

341.4182
R672a
(S492)
(T673)



FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSIEL GABRIEL DA ROCHA

**UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DA
DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

FORTALEZA - CEARÁ

2009

Josiel Gabriel Da Rocha

**UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DA
DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientadora: Prof^a Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves.

Fortaleza - Ceará

2009

FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E
COLETIVOS

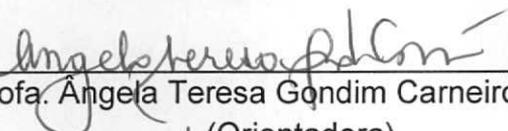
Título: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DA
DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA

Autor: JOSIEL GABRIEL DA ROCHA

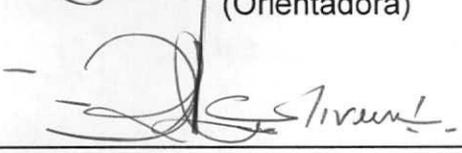
Defesa em: 05/10/2009

Conceito obtido: Satisfatório

Banca Examinadora:



Profa. Angela Teresa Gondim Carneiro Chaves
(Orientadora)



Profº Ms. Marcus Vinicius Amorim de Oliveira
(Examinador)



Profª Ms. Lucilene Cavalcante de Paula
(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Trino Deus, criador de todas as coisas;

Agradeço à professora Dra. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves, que me honrou com a orientação deste trabalho;

À minha amada esposa, Lucy Antoneli Domingos Araújo Gabriel da Rocha, minha auxiliadora idônea;

Aos meus pais, que, apesar da distância, são sempre meu exemplo de dedicação, perseverança, caráter e amor a Deus.

DEDICATÓRIA

Ao Deus eterno, que era, que é e que há de vir; que sustenta a minha vida, porque dEle, por meio dEle e para Ele são todas as coisas, pelos séculos dos séculos.

“Abre a tua boca em favor do mudo, pelo direito de todos os que se acham desamparados; abre a tua boca, e faze justiça aos pobres e aos necessitados”

Provérbios 30:8,9.

“Não torcerás a justiça; nem farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno, porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos. A justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas...”

Deuteronômio 16:19,20.

RESUMO

Através deste estudo, pretende-se analisar a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento de Ação Civil Pública, principalmente tendo por objeto os direitos coletivos em sentido amplo, englobando os coletivos em sentido estrito, os direitos difusos e os individuais homogêneos. Inicia-se com uma contextualização, numa abordagem histórica, acerca do conceito, origem, formação e desenvolvimento da Defensoria Pública no Brasil. Posteriormente, para melhor entendimento, busca-se verificar os conceitos acerca dos direitos transindividuais, verificando as características da ação civil pública na defesa desses direitos. Analisar-se-á, em seguida, as características da legitimação ativa para interposição desse tipo de ação, fazendo-se um breve comentário acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) em relação à Lei nº 11.448/06, analisando, assim, a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento da Ação Civil Pública. Fala-se, ainda, acerca de eventual exigência de pertinência temática, ou seja, nexos material entre os fins institucionais da Defensoria e a tutela pretendida na ação coletiva. A pesquisa bibliográfica procurou fundamentar-se em trabalhos jurídicos de reconhecido valor, recorrendo também a artigos em livros, revistas e disponíveis na *internet*. Na pesquisa documental, usou-se acórdãos de julgados dos tribunais superiores, relatórios de comissões legislativas e estudos estatísticos.

Palavras-Chave: Legitimidade. Defensoria Pública. Ação Civil Pública. Direitos Coletivos. Pertinência temática.

ABSTRACT

Through this study, we intend to analyze the legitimacy of the Public Defender's Office for prosecution of Class Action, especially with the object of collective rights in a broad sense, encompassing the collective in the strict sense, the rights and diffuse homogenous individual. It begins with a context, a historical approach on the concept, origin, formation and development of the Public Defender in Brazil. Later, for better understanding, we seek to verify the concepts about rights transindividual by checking the characteristics of public civil action in defense of these rights. Analyze will, then the characteristics of active legitimation for bringing such action, making a brief comment about the direct action of unconstitutionality filed by the National Association of Prosecutors (CONAMP) in relation to Law No. 11.448 / 06, highlighting the arguments and counter-them reasoning, analyzing, and the legitimacy of the Public Defender's Office for prosecution of the Public Civil Action. There is talk also about the possible requirement of thematic relevance, or material link between the institutional purposes of the Ombudsman and the protection you want in collective action. The literature review sought to be based on legal work of great value, also by using articles in books, magazines and internet. In the documentary research, he used Case dismissed by higher courts, reports of legislative committees and statistical studies.

Keywords: Legitimacy. Public Defender. Public Civil Action. Collective Rights. Relevance theme.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Quadro sinótico dos interesses transindividuais.....	24
---	-----------

SUMÁRIO

LISTA DE QUADROS.....	09
INTRODUÇÃO.....	11
1 DEFENSORIA PÚBLICA: ANÁLISE HISTÓRICA E SUAS ORIGENS.....	13
2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA COLETIVA.....	19
2.1 Dos direitos metaindividuais.....	20
2.1.1 Dos direitos difusos	21
2.1.2 Dos direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	22
2.1.3 Dos direitos individuais homogêneos	23
2.2 A ação civil pública	24
3 A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	28
3.1 A legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas diante da Lei Federal nº 11.448/07.....	28
3.2 A ADIN nº 3.943.....	31
3.3 A legitimidade da Defensoria Pública e o problema da pertinência temática.....	33
3.3.1 A origem da expressão “pertinência temática”.....	34
3.3.2 Pertinência temática e legitimidade ativa nas ações coletivas.....	36
3.3.3 A Defensoria Pública e a “pertinência temática”.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

Com a criação da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1998 inaugurou-se no Brasil uma nova fase da defesa dos necessitados em juízo. Em seu art. 134, o constituinte cria uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, de seus assistidos. Este dispositivo está em consonância com o art. 5º, inciso LXXIV da CF que preceitua: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Desde 1988, a Defensoria Pública vem, passo a passo, crescendo nos moldes em que o constituinte a idealizou. No caso da legitimidade para o ajuizamento da Ação Civil Pública não foi diferente.

A partir do ano de 2007, o perfil da Defensoria mudou. A Lei 11.448/07 conferiu atribuição à Defensoria Pública para o ajuizamento da Ação Civil Pública. Assim, os doutrinadores do direito começaram a discutir acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, pois alegam que ao órgão não deveria ter sido atribuída a legitimidade para a tutela coletiva através desse tipo de ação, uma vez que a Defensoria Pública teria sido criada para a defesa dos hipossuficientes, sem condições de individualizá-los através da tutela coletiva.

