

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

LETÍCIA REZENDE CASTELO BRANCO

**FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA
PARA A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS**

RIBEIRÃO PRETO

2009

LETÍCIA REZENDE CASTELO BRANCO

FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA
A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

RIBEIRÃO PRETO

2009

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

C349f Castelo Branco, Leticia Rezende, 1973 -
Fundamentos da legitimidade da defensoria pública para
a tutela dos direitos coletivos / Leticia Rezende Castelo Branco.
- - Ribeirão Preto, 2010.
95 f.

Orientadora: Profa. Dra. Jussara Suzi Assis B. Nasser Ferreira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos e
Função social do direito. Ribeirão Preto, 2010.

1. Direito. 2. Direito coletivo. 3. Legitimidade (Direito).
I. Título.

CDD: 340

LETÍCIA REZENDE CASTELO BRANCO

FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A TUTELA
DOS DIREITOS COLETIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, Área de Concentração em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social, sob orientação da Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

Aprovado pela Comissão Examinadora em ____/____/____

Prof.a Dr.a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Orientador (a)

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

A meu marido, Pedro Fernando Castelo Branco, que diuturnamente me incentiva e enche minha vida de alegria.

BRANCO, Letícia Rezende Castelo. **Fundamentos da Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela dos Direitos Coletivos**. 95 p. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

RESUMO

A Constituição da República de 1988 erige como direito fundamental a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, serviço este prestado pela Defensoria Pública, conforme dicção dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134. Para que cumpra de forma efetiva sua função constitucional, deve a Defensoria Pública utilizar de todos os instrumentos existentes no ordenamento jurídico, dentre eles a ação coletiva. A Lei nº 11.448, de 15/01/2007, incluiu formalmente a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propositura de ação civil pública, representando significativa conquista para a população carente. O presente trabalho tem por escopo analisar os fundamentos desta legitimidade e seus contornos, principalmente em razão da função precípua da instituição estar vinculada a tutela do necessitado.

Palavras-chave: Fundamentos. Legitimidade Ativa. Defensoria Pública. Direitos Coletivos.

BRANCO, Letícia Rezende Castelo. **Foundatios of Legitimacy of the Public Defender for the Guardianship of Law Collective**. 95 p. 2009. Dissertation (Master in Law) - University of Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

ABSTRACT

The Constitution of 1988 sets up as a fundamental right to full legal assistance and free to those who prove insufficiency of funds, a service provided by the Public Defender, as diction to Article 5, item 134 and LXXIV. To effectively fulfill its constitutional function, the Public Defender must use all the instruments in the legal system, among them the collective action. Law No. 11,448, of 15/01/2007, formally included the Public Defender on the list of legitimate for bringing civil class action, representing a significant achievement for the poor. This work has the aim to analyze the grounds of legitimacy and its environs, mainly due to the primary function of the institution be linked to protection of the needy.

Key-words: Grounds. Active Legitimacy. Public Defender. Law Collective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	9
1.1 RESGATE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO ...	9
1.2 ACESSO À DEVIDA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	14
2 SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS	19
2.1 DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	21
2.2 DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS	23
2.3 DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	25
2.4 DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	27
3 DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS	31
3.1 LEGITIMIDADE <i>AD CAUSAM</i> NAS AÇÕES COLETIVAS	31
3.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	43
3.3 SISTEMA ÚNICO DE AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS	46
4 DA INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E A CONSTRUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	50
4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA	50
4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PERFIL INSTITUCIONAL	56
4.3 DAS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA	59
4.4 FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS	60
4.4.1 Análise da Influência da Legislação Consumerista	62
4.4.2 Hermenêutica Constitucional e o Paradigma Principiológico	64
4.4.3 Funções Típicas e Atípicas da Defensoria Pública	72
4.5 LIMITES DA ATUAÇÃO: ANÁLISE DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA NA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA	76
4.6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 3.943	83

CONCLUSÃO 88

REFERÊNCIAS 90

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 tem como marca principal a prodigalidade no reconhecimento de direitos individuais e coletivos, chegando a ser identificada por alguns como Constituição Cidadã.

Ao lado do texto constitucional recheado de boas intenções, a realidade nos mostra um País que abriga, lado a lado, diversidades gritantes, contrastes inigualáveis de uma história perversa para muitos que vivem à margem de qualquer acesso – acesso à alimentação, habitação digna, educação, saúde, segurança e justiça.

Para que se faça possível reduzir a distância existente entre o que proclama o texto da Constituição da República e a crua realidade, faz-se primordial fortalecer as instituições que tenham por objeto a concretização dos direitos fundamentais.

Neste aspecto, a Defensoria Pública se destaca como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e merece papel de relevo na concretização do princípio do acesso à devida prestação jurisdicional.

A tutela coletiva dos direitos apresenta-se atualmente como uma das mais importantes ferramentas de ampliação do acesso à justiça, já que por intermédio do ajuizamento de apenas uma demanda faz-se possível pacificar interesses de inúmeras pessoas.

O advento da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que expressamente incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para o ajuizamento de ação civil pública (art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85), legitimação esta mantida no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 (art. 6º, inciso II) que disciplina a nova lei da ação civil pública, representou festejado avanço, ainda que referida legitimidade já fosse reconhecida pelos Tribunais, em alguns casos, mesmo antes da promulgação da citada lei.

O presente trabalho tem por escopo abordar o tema dos fundamentos da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, analisando os aspectos e limites constitucionais desta atuação, principalmente em razão da função da instituição estar umbilicalmente atrelada à tutela dos interesses dos necessitados.

1 O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A jurisdição, que pode ser definida como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, traduz-se em manifestação do poder estatal e tem como objetivo maior a promoção da pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo, por meio do processo.

A partir do momento em que o Estado passa a impor aos particulares a solução para os conflitos de interesses, por intermédio da jurisdição, necessariamente deve franquear a todos, indistintamente, os meios necessários e suficientes para garantir à devida prestação jurisdicional.

A pretensão apresentada por uma parte em juízo clama por uma solução que faça justiça aos participantes do conflito, culminando na pacificação com justiça. Para tanto, deve ser garantida a paridade de armas aos litigantes, além da observação de princípios como o da ampla defesa e do contraditório.

O direito à prestação jurisdicional apresenta-se, portanto, como direito fundamental assegurado a todos, cumprindo ao Estado implementá-lo de forma eficiente.

1.1 RESGATE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO

Antes de se adentrar especificamente no tema objeto do presente trabalho, faz-se imperioso abordar, ainda que em linhas gerais, as diferentes leituras que se fez do direito no decorrer dos últimos anos.

Referida análise mostra-se primordial para que se possa compreender que a realidade social que hoje se vive exige uma releitura do direito, que deve ser feita em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados na Constituição da República, dentre eles a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR).

No panorama do direito do século XVI, surgiu a doutrina do jusnaturalismo, deixando para trás o dogmatismo medieval. O jusnaturalismo, despido dos ideais teológicos, defendia o direito natural como um sistema de normas intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado, denominado de direito positivo. Para referida

escola, o direito natural tinha validade em si e era anterior e superior ao direito positivo, devendo prevalecer em caso de conflito.

Já o mundo do século XVII e XVIII, como um organismo que resiste a uma doença, e que instintivamente fortalece o sistema imunológico, reagiu às arbitrariedades dos monarcas e da igreja criando um sistema da plenitude da lei. A lei, vista como uma tábua de salvação do subjetivismo antes imperante, positivou o “Direito Racional”.

