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 5 in: < www.stj.gov.br > . Acesso em: 25 de julho de 2008.

² Processo n. 2004.39.00.010412-6 - Justiça Federal de Belém - Defensoria Pública da União x União Federal e outros. A ACP, assinada pelo defensor público Anginaldo Oliveira Vieira, pede que a justiça obrigue a União, o Estado do Pará e o Município de Belém a tomar todas as providências necessárias imediatamente, para solucionar a situação das crianças em situação de rua. Entre as medidas exigidas está o encaminhamento para abrigos públicos dos menores que não tem família, a matrícula de todos em instituições de ensino e o tratamento médico dos que estão viciados em drogas ou doentes. Devido à alegação de ilegitimidade da DPU o Ministério Público Federal assumiu o pólo ativo enquanto a Defensoria recorria da alegada ilegitimidade.

Não obstante a expressa menção legal em total consonância com o texto constitucional e com o direito mundial direcionado à ampliação da tutela coletiva, alguns doutrinadores³ e em específico o Ministério Público⁴ não aceitam que a Defensoria Pública possa fazer parte do rol de legitimados, como se a própria Constituição já não tivesse autorizado outros legitimados através do artigo 129, § 1º, já citado, quando explicitou que “[...] não impede a de terceiros”.

Afirma essa doutrina que haveria a necessidade de identificação dos beneficiários para fins de comprovação da carência econômica, o que se tornaria impossível em relação aos direitos difusos e de difícil realização perante os coletivos, considerando que os interesses difusos e coletivos são transindividuais e normalmente não identificáveis os seus titulares. Ademais, a legitimação da Defensoria Pública estaria afetando diretamente as atribuições do Ministério Público. Somente ao Ministério Público caberia a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis na qualidade de substituto processual, à Defensoria caberia apenas a representação em nome do próprio titular do direito ofendido. A afirmação dessa doutrina não procede como veremos doravante.

5. A hermenêutica da tutela coletiva

É sabido que “[...] tudo, sob certo aspecto, interpreta-se” (NETTO, 2003, p. 25). No entanto, deve-se ter o cuidado de utilizar a hermenêutica de modo a atender o acesso à justiça e jamais o contrário. Sabe-se que os princípios oxigenam o direito e nos tempos atuais, “[...] desde que a Constituição passou a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central [...]” (DWORKIN, 2008), a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento da República Federativa do Brasil. Através desse princípio interpreta-se todo o texto constitucional.

É impossível visualizar alguma consonância entre os princípios da dignidade humana e do acesso à justiça com a suposta inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/07, senão o oposto. A “[...] máxima força concretizadora, interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora aliados à proibição de retrocesso” (ALMEIDA, 2008, p. 321-324) desses princípios, desautorizam qualquer interpretação restritiva no rol de legitimados para tutela coletiva.

³ Dentre os vários modelos de anteprojeto do Código de Processo Coletivo já formulados (Ibêro-américa, USP, UERJ etc), alguns restringem a atuação da Defensoria, instituindo a necessidade de que a coletividade assistida pela Defensoria nas tutelas coletivas, sejam composta de hipossuficientes.

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/07, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) contra a Lei n. 11.448/07, em razão da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados do artigo 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública.

Na verdade, qualquer que seja a sua modalidade (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) “[...] a tutela coletiva é sempre indivisível, visto que se tutela o direito da coletividade, beneficiando-se, por conseqüência, todos os seus membros” (DIDIER JR.; ZANETI, 2008). “Não se pode conceber, ainda que individualmente, onde acaba a quota de um e começa a de outro. As entidades voltadas para a proteção dos direitos coletivos não têm como finalidade específica a proteção dos interesses de determinada corporação ou classe, mas sim dos interesses da sociedade como um todo, o que lhes confere um caráter altruístico” (BOTTINI; PEREIRA, 2008). Vale relembrar o acórdão supra:

[...] 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.

É uma característica dos direitos transindividuais o interesse social, a exemplo da tutela dos direitos dos menores em situação de rua ou da tutela ao direito de vizinhos de uma determinada fábrica de respirar ar puro. Ainda que sejam pessoas individualizadas, não seria, nessa tutela, beneficiada toda a coletividade? Os direitos ao lar, à saúde, à família, à moradia, à educação, etc. são direitos do menor, mas é também defesa do Estado democrático de direito, pois se tutela a dignidade humana, que é um de seus fundamentos.

Ademais, não é impossível que um desses menores esteja nessa situação de rua porque foge da família que o ignora pelo fato de ser usuário de drogas. Neste caso seria esse menor hipossuficiente financeiro, ainda que o tutor ou titular do pátrio poder a quem incumbe gerir seus bens não se classifica como pobre? Não parece lógico deixar de assisti-lo pela suposta condição econômica privilegiada de sua família. A essa pergunta segue-se a principal: a atuação da Defensoria Pública estaria restrita à assistência dos hipossuficientes financeiros?