Antes do advento da Lei 11.448/07, que consagrou legalmente a Defensoria Pública como instituição legitimada universal para a propositura das ações civis públicas, a doutrina e a jurisprudência já entendiam nesse sentido. A vigência da Lei acima citada nada mais foi do que o reconhecimento de uma função institucional da Defensoria.

A legitimidade para a propositura da ação civil pública é questão institucional e não de interesse de um ou outro defensor. Esse é o entendimento que já prevalecia entre aqueles que defendiam a possibilidade de ajuizamento mesmo na tutela coletiva dos interesses.

Portanto, a discussão quanto à legitimação ou não da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública é institucional. A questão é de se definir se esta atuação está ou não dentre as funções constitucionalmente atribuídas ao órgão, e se a tutela coletiva ou individual indisponível pode ser objeto de prestação de assistência jurídica nos moldes da Constituição de 1988.

Assim, o presente trabalho buscará analisar a legitimidade atribuída à Defensoria Pública pela Lei nº 11.448/07 para o ingresso de ações civis públicas.

Inicialmente, faremos uma abordagem histórica, pois não há como analisar a essencialidade e a legitimidade da Defensoria Pública desarraigando-a de sua evolução constitucional.

Após, analisaremos as definições quantos aos direitos meta-individuais, e as características e natureza da ação civil pública, para posteriormente, estudarmos a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na tutela dos interesses coletivos.

Para o estudo em questão, partimos de uma pesquisa eminentemente bibliográfica e teórica, investigando os entendimentos de alguns doutrinadores do direito acerca do tema em análise, bem como verificando os posicionamentos jurisprudenciais quanto ao objeto de estudo, uma vez que não há como avaliar a constitucionalidade da Lei nº 11.448/07 e a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública sem avaliar o histórico dos entendimentos doutrinários e as decisões do Poder Judiciário sobre o tema. Foi realizada uma correlação entre os julgados e autores estudados, a fim de propiciar uma visão crítica sobre o tema.

1 DEFENSORIA PÚBLICA: ANÁLISE HISTÓRICA DE SUAS ORIGENS

A história da sociedade cristã ocidental mostra o desejo de ajudar as pessoas necessitadas. Esta ajuda sempre se mostrou em forma de caridade e como favor, mas não havia um órgão do governo encarregado de prestar assistência aos necessitados.

Esta prática de caridade, ainda hoje é tida por muitos juízes como um dever moral do advogado que é nomeado como dativo para patrocinar a defesa de réus pobres, nas comarcas onde há omissão do Estado em não garantir acesso à Justiça aos necessitados com a nomeação de um Defensor Público.

No Brasil, a primeira legislação que demonstra que a assistência jurídica era uma obra de caridade e com fortes traços religiosos foram as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título 84, § 10, que define as formalidades para uma pessoa pobre obter dispensa de taxas processuais, in verbis:

Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz (imóveis), nem por onde pague o agravo, e dizendo em audiência uma vez o Pater Noster pela alma do Rei Dom Diniz, ser-lhe-á havido como que se pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.

Em meados do século XIX, começaram a surgir as primeiras leis brasileiras acerca das custas processuais, no entanto estas leis não eram suficientes para garantir o efetivo acesso dos pobres nos tribunais. Por conta disso, em 1870, Nabuco de Araújo, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB do Rio de Janeiro - criou um conselho para prestar assistência judiciária aos indigentes. Isto foi de fato verdadeiramente implantado e ganhou muita força com o apoio dos abolicionistas como Perdígão Malheiros que precedeu Nabuco de Araújo na presidência da IAB.

Nesta época, há notícias de que durante o período imperial teria ocorrido a primeira manifestação do poder público no sentido de chamar a si o encargo de manter, à custa do erário, um agente investido do '*munus*' específico para a defesa dos miseráveis. Tratava-se de uma iniciativa da Câmara Municipal da Corte, que criou o cargo de 'Advogado dos pobres', remunerado pelos cofres públicos, com a atribuição oficial de defender os réus miseráveis nos processos criminais. Este teria sido o primeiro Defensor Público da história do Brasil. No entanto, o cargo foi extinto em 1884.

Após a proclamação da República, pelo governo provisório foi baixado o Decreto n.º 1.300, de 14 de dezembro de 1890, o qual autorizava a criação, na capital, de um serviço de assistência judiciária aos pobres. Foi aprovada a primeira Constituição Republicana, porém nada mencionou sobre a problemática do acesso a justiça para os Pobres. No entanto, foi baixado pela Presidência da República um novo decreto criando um serviço oficial de assistência judiciária para o Distrito Federal. Assim, o Decreto n.º 2.457, de 08 de fevereiro de 1897, estabeleceu aquele que é reconhecido por muitos estudiosos como o primeiro serviço de natureza pública para o atendimento jurídico dos necessitados na história do país.

Com a promulgação da Constituição de 1934, ficou estabelecido como dever da União e dos Estados o de prestar assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Esta Constituição foi efêmera, sendo que a Constituição outorgada de 1937 nada previa sobre assistência judiciária.

No entanto, o Código de Processo Civil, Decreto-Lei n.º 1.608/39, o Código de Processo Penal, Decreto-Lei n.º 3.689/41 e a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452/43 tiveram respeitado o espírito da Constituição de 1934 no que tange a assistência judiciária aos necessitados.

Podemos verificar em Mascarenhas Filho (1992, p.68):

[...] essa circunstância, entretanto, não impediu que o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608/39) impusesse que o patrono do jurisdicionado hipossuficiente fosse indicado pelo órgão estatal incumbido

do encargo ou, inexistindo nomeado pelo juiz, e que o Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-Lei n.º 3.689/41) fosse dotado de regras segundo as quais, em não tendo o acusado ou autor de ação penal privada condições de contratar advogado, o juiz lhe nomearia um e finalmente, que a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/43) estabelecesse entre os deveres do sindicato o de oferecer assistência judiciária a seus associados [...] (MASCARANHAS FILHO, 1992, p.68)

Vale ressaltar que toda essa legislação citada pelo professor Breno Mascarenhas foi editada por um governo totalitário, visto que o Poder Legislativo havia sido por ele dissolvido, mas que trouxe ratificado o princípio de que era direito do cidadão a ser garantido pelo Estado o de ter assistência judiciária.

Com a promulgação da Constituição de 1946, novamente foi reconhecido o dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados. O art. 141, parágrafo 35, assim dispõe: "O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência jurídica aos necessitados".

Outro passo importante, porém, foi dado em 1950, com a aprovação da lei específica sobre a assistência judiciária às pessoas pobres, qual seja a Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro daquele ano. Esta Lei, em vigor até hoje, embora com várias modificações no seu texto, teve o mérito de organizar em um só documento as diversas normas sobre assistência judiciária que estavam espalhadas em diversas leis. A Lei 1.060/50 foi sucessivamente modificada nos anos de 1973 (Lei nº 6.014), 1975 (Lei nº 6.248), 1977 (Lei nº 6.465), 1979 (Lei nº 6.654), 1984 (Lei nº 7.288), 1986 (Lei nº 7.510), 1989 (Lei nº 7.871) e 2001 (Lei nº 10.317).