Norberto Bobbio destaca que um dos eixos da doutrina política medieval é a subordinação do príncipe à lei e assevera que:

A supremacia da lei em respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante repousa em sua generalidade e em sua constância, no fato de não estar submetida à mudança de paixões: este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *tópos* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão.¹

Nesse período, nascia a “Teoria da Plenitude da Lei e o chamado *fetichismo legal*, limitando-se a interpretação das normas ao plano gramatical.”² O papel do juiz era o de mero aplicador das leis, mediante a subsunção dos fatos à norma, sendo a interpretação gramatical a única admitida, justamente para que o aplicador do direito não invadisse a esfera reservada ao legislador e transmudasse o sentido explícito da norma. Os princípios, por sua vez, não eram revestidos de normatividade e eram utilizados apenas para suprimirem lacunas das leis.

A idéia de que a obediência cega ao texto legal significaria a resposta acertada aos anseios da sociedade estremeceu principalmente em decorrência da roupagem legalista em que se envolveram os movimentos políticos e militares nazistas e fascistas, nas primeiras décadas do século XX. Em nome da lei e por intermédio dela cometeram-se atrocidades.

De qualquer forma, o modelo legalista entrou em declínio com o aquecimento da economia industrializada. Com a produção industrial alteraram-se as relações sócio-econômicas, evidenciando a disparidade entre as leis e a nova realidade.

Como adaptação aos novos tempos, fortaleceu-se o liberalismo, abrindo-se caminho para surgir, já no século XX, o Estado Social no plano econômico e a noção de Estado de Direito, no plano jurídico.

Passou-se do Estado Legalista, em que se confundia a lei com proteção do direito, para o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucionalista, onde o foco principal passou a ser o indivíduo, primeiro, e a sociedade como um todo, depois.

¹ *Estado – Governo – Sociedade. Para uma teoria geral da Política*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 96.

² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

Nesse cenário, foram surgindo os contornos do que se tem denominado de pós-modernidade. Para David Wilson de Abreu Prado, a pós-modernidade pode ser conceituada como um “movimento que se identifica por exercer uma radical crítica à Razão”, que se afirma a partir da negação do Iluminismo. Estas idéias configuram uma proposta nova de pensar o Direito e o próprio Estado.³

Referidas transformações, sentidas principalmente após a Segunda Guerra Mundial, fizeram com que se deslocasse o eixo da modernidade para a pós-modernidade, significando o alargamento das fronteiras nacionais, ampliando, também, o conceito de poder político, Estado, e de poder jurídico, Direito.

Como sintomas desses ‘novos tempos’, umbilicalmente decorrentes do processo de globalização, evidencia-se uma erosão da propalada soberania nacional que se encontra pulverizada entre outras forças e, ainda, uma gritante necessidade de buscar por um pluralismo jurídico a abarcar os anseios atuais – fato esse que leva à uma ruptura positivista.

Essa crise de identidade e autoridade do Estado, ligada a incapacidade deste em garantir segurança aos cidadãos, bem como a mundialização da economia, tem levado, inexoravelmente, a uma reestruturação do constitucionalismo moderno.

A Constituição da República de 1988, base e, paradoxalmente, o topo da pirâmide de nosso ordenamento jurídico, assegura a todos direitos e garantias fundamentais, com previsão exaustiva de direitos sociais.

Contudo, na prática, não se mostra suficiente a previsão e o reconhecimento formal de direitos no texto frio da lei: é primordial que se confira efeito imediato às normas constitucionais, sob pena de convivermos com a idéia de uma constituição simbólica, uma simples “folha de papel”.⁴

O sentimento de impotência perante o texto constitucional recheado de boas intenções, foi vivenciado principalmente no campo dos direitos sociais, já que na maioria das vezes carecem de executoriedade plena.

Destarte, as mudanças de paradigmas vêm criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica. Hoje, compreende-se a aplicação efetiva dos princípios constitucionais como ferramenta imprescindível ao operador do direito, fazendo-se, desta forma, uma releitura da Constituição, adaptando-a as nuances da realidade atual.

³ Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Novos Conceitos. In *A Constituição no Mundo Globalizado*. Org. Silvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 268.

⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

Esse novo olhar, através das lentes da efetividade, é denominado de neo-constitucionalismo. O termo ‘neo-constitucionalismo’ pode ser entendido como uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica, em que é atribuído valor especial aos princípios.

Paulo Bonavides, salienta que os princípios:

operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.⁵

O reconhecimento da força e eficácia dos princípios representa um grande avanço, uma abertura necessária na compreensão do direito. As regras e os princípios coexistem de forma harmônica no texto constitucional, mas pode-se afirmar que os princípios representam papel constitutivo do ordenamento jurídico, ao contrário das regras, que esgotam em si mesmas, não representando nenhuma força constitutiva além do que o que está nela mesmo previsto.

A respeito da distinção entre princípios e regras, pode-se afirmar que “o sistema de princípios é aberto e tem como característica a coexistência dos valores por eles anunciados, dependendo da realidade concreta para a devida ponderação axiológica.”⁶ Já as regras são específicas, contendo relato mais objetivo, sendo de aplicação imediata.

Gustavo Zagrebelsky, assevera que a distinção essencial entre princípios e regras é que:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.⁷

Para Robert Alexy, as regras, em razão de sua característica básica de ordenar, proibir, ou permitir algo, podem ser chamadas de “mandatos definitivos”. Já os princípios seriam “mandatos de optimización”, o que significa que “pueden ser realizados en diferente

⁵ *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

⁶ CASTELO BRANCO, Letícia Rezende. *Os Princípios e o Neo-Constitucionalismo*. Revista Jurídica Unijus. vol. 12, n. 16, maio/2009, Uberaba, p. 73.

⁷ *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Octava edición. Madrid: 2008, p. 110.

grado y que la medida de su relaización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas”.⁸

O reconhecimento da eficácia dos princípios resgata o constitucionalismo como âncora hermenêutica do sistema, abarcando-se um espectro de valores que devem ser considerados, contrabalanceados e ponderados em cada caso concreto.

É certo que o pluralismo de valores que o mundo atual reflete não poderia deixar de ser sentido no âmbito constitucional.

Peter Häberle sustenta que o:

epicentro da idéia de constituição aberta é o pluralismo. A Lei Fundamental deve ser dotada de elasticidade material suficiente para abrigar, sob o seu manto, ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas.⁹

Aduz ainda ser imperioso que a tradicional ‘sociedade fechada’, representada por intérpretes vinculados às corporações jurídicas e participantes formais do processo, passe a ouvir as vozes, sentimentos e clamores da ‘sociedade aberta’, composta pelos destinatários das normas, ou seja, aquelas que ‘vivem’ a Constituição.¹⁰

José Augusto Garcia de Sousa destaca, ao lado do pluralismo, a existência de outro valor que vem se inserindo no panorama atual denominado de solidarismo. Aduz que o solidarismo se contrapõe à filosofia individualista, e pode ser sentido tanto no plano social, voltado para a proteção dos mais fracos, como no plano político, vislumbrado pela participação de todos na construção do bem comum.¹¹

Com efeito, no direito contemporâneo pode ser sentido em vários campos nuances do solidarismo, que surgiram principalmente da reflexão de temas referentes ao meio ambiente, paz, desenvolvimento e acesso à justiça.