6. Função institucional da Defensoria Pública

“A Lei nº 11.448/07 veio finalmente democratizar o processo em favor do cidadão hipossuficiente e de toda a sociedade em geral” (ORDACGY, 2008). Até o conceito de hipossuficiente deve ser interpretado á luz do texto constitucional. Existem hipossuficientes econômicos, culturais, sociais, políticos, etc. nem toda atuação da Defensoria Pública se restringe aos pobres. “A Defensoria atua mesmo em favor de

quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas.” (DIDIER JR.; ZANETI, 2008).

Como função típica pressupõe-se o atendimento ao necessitado econômico, nos moldes do artigo 5º, LXXV, da CF, “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Nesta função, cabe à Defensoria Pública realizar a análise prévia da hipossuficiência financeira de quem irá assistir, justificando os possíveis indeferimentos, para fins de controle a que se submetem os atos administrativos em geral.

Ocorre que a Defensoria Pública também exerce funções atípicas, *que não* pressupõem necessariamente hipossuficiência econômica de seu assistido. Nessa atribuição atípica, “[...] seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim *o necessitado jurídico*” (DIDIER JR.; ZANETI, 2008). O artigo 134, § 1º, da CF, que dispõe sobre a Defensoria Pública, estabeleceu que a “Lei Complementar organizará a Defensoria Pública”, fato que veio a ocorrer somente em 1994, com a edição da Lei Complementar nº 80 que dispõe:

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

[...]

VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;

VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;

VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

Observa-se que a Lei Complementar nº 80/94 atribuiu outras funções que não as enumeradas no rol aberto do artigo 4º citado. Nos casos de curador especial (art. 9º, II, do Código de Processo Civil), defensor penal dativo (art. 265 do Código de Processo Penal), e na defesa de crianças e adolescentes, como já exemplificado outrora, já não se podia questionar a hipossuficiência econômica para fins de ser atendido pela Defensoria Pública. A partir da Lei nº 11.448/07 inclui-se a tutela dos interesses difusos, como ensinam Bottini e Pereira (2008):

Na hipótese de tutela de interesse difuso, a Defensoria Pública sempre estará legitimada para a propositura da ação civil pública, tendo em vista o caráter altruísta do exercício dessa tutela e o grande proveito que ela geralmente proporciona à esfera jurídica dos necessitados, constituindo os eventuais proveitos auferidos pelos não-necessitados

mera conseqüência da observância do dever constitucional de tutelar os interesses dos necessitados.

Para tutela dos interesses coletivos e individuais homogêneos, dado a amplitude de benesses desses interesses e a dificuldade de estabelecer que somente uma gama da coletividade será beneficiada, os citados autores afirmam que não há necessidade de verificação prévia da hipossuficiência, com uma distinção: para tutela coletiva, parcela dos interessados deve estar incluída na condição de hipossuficientes e no caso dos interesses individuais homogêneos, além deste último requisito, a instituição somente poderá executar a sentença em relação aos comprovadamente necessitados financeiros ou em favor do fundo criado pela Lei nº 7.347/85 c/c artigo 100 da Lei nº 8.078/80.

Desta forma, observa-se que não é necessário que toda a coletividade, grupo ou interessados assistidos pela Defensoria Pública na tutela dos direitos transindividuais sejam compostos exclusivamente por pessoas necessitadas, visto que parcela da sociedade beneficiada pela ação proposta pode não ser hipossuficiente⁵ Ademais, o direito a ser tutelado pode ser comum a ambas as pessoas pobres ou ricas. A Defensoria não poderia eximir-se do dever de possibilitar o acesso à justiça ao carente porque o não carente seria também beneficiado, haja vista que o corolário da dignidade humana e acesso à justiça são também impositivos para o Estado democrático de direito. Câmara (2008) esclarece que:

[...] além dos interesses individuais dos economicamente necessitados há um outro público alvo da Defensoria Pública: as coletividades. É que nem sempre estão organizadas (em associações de classe ou sindicatos, por exemplo) e, com isso, tornam-se hipossuficientes na busca da tutela jurisdicional referente a interesses ou direitos transindividuais. Negar a legitimidade da Defensoria implicaria contrariar a idéia de que incumbe ao Estado (e a Defensoria Pública é, evidentemente, órgão do estado) assegurar ampla e efetiva tutela jurisdicional a todos. Decorre, pois, essa legitimidade diretamente do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