A partir da Constituição de 1946, muitos Estados criaram ou adaptaram um serviço de assistência judiciária nos moldes federais da Lei 1060/50.

Em 1954, no Estado do Rio de Janeiro, através da Lei 2.188 criou a Defensoria Pública na conformidade do modelo atual. Posteriormente, com a edição da Constituição Estadual de 1975, foi editada a Lei Complementar n.º 06/77, que manteve a denominação mencionada e "*consolidou os princípios mais modernos e eficientes de estruturação de organismo público, destinado à prestação de assistência judiciária.*" (MORAES e SILVA, 1984, p. 101.)

As Constituições Federais de 1967 e de 1969 mantiveram expressamente o tema da assistência judiciária em seu texto, porém com alteração de que a assistência seria concedida na forma da Lei, sendo a Lei 1060/50 recepcionada pelo ordenamento constitucional. O Art. 153, § 32, da Constituição de 1969 (reproduzindo o texto do Art. 150, § 32, da Constituição de 1967) dizia: “*Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.*”

O texto anterior, no art. 141, § 35, da Constituição de 1946, expressamente mencionava que a assistência jurídica seria concedida pelo “Poder Público”.

Durante o período da Constituição de 1969, muitos Estados que não possuíam um serviço específico de assistência judiciária trataram de providenciar a sua instalação. Assim, com exceção de Santa Catarina, todas as unidades da federação passaram a contar com um tipo de serviço público de assistência judiciária.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova fase da assistência judiciária no Brasil, consolidando a sua coluna mestra baseado no art. 5º, inciso LXXIV “ *O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*”

Assim, a assistência jurídica aos necessitados passou a ser uma garantia constitucional, deixando de ser um assunto de mera defesa processual para ‘assistência jurídica integral’. Obviamente, a Constituição Federal alarga de maneira notável o âmbito da assistência que passar a compreender: defesa em juízo, representação em juízo, consultoria, orientação jurídica e extrajudicial, mediação e outras formas de compor litígios.

A Carta Magna de 1988 trouxe outra grande inovação com a efetiva oficialização em âmbito nacional do modelo que deveria ser adotado para prestar aos necessitados a assistência jurídica integral, dando pleno cumprimento à garantia assegurada no art. 5º, inciso LXXIV, acima transcrito.

Trata-se da 'Função Essencial à Justiça', inserida no Capítulo IV, na qual Defensoria Pública foi inserida, juntamente com outras carreiras, na conformidade do disposto no art. 134, in verbis:

Art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

A Constituição Federal deixa clara a forma com que a carreira de Defensor Público deveria ser estruturada por Lei Complementar, tendo os seus cargos providos por concurso público do mesmo modo que ocorre com os cargos de juízes e promotores. Ainda, foi concedida a garantia da inamovibilidade e a obrigatoriedade de dedicação exclusiva, na medida em que proibiu os Defensores Públicos do exercício da advocacia privada.

Para Alves (2006, p.257), a Defensoria Pública deve ser um órgão semelhante ao Ministério Público. Vejamos:

Fica mais do que patente que a intenção do constituinte era no sentido a de assegurar a existência de um órgão estatal encarregado da defesa judicial e extrajudicial, dos interesses dos cidadãos necessitados, especialmente - mas não exclusivamente! – sob o ponto de vista econômico. Tal órgão necessariamente deve assumir feições e prerrogativas simétricas àquelas conferidas pela própria Constituição ao Ministério Público, que é o órgão estatal encarregado da defesa da sociedade como um todo, e dos interesses públicos em geral. (ALVES, 2006, p.257).

A Defensoria Pública, conforme já destacado no texto Constitucional, é essencial à função jurisdicional do Estado. No Brasil, onde mais de 80% da população é hipoteticamente assistida da Defensoria Pública, de acordo com o II Diagnóstico da Defensoria Pública realizado pelo Ministério da Justiça, o papel da Defensoria Pública é importantíssimo para uma melhor distribuição da justiça.

Como ensina Roboredo (1992, p.115), acerca do papel de ter um órgão público encarregado de promover a defesa dos hipossuficientes:

[...] Daí o Cuidado normativo que, espriado por todo o ordenamento, classifica a sua imprescindibilidade no equilíbrio das forças, na paridade das armas, sendo certo que a assistência jurídica por ela ministrada serve de instrumento de defesa de um regime socialmente mais justo [...] (ROBOREDO, 1992, p.115)

Podemos concluir, então, que a Defensoria Pública foi criada para que a assistência jurídica no Brasil fosse efetivada por um órgão público, dotado de mecanismos para implementação dos direitos e garantias e para a realização de uma melhor distribuição da justiça com a consequente pacificação social.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA COLETIVA

Toda a construção do direito processual baseou-se nas controvérsias de direito individual apregoadas na revolução francesa. O direito processual, como evidentemente não se pode abstrair-lo do processo histórico que o criou, traduzia valores da época, como, por exemplo, o extremo individualismo, ou seja, seu princípio era a resolução das contendas individuais. A natureza individualista do processo previa a sua aplicação somente na esfera singular de cada indivíduo.

Foi neste contexto histórico que os direitos de primeira dimensão foram consagrados, não restando dúvida de que a ascensão da burguesia ao poder foi preponderante para a proteção dos direitos individuais como, por exemplo, os civis e políticos, mesmo que apenas formalmente. Tais direitos, na prática, não eram postos à disposição de todos os indivíduos, haja vista que o amplo acesso à justiça não era prerrogativa deste tipo de Estado.

Conforme doutrina de ZAVASCKI (2007, p.17), o Código de Processo Civil foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Notamos que não foram contemplados os direitos coletivos na sistemática processualista, relegando-os a um segundo plano.

Com as crescentes controvérsias de direitos coletivos e as necessidades de composição desses conflitos, a legislação vem sistematicamente modificando os institutos processuais afim de que os operadores do direito possam promover a pacificação com justiça, solucionando demandas coletivas.

WATANABE, in: GRINOVER *et AL* (2000, p. 789), co-autor do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, influenciado pelas lições dos autores acima citados, elenca vantagens do tratamento dos conflitos em dimensão coletiva:

[...] além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebras de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos [...]

O direito individual, que consiste em estar relacionado sempre a um titular determinado ou determinável, fora óbice por muito tempo para que os interesses de uma coletividade, tais como os interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação pudessem ser havidos como juridicamente protegidos. Atualmente, têm-se um abrandamento desta restrição para conceder a tutela jurídica a esses direitos. Esta evolução é reforçada pela Constituição, seguida da doutrina e jurisprudência.