O solidarismo pode também ser observado no âmbito do direito positivado, conforme se afere do artigo 3º, inciso I, da Constituição da República, que dispõe ser objetivo fundamental da República “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Não se pode olvidar que ainda impera em nosso mundo uma cultura de vantagens, em que o individual sobrepõe-se ao social. Contudo, talvez até mesmo porque o caos sentido pela insegurança, violência e devastação do meio ambiente, vem sendo vivido por toda a

⁸ *El Concepto y la Validez del Derecho*. Gedisa editorial. Barcelona, España: 1994, p. 75.

⁹ *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 40.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 34.

¹¹ A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Memorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 206.

população, atingindo todas as classes sociais, a própria sociedade, acuada, busca uma postura mais solidária, de inclusão.

Do exposto, verifica-se que após o período da legalidade extrema, denominado de positivismo, o ordenamento jurídico da atualidade voltou sua base para a Constituição da República, dando maior ênfase aos princípios, recheados de valores.

Dentro desta sociedade pluralista foram fixadas as bases do chamado “direito de solidariedade”, trazendo uma nova racionalidade jurídica, rompendo com as premissas do individualismo exacerbado.

Destarte, aos operadores do direito faz-se necessário compreender que a realidade social de exclusão que se sente no furacão da globalização exige uma postura de resultados, um olhar que prima pela efetividade dos institutos jurídicos, que busca diminuir a distância entre o texto frio da lei e a realidade, alavancando princípios, concretizando o Estado Democrático de Direito.

1.2 ACESSO À DEVIDA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Constituição da República em seu artigo 1º, inciso III, erigiu como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, dispondo, no decorrer do texto constitucional, vários direitos e garantias fundamentais.

Contudo, de pouco adianta a exaustiva previsão de direitos ou mesmo a dignidade da pessoa humana erigida à condição de princípio fundamental, se não for efetivo o acesso à justiça ou à devida prestação jurisdicional.

A construção de um Estado Democrático de Direito exige, como pilar básico, a estruturação do acesso à devida prestação jurisdicional como fator de distribuição de cidadania.

Dentro do contexto de globalização, em que pode ser sentido o avanço tecnológico em vários campos do conhecimento humano, aliado ao ideário dos direitos humanos difundidos pela Revolução Francesa, levantou-se a questão dos novos direitos, elencados em dimensões ou gerações representativas dos avanços sociais.

Os direitos de primeira dimensão podem ser vislumbrados como direitos individuais e políticos clássicos, que preservam a liberdade do indivíduo em detrimento dos abusos do Estado (Liberdade).

Os direitos de segunda dimensão limitam os poderes do Estado, e, em contrapartida, preocupam-se em atender as necessidades básicas da pessoa humana, sendo identificados nos direitos sociais, econômicos e culturais (Igualdade).

Já os direitos de terceira dimensão buscam o seu ideário no lema Fraternidade ou Solidariedade, da Revolução Francesa, identificando-se com os direitos transindividuais, relacionados normalmente com o “direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento econômico, à qualidade de vida, à defesa do consumidor e a outros direitos difusos.”¹²

Ainda podem ser denominados como direitos de quarta dimensão aqueles relacionados ao patrimônio genético, ligados à biotecnologia e a bioengenharia e, como direitos de quinta dimensão, os direitos advindos da realidade virtual, dentro do campo da cibernética.

O acesso à devida prestação jurisdicional, enquadrado dentro dos direitos de segunda dimensão, insere-se na idéia de uma ordem jurídica justa e igualitária ao passo que faculta a todos, sem distinções, a entrega das chaves das portas do Poder Judiciário.

O movimento do acesso à justiça surgiu na segunda metade do século XX, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, e foi de fundamental importância para o surgimento do que a história veio a denominar de ‘pós-positivismo’. Nesta época, o resgate dos valores de igualdade e da dignidade da pessoa humana demonstrou-se de suma importância para recuperar os valores éticos do direito, massacrados durante o período da segunda guerra.

Como exposto, dentro do ideário do pós-positivismo, a indiferença da letra seca e fria da lei abriu brecha para que os valores iluminassem o ordenamento jurídico, trazendo cor e brilho, aproximando o direito da realidade pulsante do dia-a-dia.

Ainda sob o mesmo enfoque, o processo passou a ser entendido como um meio de se atingir um objetivo, que em última análise traduz-se na pacificação social, e não um fim em si mesmo, acentuando sua característica de instrumento, valorizando-se a fungibilidade e flexibilidade das formas. Resgatou-se, assim, a função mais nobre do processo, qual seja, a de servir de efetivação da ordem jurídica material.

Nesse panorama de valores e efetividade, foi fundamental a busca pelo acesso à ordem jurídica, não bastando que esse acesso fosse meramente formal.

¹² ORDACGY, André da Silvam. Primeiras Impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a Atuação da Defensoria Pública da União da Tutela Coletiva. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei nº 11.448/07, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 87.

O “acesso à ordem jurídica justa”, na linguagem de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco, pode ser caracterizado por oferecer ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), garantindo a todas elas a observância das regras do devido processo legal, podendo participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), exigindo, ainda uma participação em diálogo, “tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação”, visando pacificar com justiça.¹³

Podem ser destacadas as seguintes elementares do direito ao acesso à devida prestação jurisdicional:

O direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país. O direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa. O direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características.¹⁴

Como exposto, a partir do momento em que passa a ser obrigatória a solução dos conflitos por intermédio do Estado-Juiz, sendo retirada do cidadão a possibilidade de resolver seus litígios de forma pessoal, deve *necessariamente* ser possibilitado a todos, *indistintamente*, meios de acesso à justiça, no sentido mais amplo que a realidade alcançar o vocábulo. Acesso efetivo, com paridade de armas e não mero acesso formal.

A respeito, deve ser destacado que a defesa meramente formal de um direito pode ser mais perniciosa do que a ausência de defesa. O acesso à justiça deve propiciar o emprego da melhor técnica jurídica, com respeito das garantias do contraditório e ampla defesa, visando alcançar uma solução justa, no âmbito individual e social.

De fato, o acesso à devida prestação jurisdicional não pode ser compreendido como simples sinônimo de acesso aos Tribunais. Não se pode também entender assegurado o acesso à justiça quando a Defensoria Pública, instituição constitucional criada para defesa dos interesses dos necessitados, estiver sem estrutura humana e material, comprometendo seriamente a prestação jurisdicional.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do

¹³ *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 34.

¹⁴ WATANABE, Kazuo *apud* ORDACGY, André da Silva. *Op. cit.*, p. 90/91.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa também dizer que o legislador deve estabelecer procedimentos hábeis para assegurar eficientemente todos os direitos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, citado por André Luís Machado de Castro e Márcia Nina Bernardes, identificaram no processo três formas de ampliação do acesso à justiça, quais sejam, proporcionar assistência judiciária aos cidadãos de menores rendimentos; facilitar a defesa dos direitos difusos e coletivos e adoção de meios alternativos de solução de litígios.¹⁵

Sem dúvida alguma que o acesso à devida prestação jurisdicional é obviamente facilitado com a defesa coletiva dos direitos. No mundo globalizado em que vivemos nem poderia ser diferente.

Destarte, uma das principais, para não dizer a principal, forma de ampliar o acesso à justiça traduz-se no ajuizamento de ação coletiva na tutela dos direitos individuais, difusos e coletivos, em caráter preventivo ou reparatório.