A Defensoria Pública legitimada é concorrente para a propositura de ação civil

⁵ É o que de fato ocorreu na Ação Civil Pública proposta pelo Defensor Público da União André da Silva Ordacgy em face da União Federal, processo n. 2008.51.01.009581-8 (18ª vara Federal do Rio de Janeiro), solicitando a imediata retirada das tropas do Exército Brasileiro do Morro da Providência, localizado no Município do Rio de Janeiro, com a manutenção do pessoal técnico-militar (engenheiros, arquitetos etc), considerando o grave episódio de entrega pelo Exército de três pessoas, para grupos rivais, ocasionando a morte deles.

pública, mesmo antes da Lei nº 11.448/07, conforme se depreende do acórdão em análise, pelos dispositivos constitucionais citados e pelo microsistema de tutela coletiva (art. 21 da ACP c/c art. 90 do CDC). Qualquer obstáculo ou entendimento contrário à legitimação adequada da Defensoria Pública para propositura de Ação Civil Pública é incompatível com o sistema legal e com os direitos fundamentais deste Estado, como o da dignidade humana, assistência jurídica integral, acesso à justiça, igualdade, dentre outros.

Pode-se observar que a Defensoria Pública, nas tutelas de massa, não está atuando como representante ordinário da parte, e sim com legitimação extraordinária, atuando como substituto processual. Se estiver patrocinando direito alheio em nome próprio, como se revela neste instituto processual, é dispensável a comprovação da insuficiência financeira do assistido ou coletividade, visto ser o Estado brasileiro composto, em sua maioria, por hipossuficientes socioeconômicos.

Desde a edição da Lei nº 7.347/85 que vários entes, além do Ministério Público já possuem a legitimidade de postulação e nunca ocorreu nenhuma ofensa aos princípios e garantias desta instituição. A Lei nº 11.448/07 veio prestigiar a Defensoria Pública e estimular a tutela coletiva, além de democratizar o processo. A Defensoria Pública é instituição essencial à Justiça, com a mesma dignidade e importância que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada (art. 134 da CF/88). A legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade, e não para dar mais prestígio a essa ou aquela instituição (DIDIER JR; ZANETI, 2008).

7. Conclusão

O acesso à justiça é um requisito fundamental do sistema jurídico moderno e característica inerente ao Estado democrático de direito, estando umbilicalmente ligado à noção de justiça social e de realização de uma ordem jurídica justa. Dentre os mecanismos apropriados para se alcançar a efetividade do acesso à justiça encontra-se o processo. Ocorre que devido ao crescente número de conflitos de massa, o processo civil não possui mais condições estruturais para atuar somente de forma individualizada.

A Ação Civil Pública é um importante instrumento na solução dos conflitos transindividuais e a tendência legislativa e jurisprudencial é a ampliação do rol de legitimados para propositura da tutela dos interesses coletivos. Não obstante a Defensoria Pública já seja legitimada adequada para algumas demandas de massa, a Lei nº 11.448/07 veio prestigiar essa nobre instituição, inserindo-a expressamente no artigo 5º, II, da Lei nº 7.347/07.

“A tutela coletiva é sempre indivisível, posto que se tutela o direito da coletividade, beneficiando-se, por consequência, todos os seus membros” (DIDIER JR; ZANETI, 2008). Portanto, a Defensoria Pública não estaria restrita à assistência dos hipossuficientes financeiros, visto que exerce funções típicas e atípicas. Não sendo necessário que a coletividade tutelada por este órgão, nas demandas transindividuais, seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas, pois se assim fosse, estar-se-ia ofendendo princípios fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade material deste país, composto em sua maioria de hipossuficientes socioeconômicos e o próprio acesso à justiça, constituindo um verdadeiro retrocesso no direito brasileiro, considerado um avançado sistema de tutela coletiva.

8. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do Direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito material coletivo : superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto em branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:*

limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PEREIRA, Marivaldo de Castro. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como Assistente Judicial. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: SOUSA, José Augusto. (Org.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

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

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=240>. Acesso em: 25 jul. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DORINI, João Paulo de Campos. A Defensoria Pública e os interesses coletivos. *Revista Última Instância*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=42087>. Acesso em: 22 out. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 1997. In: BARROSO, Luís Roberto.

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> .Acesso em: 23 jun. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GALIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública: o Estado e a cidadania.* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Edis. (Org.). *A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral do processo.* Disponível em: <http://www.lfg.com.br/material/Texto_profª_Ada_18_02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato da instituição.* Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2008.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto. (Org.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelion de las massas.* 30 ed. Madrid: Revista de Occidente, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Holden da. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Brasília: Fortium, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WATANABE, Kasuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.). *A tutela jurisdicional dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.