Diante dessa nova visão de tutela dos direitos metaindividuais, desatrelando-os de uma visão puramente individualista, foram necessárias reformulações no sistema processual, visando à efetividade da tutela coletiva, instrumentalizando a defesa desses direitos, conforme Décio Luiz Alonso Gomes:

O dinamismo social impõe como consectário lógico a evolução das sociedades [...] esse aprimoramento das relações no campo social traz reflexos para as demais áreas humanas, que se vêem na necessidade de se adequar às exigências hodiernas, sob pena de sepultamento nas páginas da história em virtude de seus resultados, que passam a ser estéreis ou até mesmo contraproducentes. Outra não é a sorte dos acontecimentos na senda processual. A evolução social experimentada globalmente começa a afetar os institutos sedimentados no tempo, que não se mostram mais adequados ao regramento das novas situações. (GOMES, 2004, p. 65)

2.1 Os direitos metaindividuais

A doutrina informa que direito Metaindividual é sinônimo de transindividual, consistindo no gênero, dos quais são espécies o direito difuso, direito coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo. Esta classificação foi inserida pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

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

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

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

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

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

Para a doutrina clássica há uma divisão entre os interesses, a saber: direito privado (relacionamento dos indivíduos entre si) e direito público (relacionamento do Estado e um indivíduo). Os direitos metaindividuais, entretanto não se enquadram nesta classificação, pois não se tratam de direitos dos indivíduos em relação ao Estado, e nem entre si, mas sim da coletividade como um todo. Passaremos a analisar cada um desses direitos.

2.1.1 Dos direitos difusos

O legislador pátrio tipificou os direitos difusos no inciso I, do parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), afirmando que são interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Ou seja, são transindividuais por natureza, pois não há como identificar de forma individualizada quem são os detentores deste direito, tendo natureza indivisível, pois só podem ser considerados como um todo. A título exemplificativo, uma propaganda enganosa de determinado produto que chega a afetar uma quantidade incalculável de pessoas, que, mesmo sem haver uma relação jurídica base entre elas, estão ligadas por uma circunstância de fato que chega, conforme lição de GUIMARÃES, (2004, p. 274), até a se confundir com interesse público devido à amplitude de tais direitos.

MAZZILI (2005, p. 50-51) ao conceituar os direitos difusos afirma que são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indeterminadas, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. Ele complementa esta definição de direitos difusos

analisando as diferentes formas de tais direitos e exemplificando-as com o intuito de demonstrar que os direitos difusos não são mera subespécie de interesse público, embora possa, em alguns casos, haver uma coincidência entre ambos.

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

3.1.2 Dos direitos coletivos *stricto sensu*

A previsão legal também está no Código de Defesa do Consumidor, no inciso II, do parágrafo único, do art. 81, que define os direitos coletivos como os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Mancuso (2004, p. 277), conceitua os interesses coletivos com muita clarividência, afirmando que:

Os interesses coletivos não surgem com a amplitude de direitos individuais, tampouco com a defesa de interesse pessoal do grupo, trata-se de interesse que ultrapassa esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido no momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, amalgamam-se no grupo [...] é preciso, então, que haja um ideal coletivo, uma alma coletiva; é isso que conduz à característica específica. (MANCUSO apud GUIMARÃES, 2004, p.277)

Podemos citar um clássico exemplo deste tipo de direito transindividual: quando há uma cláusula abusiva em um contrato de adesão, e há uma ação coletiva visando à nulidade desta cláusula, a sentença não irá conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado, daí estaremos diante de um interesse coletivo. Outro exemplo são as ações impetradas em face de planos de saúde que majoram o preço de seus serviços sem autorização prévia da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Assim, os interesses coletivos diferem dos difusos por reunir um grupo, uma categoria ou classe de pessoas determináveis, que são detentores de tais direitos por estarem ligadas por uma relação jurídica base, e não simplesmente por circunstâncias de fato.

Para WATANABE (2005, p. 623), o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares:

[...] seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc [...]) (WATANABE, 2005, p623)

3.1.3 Dos direitos individuais homogêneos

Os interesses individuais homogêneos estão tipificados e conceituados na inteligência do inciso III, do parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que interesses individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum.

Estes direitos são considerados pela doutrina como acidentalmente metaindividuais, pois os titulares de tais direitos são determináveis, podendo haver identificação dos sujeitos, bem como do objeto a ser tutelado, sendo também passíveis de renúncia e/ou transação.

Mazzili (2004, p.19) assim descreve os direitos individuais homogêneos:

[...] são os únicos que tem natureza divisível, compreendendo indivíduos determináveis, reunidos por uma lesão de uso comum (exemplificativamente, os consumidores que adquiriram produtos fabricados em série e colocados no mercado com o mesmo defeito)[...]
(MAZZILI, 2004, p19)

Zavascki (2007, p.57) afirma que na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. O legislador pátrio deu a possibilidade de tutela coletiva a tais direitos, visando facilitar o acesso à justiça e garantir o princípio da economia processual.

Como nos ensina Mazzili (2004, p.18), vejamos um quadro sinótico dos interesses transindividuais, levando em conta a classificação fornecida pelo Código de Defesa do Consumidor:

INTERESSES	GRUPO	OBJETO	ORIGEM
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Individuais homogêneos	Determinável	Divisível	Origem comum

Quadro 1: quadro sinótico dos interesses transindividuais.

Fonte: Código de Defesa do Consumidor

3.2 A ação civil pública

A efetiva tutela dos direitos transindividuais supracitados dependia da implementação de mecanismos que fossem capazes de instrumentalizar as demandas coletivas, garantindo a sua proteção e fazendo com que esses direitos saíssem do campo formal e tivessem aplicação prática. E para tal, o legislador brasileiro, iniciando a onda reformista do processo civil, consoante já salientamos, promulgou a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública.

A ação civil pública é um procedimento especial destinado a promover a tutela de direitos transindividuais e, segundo ensinamentos de Zavascki (2007, p.

68), é via apta a deduzir pretensões decorrentes de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e, em geral, a qualquer outro interesse difuso e coletivo. A ação civil pública compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares destes direitos e destina-se a reprimir danos, sejam eles patrimoniais, sejam eles morais, responsabilizando os infratores, isto é, transgressores dos direitos transindividuais.

A ação civil pública se trata de uma garantia dos direitos transindividuais trazido ao ordenamento jurídico pela Lei nº 7.347/85, tendo sido recepcionada pela atual Constituição Federal de 1988. A referida lei estabelece em seu art. 1º, as hipóteses de cabimento desta garantia constitucional, senão vejamos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - (vetado)
- IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
- VI - à ordem urbanística

Pela leitura do dispositivo legal podemos entrever a amplitude conferida a esta garantia constitucional como importante instrumento de proteção aos direitos transindividuais. A ação civil pública é conceituada por Meireles (2000, p.152) como:

[...] instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu. [...].(MEIRELES, 2000, P.152)

Para Mancuso (1998, p.17), o critério determinante que deve ser utilizado para a caracterização da ação civil pública é o objeto dessa mesma ação, ou seja, a pretensão difusa, coletiva ou individual homogênea. Assim temos que quando

houver um interesses meta-individual como fundamento de um pedido em juízo estaremos diante da ação civil pública.