Na busca da efetividade do processo é fundamental superar alguns óbices, chamados por Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros de ‘pontos sensíveis’, a saber: a) a admissão ao processo, que deve ser facilitada pela assistência jurídica integral e gratuita, eliminando impedimentos de litigar para a defesa de interesses supra-individuais; b) o modo-de-ser do processo, devendo ser observado princípios da ampla defesa e do contraditório; c) a justiça das decisões, devendo o juiz apreciar a prova, enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas e ainda interpretar os textos de direito positivo; d) utilidade das decisões, observando que o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.¹⁶

Ante a crua realidade de exclusão social que se vivencia neste país, não se pode olvidar que há um longo caminho a percorrer para que seja efetivamente garantido real acesso à devida prestação jurisdicional.

É certo dizer que o acesso à justiça, como proteção judicial dos direitos fundamentais, “tem como antecedente lógico o efetivo acesso ao direito, compreendido este como a investidura do cidadão diretamente no gozo de seus direitos mais básicos e fundamentais”, tais como a educação, a saúde, acesso ao trabalho lícito, segurança pública. Assim, investido o cidadão no gozo dos seus direitos, a proteção judiciária dos direitos fundamentais pelos tribunais ficaria em segundo plano, como instrumento sancionatório,

¹⁵ *Construindo uma Nova Defensoria Pública*. Texto extraído do livro *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 106.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Op. cit.*, p. 34/36.

acionável quando ocorresse alguma lesão ou ameaça ao direito. Apenas quando o cidadão tiver plena consciência “dos seus direitos e deveres sociais, bem como dos valores humanos fundamentais, através de uma política estatal de recuperação das mazelas sociais mediante o acesso ao direito, é que o indivíduo estará apto a acessar à justiça”¹⁷.

De qualquer modo, dentro da realidade social em que vivemos, em que não é de fato assegurado à grande parcela da população o acesso a direitos básicos, como educação, segurança pública, saúde, dentre tantos outros, o caminho a se fazer pode ser o inverso, ainda que seja distante do ideal. Proporcionando de forma democrática o acesso à justiça à população será possível tornar efetiva a proteção aos direitos sociais, civis, políticos, culturais de todos.

Pelo exposto, o acesso à devida prestação jurisdicional pode ser compreendido como um direito fundamental ou um princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio, sendo fator primordial à afirmação da dignidade da pessoa humana.

A efetivação dos mecanismos que garantam o pleno acesso à justiça é de fundamental importância para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

¹⁷ ORDACGY, André da Silva. *Op. cit.*, 89/90.

2 SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

O direito coletivo apresenta-se no mundo pós-moderno como resposta à multiplicidade de conflitos de uma sociedade massificada, podendo ser reconhecido como uma das vertentes mais eficazes do acesso à devida prestação jurisdicional.

A origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos, é encontrada no direito inglês, especificamente no *common law*. No século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) reconheciam o *bill of peace*, em que se admitia que determinados grupos de indivíduos atuassem demandando por interesses dos representados, podendo também ser demandado pelos mesmos interesses, surgindo assim a ação de classe (*class actio*). Segundo esclarece Teori Albino Zavascki, a aplicação deste modelo procedimental enfrentou dificuldades práticas em razão da ausência de definição de seus contornos, sendo aplicado de forma modesta até o final do século XIX.¹⁸

Da experiência inglesa, surgiu no sistema norte-americano a moderna ação de classe (*class action*), por volta do ano de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*.

Nos países do *civil law*, apenas nos anos 70 do século XX, foi sentida a necessidade de se aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais para que abarcassem a tutela coletiva dos direitos, sendo constatado que os métodos processuais tradicionais eram ineficazes para a proteção de interesses que extrapolavam a dimensão individual.

A necessidade de se recorrer à tutela coletiva adveio especialmente da preocupação em preservar o meio ambiente já fortemente agredido, e da atenção requerida na proteção dos consumidores, atingidos pela economia de mercado voltada unicamente para o lucro.

No Brasil, o modelo da tutela dos direitos coletivos teve também inspiração no direito norte-americano da *class actio*, recebendo aqui contornos próprios e peculiares, adaptados à realidade e ao ordenamento jurídico nacional.

O aspecto coletivo da tutela de direitos surgiu no Brasil com o advento da Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717, de 1965, constitucionalmente prevista desde 1937. Apesar de o objeto da Ação Popular ser limitado à proteção do patrimônio público, com previsão da legitimação apenas ao cidadão, representou significativa abertura no modo individualista de vivenciar o processo.

¹⁸ *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

Na década de setenta houve importante modificação no objeto da ação popular, com o advento da Lei nº 6.513/77, passando a ser considerado como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, viabilizando a tutela dos direitos de natureza difusa pela ação popular.

A Lei nº 6.938, de 1981, que dispôs sobre a política nacional do meio ambiente, disciplina a proteção ao meio ambiente natural, artificial e cultural, prevendo a responsabilidade objetiva do causador do dano, apresentando conotação evidentemente coletiva.

Mas foi com a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 1985, que os interesses transindividuais receberam tutela diferenciada, rompendo com o enfoque individualista do processo civil. O advento de referida lei alargou o objeto das ações coletivas, ampliando as hipóteses de cabimento para abranger a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, incluindo a defesa do patrimônio público, meio ambiente, consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico.

A Constituição da República de 1988 consagrou a tutela material de diversos direitos de natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII) e à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º), prevendo também importantes ferramentas jurídicas, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX).

A Lei da Ação Civil Pública abriu caminho para o surgimento no ordenamento jurídico de outras leis de cunho coletivo como a Lei nº 7.853, de 1989, que tutela os direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência e ainda da Lei nº 7.913, de 1989, que estabelece a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários.

Surgiram após o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), viabilizando a ação civil pública quando houver ofensa a direitos da criança e do adolescente e, como grande marco do processo coletivo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Pode-se citar também a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992); Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei nº 8.884/94); a Lei nº 9.882, de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental; o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001); o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003) e, recentemente, a Lei nº 12.016, de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

A extensa gama de direitos que reclamam a tutela coletiva exige uma sistematização do direito positivo material e processual para fins de instrumentalizar a adequada prestação jurisdicional.

2.1 DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Os direitos ou interesses transindividuais foram conceituados no parágrafo único do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se comumente na doutrina a utilização da denominação ‘Direitos Coletivos *Lato Sensu*’ como gênero dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos, terminologia esta que será utilizada no presente trabalho.

Sem embargo, importante observar que existem outras classificações dos direitos coletivos. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. propõem uma sistematização didática dos direitos em essencialmente coletivos, referindo-se aos difusos e coletivos em sentido estrito, e acidentalmente coletivos, concernente ao direito individual homogêneo.¹⁹ Isso porque entendem que os direitos individuais homogêneos seriam mais adequadamente enquadrados na acepção de direito individual coletivamente tratado, já que em sua essência são genuínos direitos subjetivos individuais. Por conseqüência, haveria no caso apenas uma tutela coletiva de direitos.

Não obstante os interesses individuais homogêneos referirem-se, como o próprio nome indica, a direitos individuais, em virtude de o legislador ter optado por sua tutela de forma coletiva, devem ser enquadrados dentro deste prisma, compreendidos na órbita do sistema coletivo sob o norte de seus princípios e disposições legais próprias.

De qualquer modo, o tratamento coletivo dos chamados direitos individuais homogêneos é fundamental para a almejada efetividade reclamada pelo compasso da pós-modernidade.

Na abordagem do tema, as expressões ‘direitos’ ou ‘interesses’ vêm sendo utilizadas como sinônimas. Contudo, há quem entenda que o termo ‘interesse’ traduz-se em expressão equívoca, já que o objeto sob enfoque versa sobre a tutela de direitos subjetivos coletivos e

¹⁹ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 73.

não de interesses, sendo os titulares desses direitos subjetivos aqueles indicados no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor²⁰.

Elton Venturi esclarece que, de início, as pretensões coletivas não eram qualificadas como direitos subjetivos, já que se entendia que os interesses meta-individuais não seriam verdadeiros direitos em virtude da impossibilidade de se imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste.²¹

Arrematando a polêmica acerca do termo mais adequado a ser utilizado, Kazuo Watanabe aduz ser certo que “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.²²

Dentro desta perspectiva, com o advento da Lei nº 8.078/90, passou-se a adotar como sinônimas as expressões ‘interesses’ e ‘direitos’, e neste sentido serão utilizadas neste trabalho, mesmo porque, como exposto, interesses tuteláveis judicialmente são, na realidade, verdadeiros direitos.

Importante também salientar que de um mesmo fato podem surgir pretensões para tutela de direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, como por exemplo, a poluição de um rio que atravessa determinada cidade. No caso, pode-se vislumbrar afronta a direitos difusos, já que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado; a direitos coletivos, relativos, por exemplo, a uma associação local de pescadores que sobrevive da pesca daquele rio e, ainda, ofensa a direito individual homogêneo, como no caso de intoxicação de alguns moradores ribeirinhos pela água poluída.

Na prática, o critério para identificação do direito coletivo *lato sensu* no caso concreto deve partir do exame do direito afirmado, que é a causa de pedir, bem como da tutela processual postulada, ou seja, do pedido. Destarte, para fins de identificação do direito violado pouco importa o assunto abstratamente considerado, devendo-se observar precipuamente a causa de pedir e o pedido.²³

Pode-se afirmar que para ser admitida determinada demanda coletiva, faz-se necessária a presença da relevância social da tutela coletiva. Não obstante a lei ser omissa a respeito, infere-se referida conclusão do microsistema legal de ações coletivas.

Para que se possa distinguir adequadamente os direitos transindividuais impende proceder à análise das espécies do gênero direitos coletivos *lato sensu*.

²⁰ DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR. Hermes. *Op. cit.*, p. 85/91.

²¹ *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 47.

²² *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 800.

²³ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21/22.

2.2 DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS

O Código de Defesa do Consumidor conceitua interesses ou direitos difusos como sendo os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I).

De antemão, cumpre esclarecer que direitos transindividuais ou metaindividuais são aqueles que pertencem a vários indivíduos. A transindividualidade, comum também ao direito coletivo *stricto sensu*, “toma em conta a multiplicidade de indivíduos que aspiram à mesma pretensão indivisível”²⁴.

A natureza indivisível da pretensão diz respeito ao que apenas pode ser considerado como um todo.

Ricardo Ribeiro Campos destaca que para se verificar se um direito é indivisível ou não, deve-se perguntar se a transgressão ao interesse em exame “pode ser direcionada exclusivamente a um sujeito determinado ou se é possível a qualquer um dos integrantes do grupo de pessoas invocar, isoladamente, uma prestação jurisdicional que lhe assegure o bem jurídico para si”. Destarte, se o direito puder ser pleiteado individualmente por qualquer integrante do grupo, estaremos diante de direitos divisíveis, caso contrário, o direito será indivisível.²⁵

Em virtude de o objeto ser de natureza indivisível, o produto de eventual indenização obtida em razão de determinada ação que vise, por exemplo, a preservação ambiental de certa região, não será fracionado entre os integrantes do grupo lesado, já que não são individualmente determinados.

Pela conceituação do tema, observa-se no aspecto subjetivo, uma indeterminação dos titulares, bem como inexistência entre eles de relação jurídica base. No aspecto objetivo, denota-se a indivisibilidade do bem jurídico.

Mencione-se, outrossim, que embora o elo comum entre os lesados seja uma situação fática, é de se destacar que referida relação fática também se subordina a uma relação jurídica. Contudo, a lesão ao grupo decorrerá diretamente da situação fática resultante e não da relação jurídica em si.

²⁴ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

²⁵ *Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional n°. 50, p. 189.

Os direitos difusos não pertencem a um grupo delimitado de pessoas, como no caso dos associados de determinado clube, e nem a uma pessoa isolada, pertencem sim a uma série indeterminada de pessoas, cuja identificação é praticamente impossível.

No dizer de Hugo Nigro Mazzilli, “são como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos”.²⁶

Pode-se citar como exemplo de direito difuso o lançamento de determinado produto cosmético no mercado, com função de alisar os cabelos, contendo índice elevado de formol, substância tóxica que apresenta alto grau de nocividade à saúde, conduta esta inclusive vedada pelo artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor. O ato de colocar o produto no mercado atinge um número indeterminado de pessoas, potenciais consumidores, sem que entre eles exista qualquer vínculo ou relação jurídica base.

Luiz Manoel Gomes Júnior, citando acórdão do desembargador Antônio Carlos Malheiros, apresenta rol de características dos direitos difusos, *in verbis*:

- a) ausência de vínculo associativo: não há necessidade de uma ligação, uma *affectio societatis* entre os seus titulares ou beneficiários;
- b) alcance de uma cadeia abstrata de pessoas: não há como determinar, com precisão, os seus titulares;
- c) potencial e abrangente ‘conflituosidade’: ‘advém do superdimensionamento do Estado, cuja atuação se entrelaça com as atividades empresariais, e do emprego da mais avançada tecnologia, gerando frustrações em determinados meios sociais, como, por exemplo, o desenvolvimento imediatista (a qualquer custo) em detrimento da ecologia’;
- d) ocorrência de lesões disseminadas em massa: atinge a toda uma coletividade, sem individualizações precisas. ‘A lesão, portanto é pouco circunscrita e tem natureza extensiva’.
- e) vínculo fático entre os titulares dos interesses: há uma vinculação ‘essencialmente fática’, sem uma relação base que una todos os interessados.²⁷

Em decorrência de sua natureza, os direitos difusos são insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão por ato *inter vivos* ou *causa mortis* e também de renúncia ou transação.

A coisa julgada material, definida como a imutabilidade dos efeitos da sentença, terá alcance *erga omnes*, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas, oportunidade em que será possível o ajuizamento de idêntica demanda, desde que embasada em nova prova, sendo tal efeito denominado pela doutrina de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

²⁶ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

²⁷ *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8/9.

De fato, em razão da relativização da coisa julgada, o sistema estabelecido nas ações coletivas passou a ser reconhecido como coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, a coisa julgada será delineada de acordo com o resultado da lide.²⁸

Atualmente, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com as alterações trazidas pela Lei nº 9.494/97, estabelece que a coisa julgada *erga omnes* se limitará à competência territorial do órgão julgador.

Destarte, na prática os operadores do direito têm fragmentado os interesses difusos, e mesmo os coletivos, atribuindo-os apenas a um segmento da sociedade, como os moradores de um Estado ou Município. Kazuo Watanabe assevera que:

Assim agindo desnaturam por completo a ‘natureza indivisível’ dos interesses ou direitos transindividuais, atomizando os conflitos, quando o objetivo do legislador foi o de submetê-los à apreciação judicial na sua configuração molecular, para assim se obter uma tutela mais efetiva e abrangente.²⁹

Nesta vertente e com fundamento na busca de efetividade, a limitação dos efeitos da coisa julgada vem sendo ampliada em reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça³⁰, para não mais se vincular aos limites da competência territorial do órgão prolator, apesar de decisões divergentes.^{31 32}

2.3 DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS *STRICTO SENSU*

Direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* são 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 (art. 81, parágrafo único, inciso II, Lei nº 8.078/90).