A Lei nº 7.437/85 iniciou uma reformulação processual e ao mesmo tempo ampliou o espaço para o surgimento de novas leis que versam sobre a tutela de direitos transindividuais. Surgiu a Lei nº 7.853, de 24/10/89, que dispõe sobre a proteção de interesse e direitos coletivos e difusos de portadores de deficiência; a Lei nº. 7.913, de 13/07/1989, que trata dos danos causados aos investidores do mercado imobiliário; a Lei nº. 8.069, de 13/07/1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº. 8.078, de 11/09/1990, que cria o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e também a Lei nº. 10.741, de 01/10/2003, que estabelece sobre o Estatuto do Idoso.

Dentre estas leis, a Lei da Ação Civil Pública tem uma relação muito próxima com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sobretudo com o título III deste diploma legal, que dispõe sobre a defesa do consumidor em juízo. É neste título que encontramos a definição de todas as espécies de direitos transindividuais, conforme já mencionado (art. 81), inclusive dando uma proteção coletiva para os direitos individuais homogêneos. Além disso, com o advento do CDC, a própria LACP expressamente passou a aplicá-lo subsidiariamente, utilizando todos os mecanismos e institutos de tutela de tais direitos nele presentes. Vale ressaltar também que o CDC por si próprio vem contribuindo para a consolidação do processo coletivo.

Outra contribuição que o CDC trouxe para a Lei da Ação Civil Pública foi no tocante aos direitos individuais homogêneos, pois não resta dúvida de que todas as espécies de direitos transindividuais estão legalmente amparadas, tendo possibilidade de serem objetos de ação civil pública. A este respeito assevera Mazzili (2005, p. 122):

Com efeito, estão também alcançados pela tutela coletiva os interesses individuais homogêneos, de qualquer natureza, relacionados ou não com a condição de consumidores lesados. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio de ação civil pública ou coletiva, sendo inconstitucional qualquer tentativa que vise a impedir o acesso coletivo à jurisdição. (MAZZILI, 2005, p.122)

Quanto à legitimidade para impetrar ação civil pública, temos outro avanço, pois o rol de legitimados é extenso, propiciando o acesso à justiça. De acordo com o art. 5º da LACP, têm legitimidade para propor esta ação coletiva o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que concomitantemente esteja constituída há pelo menos 01 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência ou do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Vale ressaltar que, não obstante o papel fundamental da Defensoria Pública dentro do Estado Democrático de Direito, a Lei nº 7.437/85, inicialmente, até a promulgação da Lei nº. 11.448, de 15/01/2007, não previa expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para impetrar ação civil pública. É acerca deste assunto que iremos tratar no próximo capítulo.

3 A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

Com a criação da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988 inaugurou-se no Brasil uma nova fase da defesa dos necessitados em juízo. Em seu art. 134, o constituinte cria uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, de seus assistidos. Este dispositivo está em consonância com o art. 5º, inciso LXXIV da CF que preceitua: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Desde 1988, a Defensoria Pública vem, passo a passo, crescendo nos moldes em que o constituinte a idealizou. No caso da legitimidade para a propositura a Ação civil Pública não foi diferente.

3.1 A legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas diante da Lei Federal nº 11.448/07

A partir do ano de 2007 o perfil da Defensoria mudou. A Lei 11.448/07 conferiu atribuição à Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. Assim, os doutrinadores do direito começaram a discutir acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, pois alegam que ao órgão não deveria ter sido atribuída a legitimidade para a tutela coletiva através desse tipo de ação, uma vez que a Defensoria Pública teria sido criada para a defesa dos hipossuficientes, sem condições de individualizá-los através da tutela coletiva.

Antes do advento da Lei 11.448/07, que consagrou legalmente a Defensoria Pública como instituição legitimada universal para a propositura das ações civis públicas, a doutrina e a jurisprudência já entendiam nesse sentido. A vigência da Lei acima citada nada mais foi do que o reconhecimento de uma função institucional da Defensoria.

A legitimidade para a propositura da Ação civil pública é questão institucional e não de interesse de um ou outro defensor. Esse é o entendimento que já prevalecia entre aqueles que defendiam a possibilidade de ajuizamento mesmo na tutela coletiva dos interesses.

Podemos parafrasear Mancuso quando este defende a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil, afirmando que o entendimento em relação à instituição ministerial é o mesmo em relação à Defensoria. Ensina o professor:

[...] a defesa do interesse público quando promovida pelo Ministério Público não se subjetiva neste ou naquele seu integrante que, contingentemente, está oficiando no caso concreto; mas, significa que, independentemente da sucessão nominal do promotor de justiça, prevalece sempre a instituição, de sorte que a defesa do interesse público não sofre solução de continuidade [...] (MANCUSO, 2002. p. 111)

Mancuso também entende que a legitimidade para agir na defesa dos interesses difusos deve ser igualmente difusa, ou seja, não exercitada apenas por uma instituição ou por um ente. Assim ensina:

Visto que os interesses objetivados são difusos, curial que a legitimação para a sua tutela seja... difusa, isto é, exercitável pelo ente *exponenziale* que, na visão do legislador, reúne as condições para tal, dado que os interesses difusos, por definição, não devem ter sua tutela restringida à atuação de certos órgãos governamentais, nem somente ao Ministério Público (MANCUSO, 2002. p. 103-104).

Portanto, a discussão quanto à legitimação ou não da Defensoria Pública para a propositura da Ação civil pública é institucional. A questão é de se definir se esta atuação está ou não dentre as funções constitucionalmente atribuídas ao órgão, e se a tutela coletiva ou individual indisponível pode ser objeto de prestação de assistência jurídica nos moldes da Constituição de 1988.

Com a alteração da Lei nº 7347/85 pela Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007, a Defensoria Pública passou a ser legitimada para o ingresso de Ação Civil Pública. Na verdade, esta alteração legislativa veio afirmar um entendimento doutrinário e jurisprudencial sedimentado a partir do Código de Defesa do Consumidor.

Como afirmado anteriormente, antes da Lei nº 11.448/07 a Defensoria Pública já vinha ingressando com ações públicas para a defesa de direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Nas Ações Civis Públicas propostas pela Defensoria Pública não era questionada a sua legitimidade, posto era fundamentada no art. 82, III do Código de Defesa do Consumidor, c/c o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

A legitimidade da Defensoria Pública para a interposição de ações coletivas foi confirmada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

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

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

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido.” (STJ, Resp. 555.111/rj, 3ª Turma, rel. Castro Filho, j.06/09/06).