²⁸ O Projeto de Lei nº 5.139/09 prevê alterações no sistema da coisa julgada, possibilitando o ajuizamento de ação revisional da decisão, no prazo de 01 (um) ano do conhecimento geral de prova técnica nova. Tal proposta foi mantida no Substitutivo (art. 39), mas suprimida na Emenda apresentada pelo Deputado José Carlos Aleluia.

²⁹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 803.

³⁰ Confira-se, a respeito, decisão proferida No REsp 411.529, da Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 05/08/08, em que sustenta que “a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador”.

³¹ Adin 1576-1, Rel. Min. Marco Aurélio.

³² A tendência de ampliação dos efeitos da coisa julgada restou demonstrada no artigo 33 do Projeto de Lei nº 5.139/09, mantida pelo Substitutivo, mas foi objeto de Emendas apresentadas pelos Deputados José Carlos Aleluia e Bonifácio de Andrada, mantendo-se redação semelhante à do artigo 16, da Lei nº 7.347/85.

Diversamente do que ocorre nos direitos difusos, nesta categoria de direitos ou interesses, as pessoas são determináveis enquanto grupo, categoria ou classe.

A relação jurídica pode ser observada tanto entre os membros do grupo, como, por exemplo, entre os integrantes de determinado sindicato, ou ainda pela relação com a parte contrária, no caso dos adquirentes de determinada marca e modelo de veículo com detectado defeito de fábrica.

A relação-base necessita ser anterior à lesão, guardando caráter de anterioridade. Assim, no caso da publicidade enganosa, por exemplo, a ligação com a parte contrária ocorre, mas em razão da lesão e não da existência de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu*.³³

A relação jurídica base refere-se àquela da qual é derivado o interesse tutelado, guardando relação mais imediata com a lesão ou ameaça de lesão.

Hugo Nigro Mazzilli define direitos coletivos como sendo “interesses indivisíveis de um grupo reunido por uma relação jurídica básica comum”.³⁴

Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, contudo, os difusos supõem titulares indeterminados, ligados por uma circunstância de fato, e os coletivos, por sua vez, referem-se a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Será necessário, portanto, determinar o grupo, categoria ou classe beneficiada em sua amplitude e dimensão coletiva, já que a identificação do titular será indiferente, no caso, uma vez que a prestação é indivisível. Repita-se: as pessoas são indeterminadas, mas determináveis, enquanto parte de um grupo, categoria ou classe determinável.

A determinação efetiva é possível no momento em que cada prejudicado exercita o seu direito, por meio da habilitação na fase de liquidação de sentença ou mesmo por meio de demanda individual.

Os direitos coletivos não são passíveis de cisão, já que a pretensão meta-individual coletiva não decorre da soma dos interesses individuais de cada integrante, mas sim da sua síntese. Assim, no dizer de Elton Venturi, “não podem as pretensões genuinamente coletivas ser identificáveis em relação a apenas alguns dos membros da classe, pois são comuns a toda uma categoria, grupo ou classe social.”³⁵

³³ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. *Op. cit.*, p. 74/75.

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 5.

³⁵ *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.

Nos termos do que dispõe o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada, na ação coletiva, terá efeitos *ultra partes*, ou seja, para “além das partes”, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas.

Se, por exemplo, uma ação coletiva proposta por um sindicato for julgada procedente, a decisão beneficiará todos os membros da categoria, independentemente do fato de serem ou não filiados ao sindicato.

Interessante notar que, atualmente, o autor do processo individual que optar por prosseguir seu processo, sem pleitear a suspensão de sua ação individual, não será beneficiado pela decisão da ação coletiva, conforme termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.³⁶

2.4 DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor dispõe que interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (parágrafo único, inciso III, do artigo 81).

Pode-se entender por “decorrentes de origem comum” os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, observando-se, assim, que a relação jurídica havida entre as partes é estabelecida após o fato lesivo. Mister salientar, contudo, que a homogeneidade não exige que o fato ocorra no mesmo lugar ou no mesmo momento, sendo suficiente a origem comum.

Os direitos individuais homogêneos têm sua origem nas *class actions for damages*, ou seja, nas ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano.³⁷

Como exposto alhures, alguns processualistas sustentam que os direitos individuais homogêneos não podem ser enquadrados efetivamente como direitos coletivos, uma vez que, em sua essência, são direitos individuais, asseverando que apenas o modo de tutelar o direito é que representa aspectos coletivos. A homogeneidade, que nada mais é do que a ligação entre

³⁶ O Substitutivo do Projeto de Lei nº 5.139/09, em seu artigo 38, estabelece que o ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente.

³⁷ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. *Op. cit.*, p. 75.

os direitos decorrente de afinidade ou semelhança, não tem o condão de alterar a natureza individual do direito.³⁸

De qualquer forma, o certo é que a inclusão desta categoria de direitos dentro da estrutura da tutela coletiva foi de fundamental importância para alcançar a almejada efetividade jurisdicional, uma vez que possibilita a reunião, em uma só ação, de várias lides decorrentes da mesma origem comum.

Por oportuno, transcrevo trecho da obra de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., *in verbis*:

A importância desta categoria de direito é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea. Assim, “tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.”³⁹

Teori Albino Zavascki alerta para o fato de que a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode vir a assumir tal grau de profundidade a ponto de comprometer interesses sociais, como por exemplo, quando esses direitos são atingidos por um dano ambiental. Nesse caso, sustenta que, apesar de o dano ambiental ser qualificável como direito transindividual, isto é, pertencente à comunidade como um todo, os direitos individuais homogêneos não perderiam, sob o ponto de vista material, sua característica de direitos subjetivos individuais.⁴⁰

Em decisão proferida nos autos de ação coletiva ajuizada na comarca de Porto Alegre, que tinha por objeto as diferenças de remuneração das cadernetas de poupança nos planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, restou expressamente reconhecida a possibilidade da utilização da via coletiva para a defesa de direitos de cunho individual, sob o fundamento de que “questões que envolvem considerável litigiosidade social, pela quantidade de população atingida, mesmo envolvendo direitos individualmente restritos, logram um

³⁸ A compreensão dos direitos individuais homogêneos como categoria de direitos individuais, coletivamente tratados em decorrência de sua homogeneidade, é praticamente unânime na doutrina, podendo-se citar como expoentes deste entendimento Luiz Manoel Gomes Júnior, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Antonio Gidi, Teori Albino Zavascki.

³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Op. cit.*, p. 76 *apud* GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 20.

⁴⁰ *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 55/56.

interesse social relevante a justificar a via coletiva e o emprego de legitimação extraordinária”.⁴¹

Justamente em virtude da exigência de homogeneidade, isto é, da semelhança entre os direitos individuais é que a tutela coletiva destes direitos difere do litisconsórcio. Aliás, para Ada Pellegrini Grinover, além da origem comum, qualificadora dos direitos individuais homogêneos, é imprescindível a demonstração da prevalência das questões comuns sobre as individuais e da superioridade da tutela coletiva em termos de justiça e eficácia da decisão.⁴²

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos proporciona verdadeira economia processual e amplia o acesso à devida prestação jurisdicional – princípios estes garantidos pela Constituição da República.

Nos direitos individuais homogêneos existe uma pluralidade de titulares, todos determinados, e o objeto material é divisível, podendo ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Já nos direitos transindividuais, como exposto, os titulares são indeterminados e o objeto, indivisível.

Note-se que tanto os interesses coletivos *stricto sensu* como os interesses individuais homogêneos, reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas, mas apenas neste último tipo os interesses são divisíveis e supõem origem de fato comum.⁴³

Os direitos individuais homogêneos são, em regra, transmissíveis por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, suscetíveis de renúncia e transação.

A sentença proferida na ação que verse sobre direitos individuais homogêneos fará coisa julgada *erga omnes*, no caso de procedência, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, conforme estabelece o inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e a decisão de improcedência por insuficiência de provas não impede o ajuizamento de outra ação baseada em novas provas.

O pedido na ação coletiva deve ser geral, beneficiando os substituídos sem distinção. As peculiaridades deverão ser observadas em execução de sentença, individualmente

⁴¹ Ação Coletiva – Autos nº 001/1.07.0104162-9, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em face de HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini e Outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 863.

⁴³ Hugo Nigro Mazzilli apresenta exemplo relacionado com o aumento ilegal de prestações de um consórcio, aduzindo que “o interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a *ilegalidade* do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais, sendo os prejuízos individualizáveis (interesses individuais homogêneos)”. In *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 5.

postulada. Destarte, para fins de tutela, os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.⁴⁴

A origem comum, isto é, a causa que qualifica os direitos individuais homogêneos pode ser a próxima (imediata) ou a remota (mediata). Deve ser observado se a origem comum, principalmente a remota, é suficiente para caracterizar a homogeneidade, observando a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

Os interesses coletivos *stricto sensu* também se originam em uma relação jurídica comum ou base, mas nestes casos a lesão ao grupo provém diretamente da própria relação jurídica, questionada no objeto da ação coletiva. Já nos interesses difusos e individuais homogêneos a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, objetivando, respectivamente, a reparação de um dano indivisível ou divisível.

Os direitos individuais homogêneos são originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada, produzindo um conjunto de direitos subjetivos com os seguintes aspectos fundamentais de identidade: “(a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito à natureza da prestação devida e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles”.⁴⁵

Destarte, as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, o ser devido (*na debeat*), o fato de quem deve (*quis debeat*) e o que é devido (*quid debeat*). A quantidade devida ao credor (*quantum debeat*) e a identidade do credor e a sua específica relação com o crédito (*cui debeat*), são dispensáveis, formando a margem de heterogeneidade.

As categorias dos direitos de âmbito coletivo, divididas em difusos, coletivos e individuais homogêneos, foram conceituadas com objetivo de possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São conceitos que primam pela instrumentabilidade, adequando a teoria geral do direito à realidade moderna.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁵ *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157.

3 DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS

O direito moderno apresenta-se com uma roupagem voltada para a progressiva acentuação das exigências de ordem social, deixando-se para trás uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista.

Como exposto, essa nova realidade social projeta a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas que têm titulares certos e determinados, ou ainda aquelas que recaem sobre uma coletividade cujos membros mantêm entre si uma relação-base.

A nova gama de interesses a serem atendidos, denominados interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, afastam o esquema rotineiro dos direitos individuais, sendo necessária a construção de tratamento diferenciado.

Destarte, a proteção “desses valores recém-descortinados, voltados, essencialmente para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoas, que os desfruta em comum, sem que se possam dividir”⁴⁶ e, por afastarem do modelo clássico, faz-se indispensável a adaptação das medidas processuais, bem como a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supra-individuais.

A tutela jurisdicional dos direitos coletivos deve ser compreendida dentro de prisma próprio, reconhecida sua autonomia e respeitadas suas peculiaridades.

3.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* NAS AÇÕES COLETIVAS

A legitimidade *ad causam* ou capacidade de conduzir o processo é uma das condições da ação e aparece no Código de Processo Civil como requisito de admissibilidade do processo, *ex vi* dos artigos 3º e 267, inciso VI.

O direito de ação é abstrato e a relação processual autônoma e independente, sem vinculação com o direito material deduzido em juízo. Ernane Fidélis dos Santos afirma que “em razão desta abstração e autonomia, não se pode dizer que só possa propor ação quem seja

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 136/137.

sempre o titular do direito e que o pedido só pode ser feito contra o obrigado da relação de direito material”.⁴⁷

Estabelece o artigo 3º do Código de Processo Civil que “para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”. A ausência destas condições da ação leva à extinção prematura do processo, sem resolução de mérito, nos termos do que determina o artigo 267, inciso VI do mesmo Código.

Pode-se definir a legitimidade *ad causam* como um vínculo existente entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, “que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida”.⁴⁸

Na célebre definição de Alfredo Buzaid, legitimidade processual é a pertinência subjetiva da ação.

Com efeito, parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora. Em outras palavras, “o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão em relação ao réu” e esta “legitimação para agir em relação ao réu deve corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele”.⁴⁹

Para Arruda Alvim a legitimidade *ad causam* é “a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”.⁵⁰

Trata-se, na verdade, em saber se o contraditório foi estabelecido entre as pessoas legalmente habilitadas, no plano processual, não podendo a “*legitimatío ad causam* ser conceituada com um pressuposto da sentença favorável, o que vale dizer, uma condição de procedência da ação”.⁵¹

Apesar de a ação ser um direito abstrato, a legitimidade apenas pode ser analisada no caso concreto, em que se faz possível o cotejo entre o objeto discutido na ação e a qualidade da parte integrante do polo ativo e passivo.

Diversamente da legitimidade *ad causam*, a doutrina reconhece ainda a legitimidade *ad processum*, que normalmente é associada a capacidade processual.

⁴⁷ *Manual de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 165.

⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 15 ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 167.

⁵⁰ *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 450.

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 418.

A capacidade processual é a aptidão genericamente reconhecida a alguém para que possa estar em juízo. Já a legitimidade processual ou *ad processum* é a capacidade de estar em juízo específica, “objetivamente posta diante de uma situação concreta”⁵².

Na legitimidade *ad processum* verifica-se apenas se alguém é capaz, já na legitimidade *ad causam*, a análise é diversa – deve se indagar se está presente a pertinência subjetiva com o objeto da demanda.

A doutrina apresenta algumas classificações da legitimidade *ad causam*, senão vejamos.

Capitula a legitimidade em exclusiva, que ocorre quando a pertinência subjetiva com o objeto da ação é atribuída a apenas um sujeito, e em concorrente, que será reconhecida quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a apresentar em juízo determinada situação jurídica, enquadrando nesta classe o litisconsórcio unitário.

A legitimação pode também ser qualificada como isolada ou simples, quando o sujeito tiver condições de se apresentar sozinho em juízo e em conjunta ou complexa, quando for obrigatório o litisconsórcio. Esse último caso apenas poderá ocorrer se o litisconsórcio for passivo, já que ninguém pode ser obrigado a ser autor.

Pode ser total quando relacionada a integralidade da marcha processual e incidente, quando diz respeito a apenas algum incidente do processo.

A classificação de maior interesse para o presente trabalho, que também é a mais utilizada na doutrina, é aquela que divide a legitimidade *ad causam* em ordinária, que se verifica quando o próprio titular da pretensão promove a sua defesa em juízo, e em extraordinária, quando se tutela em juízo pretensão alheia, isto é, quando não houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas apresentadas em juízo. Mencione-se, outrossim, que o legitimado extraordinário, além de defender interesse alheio, também poderá estar defendendo direito próprio, como no caso dos condôminos em ação reivindicatória.