Portanto, a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ações civis já era aceita pela jurisprudência e a Lei nº 11.448/07 veio para sedimentar este entendimento.

3.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943

A despeito do que sedimentaram a doutrina e a jurisprudência, a CONAMP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 11.448/07, alegando que a atribuição de legitimidade para interposição de ações civis à Defensoria Pública afetaria a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades conferidas pela Constituição. Ainda, que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira. Por fim, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma que concedeu legitimidade a Defensoria Pública, e subsidiariamente requer interpretação conforme a Constituição, para não conceder legitimidade a Defensoria Pública no que tange a direitos difusos.

Ocorre que a Constituição Federal não prevê exclusividade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública, conforme previsto no art. 129, § 1º da Constituição Federal.

Tal dispositivo remete a Lei para conceder a legitimidade a outros entes, conforme a Lei 7347/85. A Lei nº 11.448/07 acrescentou entre os legitimados a Defensoria Pública. Portanto, a legitimidade do Ministério Público não é exclusiva. Além disso, a Defensoria Pública pode atuar em litisconsórcio ativo com o Ministério Público, somando esforços para a tutela dos direitos metaindividuais.

Ainda, a legitimidade conferida a Defensoria Pública para a interposição de ação civil pública tem como fundamento um maior acesso a Justiça, uma vez que viria a somar juntamente com o Ministério Público e outros legitimados para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, esses direitos fundamentais teriam um maior número de entes hábeis em defendê-los.

Outro argumento que restringiria a legitimidade da Defensoria Pública é que a CF em seu art. 134 reza que a instituição tem incumbência de

orientar juridicamente e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Esclarecendo que tal dispositivo impediria a legitimidade da Defensoria Pública no tocante a direitos difusos, onde não poderia verificar seus titulares, posto que são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Assim, não teria como verificar se a pessoa é economicamente necessitada e possível assistida da Defensoria Pública, para justificar a sua atuação no caso.

O art. 134 da CF não coloca limite às atribuições da Defensoria Pública e a lei pode suplementar para que seja alcançado seu fim maior que é a defesa dos necessitados. Um exemplo da ampliação legislativa é o que ocorre na Curadoria Especial, mesmo em relação às pessoas não economicamente necessitadas (art. 4º, VI, LC80/94). Outro exemplo é o que ocorre no tribunal do júri, no caso da falta injustificada do advogado do réu para a sessão o juiz intimará o defensor público para o primeiro dia desimpedido (art. 456, §2º CPP); neste caso, a Defensoria Pública atuará, mesmo que o acusado não seja economicamente necessitado.

A doutrina interpreta o termo “necessitado” empregado no art. 134 da Constituição Federal em dois tipos: necessitado econômico e necessitado jurídico. O primeiro seria a pessoa impossibilitada economicamente de arcar com os custos de uma orientação jurídica e a defesa de seus direitos. Já o segundo seria aqueles juridicamente vulneráveis, tais como consumidores, os usuários de serviço público, os usuários de plano de saúde, etc.

Por outro lado, a necessidade da comprovação da insuficiência de recursos se aplica exclusivamente às demandas individuais, porquanto, nas ações coletivas este requisito resultará do objeto da demanda, bastando que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos seja necessitada.

Ainda, não haveria fundamento nos artigos 5º, inc. LXXIV e 134 da CF/88, se fosse criado um órgão a fim de defender necessitados individualmente, deixando-se de lado a defesa de lesões coletivas socialmente mais graves.

Assim, os hipossuficientes que legitimam a atuação da Defensoria Pública são tanto os necessitados econômicos, quanto jurídicos.

3.3. A legitimidade da Defensoria Pública e o problema da pertinência temática

Antes da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) poucos eram os meios de defesa coletiva de interesses metaindividuais. Através da Ação Civil Pública buscou-se tutelar (em sentido de alcançar uma solução jurisdicional para um problema) a afronta a direitos difusos e coletivos. O art. 5º da mencionada lei indicou quais seriam os legitimados ativos para a propositura da ação.

Assim, o objetivo da lei é a proteção de direitos transindividuais, indicando expressamente quem pode efetuar a defesa destes direitos, em regime de *substituição processual*.

Após a vigência da Lei da Ação Civil Pública vieram diversas leis possibilitando a defesa de um maior número possível de interesses transindividuais, através de um maior número de legitimados ativos. Podemos citar: Lei nº 7.853/89 (ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência), Lei 7.913/89 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), Lei nº 8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 8.864/94 (ação de responsabilidade por danos causados por infração a ordem econômica); Lei 9.494/97 que limita o alcance da coisa julgada na Ação Civil Pública.

Importante mencionar novamente que o Código de Defesa do Consumidor trouxe, em seu art. 81, a descrição jurídica do que se deve entender por Direitos Difusos, Coletivos e, ainda, direitos individuais homogêneos.

Assim, destaca-se a alteração efetuada em 2007 (Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007) com a inclusão de novos legitimados no rol do art. 5º da lei 7.347/85, incluindo expressamente a Defensoria Pública.

Com a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados ativos, passou-se a discutir a existência ou não de necessidade de demonstração da relação entre o pedido inicial e o benefício das pessoas necessitadas. A discussão reside em um ponto: A Defensoria Pública, nas ações coletivas, tem obrigatoriedade de demonstrar que somente as pessoas necessitadas serão contempladas com o provimento jurisdicional na defesa coletiva dos direitos?

É o que parte da doutrina convencionou chamar de "pertinência temática". Tal assunto chegou a ser questionado judicialmente por meio da ADIN 3.943, daí o interesse e a relevância da questão.

A CONAMP afirmou na ADIN 3.943 que a Lei Federal nº 11.448/07 (que alterou o art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85) padece de "*vício material de inconstitucionalidade*" por suposta afronta aos artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, uma vez que a Defensoria Pública teria sua atuação condicionada à individualização precisa de seus assistidos.

O conceito de "necessitado", entretanto, não se confunde com o de "pobre", ou economicamente hipossuficiente, mas sim a qualquer pessoa que sofre algum tipo de vulnerabilidade, seja ela econômica, técnica ou fática, situação em que a coloca em desvantagem na relação jurídica. Mister observar, no entanto, que a defesa do hipossuficiente econômico é a maior parte do trabalho da Defensoria.

3.3.1 Origem da expressão "pertinência temática"

A expressão "pertinência temática" foi utilizada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal para limitar a utilização das ações diretas de constitucionalidade, em razão do grande número deste tipo de ação ajuizadas no STF, por conta que o art. 103 da Constituição Federal havia expandido o rol de legitimados ativos.

Em um voto no julgamento da ADI913-3-DF o ministro Celso de Melo conjugou o conceito de legitimidade *ad causam* com o do interesse de agir (necessidade e utilidade da prestação).

Em outra ADI o Ministro Celso de Melo ainda se referiu a “pertinência temática”:

[...] Um outro aspecto merece referência e diz respeito ao interesse de agir das entidades de classe, a envolver a necessidade de que demonstrem, objetivamente, a relação de pertinência entre a finalidade institucional que motivou a sua criação e o conteúdo e a natureza da lei ou ato normativo impugnado. A descoincidência temática entre esses dois elementos referenciais – finalidade da associação e conteúdo material da lei ou ato normativo – descaracterizará o interesse de agir e ensejará a carência da ação direta [...] (ADIN 42-DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 24/09/1992.)

Ocorre que, ao se exigir que certas instituições estejam condicionadas a demonstração da relação de pertinência entre o ato impugnado e a atividade desempenhada, está se burlando a própria Constituição e o objetivo do texto constitucional no que diz respeito a tornar amplo o debate constitucional.

Podemos transferir o problema para o debate acerca da Ação Civil Pública, questionando se a Defensoria Pública estaria à demonstração da “pertinência temática”. A resposta é obrigatoriamente negativa. Primeiro porque não se pode demonstrar em tutela coletiva, inicialmente a situação social dos beneficiados pelo provimento jurisdicional, pois a violação dos direitos não está vinculada à classe social, sendo que pobres e ricos podem ser protegidos por tal provimento indistintamente. A diferença gritante é que o hipossuficiente econômico não tem o mesmo acesso a justiça do que aqueles considerados ricos.

O segundo ponto a ser destacado é o fajuco argumento de contenção das ações. A restrição à Defensoria Pública quanto à tutela coletiva na verdade traria prejuízo ao Poder Judiciário, pois aumentar-se-ia as ações individuais para a tutela de direitos.

Pelo que se percebe, o interesse do legislador ao incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados para as ações coletivas foi de buscar intensificar o atendimentos aos direitos das populações carentes, ampliando até mesmo o grupo

de beneficiários, não exigindo uma limitação prévia para atuação dos defensores públicos.

Portanto, a “pertinência temática” é uma criação jurisprudencial contrária ao texto constitucional do art. 134, que nos diz: “A Defensoria Pública é essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”, sendo atribuição de cada Defensor Público exercer fielmente a sua função.

3.3.2 Pertinência temática e legitimidade ativa nas ações coletivas

A pertinência temática é o liame entre a finalidade institucional do legitimado ativo e a tutela pretendida na ação coletiva, ou seja, a proteção específica daquele bem que é objeto da ação civil pública ajuizada pela entidade, ou com ela compatível. Nas palavras de SOUZA (2001, p.46.) representa a “*harmonização entre as finalidades institucionais das associações civis ou órgãos públicos legitimados e o objeto a ser tutelado na ação civil pública*”.

Há de se diferenciar a “pertinência temática” da chamada “representatividade adequada”. Alguns autores confundem seus conceitos e chegam a afirmar que a primeira é requisito da segunda. É o exemplo de Venturi (2007, p.222) quando trata do tema representatividade adequada:

[...] tal controle revela-se, na prática, muito mais de ordem formal que propriamente substancial, incidindo, para além da constatação da constituição válida e regular da entidade autora, também sobre a verificação do nexo de pertinência temática existente entre suas finalidades estatutárias ou institucionais e o objeto da tutela instrumentalizado pela demanda coletiva [...] (VENTURI, 2007, p.222.)

Alguns tribunais também confundem os conceitos. Vejamos.

Ausência de representatividade adequada do grupamento substituído processualmente, pela associação de moradores e amigos do Jardim Botânico, diante da não ocorrência de congruência entre o objeto pretendido e os fins estatutários da entidade civil, sendo imprescindível o requisito da

pertinência temática (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Turma, AC 159.652-RJ)

A representatividade adequada é a aptidão técnica, institucional e financeira do órgão ou entidade que se vale da tutela coletiva. Sua finalidade é especificar e qualificar o pólo ativo para evitar demandas coletivas que poderiam prejudicar a coletividade. No sistema brasileiro não há falar de representatividade adequada, já que existe um rol específico legal de legitimados ativos e a coisa julgada coletiva não prevalece para prejudicar qualquer interessado.

No Brasil, a coisa julgada terá extensão *erga omnes* ou *ultra partes* apenas *secundum eventum litis*, estendendo seus efeitos apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais. As demandas individuais não ficam prejudicadas em caso de improcedência das ações coletivas.

Portanto, exigir a representatividade adequada significa exigir que o autor seja apto a defender direitos alheios.

No sistema brasileiro, o que se exige é apenas o liame entre a finalidade institucional da entidade que figura no pólo ativo e o objeto da demanda, como uma forma de limitar legalmente o elenco de legitimados ativos.

Nos dias atuais, a doutrina e a jurisprudência têm sido mais flexíveis quanto à exigência da pertinência temática, tendo em vista a contemplação dos princípios da máxima efetividade dos direitos individuais e coletivos, e ao direito ao amplo acesso à Justiça.

Nessa linha, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente quanto por aqueles que formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula a qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente" (STJ, REsp 31.150-SP, 2ª Turma, relatora Ari Pargendler, julgado em 20/05/1996. In: MARANHÃO, Clayton e CAMBI Eduardo. Artigo: Partes e terceiros na ação civil pública por dano ambiental, 2004, p.130)

Em outra oportunidade:

Ação civil pública. Legitimidade. Fundação de assistência social à comunidade de pescadores. Defesa do meio ambiente. Construção. Fábrica de celulose. Embora não constando expressamente em suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, é a fundação de assistência aos pescadores legitimada a propor ação civil pública para evitar a degradação ao meio ambiente em que vive a comunidade por ela assistida. (STJ, AR 497-BA, 1ª Seção, relator Min. Garcia Vieira, julgado em 12/08/1998. In: MARANHÃO, Clayton e CAMBI Eduardo. Artigo: Partes e terceiros na ação civil pública por dano ambiental, 2004, p.130)

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça confirmou sua posição acerca do tema:

Processual Civil - Ação civil pública - Legitimidade de associação de moradores. 1. Legitimidade ativa, para propor ação civil pública, de associação cujo um dos objetivos estatutários é a proteção dos interesses dos moradores de bairro, encontrando-se abrangido neste contexto a defesa ao meio ambiente saudável, a qualidade de vida. (STJ, REsp 332879-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 17/12/2002, DJU 10/03/2003 p.150)

Assim, conclui-se que na exigência da pertinência temática há de haver grande flexibilidade, em obediência aos princípios constitucionais do amplo acesso à Justiça e da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Aliás, Mauro Cappelletti e Bryant Carth (CAPPELLETI, Mauro e CARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1998.) detectam três ondas renovatórias da Era Instrumentalista do Direito Processual, no sentido de assegurar o acesso à Justiça.

3.3.3 A Defensoria Pública e a pertinência temática

Feito este perfil da pertinência temática e analisando-se as críticas à sua exigência, verifica-se que não é possível antecipar, em sede de tutela coletiva, a situação social dos beneficiados pelo provimento jurisdicional.

Assim, é nítida a afirmação que tal exigência simplesmente inviabilizaria a atuação da Defensoria Pública para defender o interesse das pessoas carentes, o que frustraria o objetivo do Constituinte e acabaria por tornar o art. 134 da Carta letra morta.

O assunto ainda é tormentoso, mas a pacificação parece estar mais próxima da ampla legitimidade. Vejamos jurisprudência do STJ:

Temos, em princípio, que deve ser assegurada a legitimidade ampla da Defensoria Pública, não apenas para a defesa dos necessitados, considerando ser esta parte da Administração Pública, cuja legitimidade não possui restrições e, ainda, pelo fato de que na disciplina normativa da Lei da Ação Civil Pública, ao contrário das associações, (art. 5º, inciso V, alíneas "a" e "b"), não há qualquer limitação com relação à extensão da legitimidade. (EDcl no Resp 743.176/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 17/08/2006)

Mister também mencionar o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, o qual elenca o rol de legitimados ativos, dentre eles, "a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes" (artigo 20, IV). Note-se que, quando se fala em direitos difusos, não segue qualquer limitação.

Outrossim, nas palavras da Ministra Andriahi:

[...] não se pode desconhecer a tendência cada vez mais acentuada em todo mundo, no sentido de facilitar o acesso à Justiça, desimpedindo-o de obstáculos de ordem patrimonial. Portanto, se atuação da Defensoria Pública ficar limitada, pela vedação (ou limitação) ao uso da ação civil pública, a parcela da população que não tiver condições de arcar com os custos do processo não terá acesso pleno ao Judiciário, direito constitucionalmente garantido [...] (Voto da ministra Fátima Nancy Andriahi em EDcl no Resp 743.176/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 17/08/2006)

Assim, em se tratando de direitos coletivos *strictu sensu* é necessária a existência somente de um hipossuficiente para legitimar a Defensoria Pública para atuar em favor de determinada coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa realizada percebeu-se que a Defensoria Pública vem, passo a passo, crescendo nos moldes em que o constituinte de 1988 a idealizou. Com o histórico que se pôde estudar, verificou-se a evolução funcional e as conquistas institucionais alavancadas pela Defensoria. No caso da legitimidade para a propositura a Ação Civil Pública, principal objeto de estudo do presente trabalho, não foi diferente.

Mesmo com tantas conquistas no decorrer dos períodos constitucionais, a partir do ano de 2007 o, perfil da Defensoria mudou e ganhou mais força. A Lei nº 11.448/07 conferiu atribuição à Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. Assim, os doutrinadores do direito começaram a discutir acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, alegando que ao órgão não deveria ter sido atribuída tal legitimidade para a tutela coletiva através desse tipo de ação, uma vez que a Defensoria Pública teria sido criada para a defesa dos hipossuficientes, sem condições de individualizá-los através da tutela coletiva.

Vimos, entretanto, que antes mesmo do advento da Lei nº 11.448/07, que consagrou legalmente a Defensoria Pública como instituição legitimada universal para a propositura das ações civis públicas, sem necessidade de comprovação de pertinência temática, a doutrina e a jurisprudência já entendiam nesse sentido. A vigência da Lei acima citada nada mais foi do que o reconhecimento de uma função institucional da Defensoria.

A legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública é questão institucional e não de interesse de um ou outro defensor. Esse é o entendimento que já prevalecia entre aqueles que defendiam a possibilidade de ajuizamento mesmo na tutela coletiva dos interesses.

Segundo os estudos e argumentações expostas durante este trabalho, verificou-se, também, que a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3.943,

interposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), padece de fundamentação jurídica consistente, haja vista que o Ministério Público não é o único titular de legitimidade para ajuizar ação civil pública, pelo contrário, a Constituição Federal de 1988 fez questão de aumentar o rol de legitimados nas ações coletivas.

A Defensoria Pública, atuando na sua função atípica, não interfere em nada na atuação do Ministério Público. Diferente disso, colabora em alguns casos, quando atua em litisconsórcio com este órgão, vindo na verdade a somar esforços em busca de uma efetiva prestação jurisdicional e da justiça social.

Além disso, a legitimidade conferida a Defensoria Pública consiste em um acréscimo no rol dos legitimados para melhor resguardar os direitos metaindividuais, não prejudicando a defesa individual dos hipossuficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Lamen Iuris Editora. Rio de Janeiro. 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. In: DIDIER JR, Fredie. e ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo**. V. 4. Salvador-BA: Editora Podivm, 2007.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Tempo do Império de Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 03 ago. 2009.
- _____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao91htm>. Acesso em: 03 ago. 2009.
- _____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[HTTP://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em: 03 ago. 2009.
- _____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 03 ago. 2009.

- _____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 03 ago.2009.
- _____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 03 ago.2009.
- _____. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- _____. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Constitucional nº 01 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 03 ago.2009.
- _____. **Código de Processo Penal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
- _____. **Código de Processo Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
- _____. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
- _____. **Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
- CAPPELETTI, Mauro e CARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora SRS, 2008.
- GOMES, Décio Luiz Alonso. **A Base Principlológica da Tutela Molecular**. In: SOARES, Fábio C. (Org.). **Acesso à Justiça – Segunda Série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antonio Carlos e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999
- GUIMARÃES, Márcio Souza. **Aspectos coletivos das relações de consumo. Interesses Transindividuais e o Ministério Público**. In: SOARES, Fábio C. (Org.). **Acesso à Justiça – Segunda Série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GUTIÉRREZ, Daniel Mota. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. 2. Ed., SRS Editora, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. Revista e atualizada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- MARANHÃO, Clayton ; CAMBI, Eduardo. **Partes e terceiros na ação civil pública por dano ambiental**. In: Fredie Didier Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 01.
- MASCARENHAS FILHO, Breno Cruz. **A Dinâmica do Individualismo Na Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 1992.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses Difusos e Coletivos**. 4ª Ed. São Paulo. Ed. Damásio de Jesus. 2004
- _____. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

- MORAES, Humberto Peña de e SILVA, José Fontenele Teixeira da. **Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- ROBOREDO, Carlos Eduardo Freire. **A Defensoria Pública e sua essencialidade constitucional**. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo. Livro de Estudo Jurídicos, vol. 4. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos**. 6ª Ed. São Paulo. Atlas. 2004
- SOUZA, José Augusto Garcia de. **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. Rio de Janeiro. Lúmen Iuris. 2008
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2005. Vol. 88.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007