A legitimidade extraordinária, por sua vez, pode ser cindida em autônoma, quando a presença do legitimado ordinário for dispensável e em subordinada, quando esta presença for indispensável para a regularidade do contraditório, como no caso da assistência simples, por exemplo. Já a legitimidade extraordinária autônoma pode ser classificada em concorrente, quando houver mais de um legitimado, e em exclusiva, quando for apenas um o legitimado.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 334.

Para Luciano Velasque Rocha a substituição processual, prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil, enquadraria no conceito de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, reconhecendo ser comum na doutrina enquadrar a substituição processual como sinônima de legitimidade extraordinária.⁵³

A legitimação extraordinária apresenta peculiaridades e características próprias que merecem ser destacadas.

Primeiramente, deve ser observado que a legitimação extraordinária é exceção e deve, necessariamente, ser autorizada por lei, conforme preceitua o artigo art. 6º do Código de Processo Civil, admitindo-se aqui a expressão legitimação extraordinária como sinônima de substituição processual.

Destaque-se que a substituição processual também pode ocorrer no polo passivo da demanda.

Na gestão do processo o legitimado extraordinário terá apenas os poderes básicos, não podendo dispor do direito material discutido.

De se salientar que a coisa julgada obtida no processo em que atuou como parte legitimado extraordinário estenderá seus efeitos ao substituído, salvo disposição expressa em sentido contrário.

A legitimação extraordinária não pode ser confundida com o instituto da representação, já que neste caso o sujeito não se torna parte no processo, apenas comparece em juízo para suprir a incapacidade daquele que afirma ser parte.

Analisados os principais aspectos da legitimidade *ad causam* no âmbito do direito civil, passa-se a verificação desta condição da ação no âmbito do processo coletivo.

Depreende-se da leitura do artigo 6º do Código de Processo Civil, a *contrario sensu*, apenas ser permitido postular em juízo direito próprio, salvo disposição legal expressa em sentido contrário.

A correspondência estrita entre o titular da ação e o titular do direito material afirmado é, portanto, exigida como regra para a tutela do direito individual.

A leitura a se fazer dentro do âmbito da tutela coletiva deve, necessariamente, ser distinta, mesmo porque as características próprias do sistema coletivo exigem, na maioria das vezes, a formulação de conceitos próprios, adaptados à realidade e peculiaridades da tutela coletiva.

⁵³ *Ações Coletivas – O Problema da Legitimidade para Agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 113.

Para a defesa coletiva dos direitos expressos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, o legislador optou por apresentar rol dos entes que estariam legitimados a postular em juízo a defesa de referidos direitos, conforme se afere do artigo 82 do mesmo diploma legal.

O artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985), que atualmente integra com o Código de Defesa do Consumidor um microsistema de tutela coletiva, relaciona os legitimados a ajuizar ação civil pública, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

A Lei nº 11.448, de 2007, ampliou o rol dos legitimados previstos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, para incluir a Defensoria Pública entre os legitimados para propositura da ação civil pública e, conseqüentemente, para ajuizar ações coletivas, de modo geral.

Referida lei também supriu lacuna legislativa, incluindo no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, o Distrito Federal, apesar da inexistência de controvérsias acerca de sua legitimidade.

O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 estabelece ampla legitimidade ativa, incluindo no rol dos legitimados, além da Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil, as fundações de direito privado, entidades sindicais, dentre outros (art. 6º).

Atualmente, ocupando lugar de destaque no rol dos legitimados para impetrar ações coletivas, encontra-se o Ministério Público, salientando que se não for autor, deverá atuar necessariamente como *custos legis*, conforme termos do artigo 5º, § 1º, da Lei nº 7.437, de 1985 e artigo 92 da Lei nº 8.078, de 1990.

Não se pode deixar de citar a legitimidade do cidadão para impetrar ação popular, nos termos do que dispõe o artigo 1º, da Lei nº 4.717, de 1965. Cumpre assinalar a existência de entendimento, ainda que minoritário, no sentido de admitir a legitimidade do cidadão também para a propositura de ações coletivas *lato sensu*. Referida legitimação foi reconhecida em acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 33.653-7, SP, relator Ministro Gomes de Barros, *RSTJ 54/280*.

Assim, observa-se que, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, a legitimação é regulada por lei e conferida a entes públicos, privados e despersonalizados e até ao cidadão, como no caso da ação popular, sendo tendência inquestionável a ampliação do rol dos legitimados nas ações coletivas, visando conferir maior acesso à justiça.

As técnicas de legitimação mais utilizadas em ações coletivas e que foram adotadas no Brasil podem ser assim reconhecidas:

1) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/65); 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5, LXX, da CF/88); ou, 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/1985).⁵⁴

O legitimado ativo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano, ou seja, coletividade, grupo de pessoas. Essa coletividade não tem personalidade judiciária, não podendo, portanto, atuar em juízo. A impossibilidade decorre tanto da vedação legal, bem como do impedimento prático.

Destarte, o ‘titular do direito’, ou seja, o agrupamento humano, não está autorizado a atuar em juízo em sua própria defesa⁵⁵.

Por conseqüência, os legitimados coletivos possuem legitimação autônoma e concorrente, embora disjuntiva, salientando que apenas os legitimados autorizados por lei poderão ajuizar ação coletiva, podendo, em tese, ser qualquer um dos legitimados o autor da ação.

Não há uniformidade na doutrina acerca da natureza jurídica da legitimação na ação coletiva. Alguns a enquadram como sendo legitimação extraordinária ou substituição processual, observando, neste aspecto, que grande parte da doutrina compreende as expressões como sinônimas; outros a classificam como legitimação ordinária e, ainda, há os que propõem novo conceito para a legitimidade no direito coletivo, denominando-a como legitimação autônoma para a condução do processo e ainda como legitimação processual coletiva, dentre outras.

Antes do advento da Lei n° 7.347/85, existiam basicamente duas correntes que sustentavam a legitimidade de determinados “corpos intermediários” para virem em juízo buscar a tutela de interesses coletivos. A primeira corrente, defendida por Barbosa Moreira, sustentava a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos superindividuais, independentemente da existência de expressa autorização legal. A segunda, defendida por Kazuo Watanabe, extraía do próprio sistema jurídico a legitimidade ativa dos ‘corpos intermediários’, isto é, das entidades criadas na sociedade, para a defesa dos interesses

⁵⁴ DIDIER JR. Fredie e ZANETTI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 4, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 199.

⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos Processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 264.

coletivos, fazendo uma interpretação aberta e flexível do artigo 6º do Código de Processo Civil.⁵⁶

Após o advento da Lei da Ação Civil Pública, em que foi estabelecido o rol dos legitimados ativos para o ajuizamento da ação, muitas correntes surgiram acerca da natureza jurídica da legitimidade.

Teori Albino Zavascki afirma que a legitimação ativa será exercida em regime de substituição processual, já que o autor defenderá, em nome próprio, direito de que não é titular. Como consequência, o legitimado não poderá praticar no processo qualquer ato que importe em disposição do direito tutelado.⁵⁷

Celso Neves, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁸, explica ocorrer na tutela coletiva uma “legitimação substitutiva extravagante”, já que seu exercício pelo substituto não necessita da anuência da parte substancial, como se daria ordinariamente.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, proclamam a existência de uma legitimação autônoma para a tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*. Contudo, em se tratando da tutela dos direitos individuais homogêneos, referidos autores ressaltam que a natureza jurídica da legitimação, neste caso, se enquadra no regime da legitimação extraordinária, traduzindo-se em substituição processual.⁵⁹

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar o artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, que versa sobre direitos individuais homogêneos, afirma, na mesma linha de raciocínio, que a natureza jurídica da legitimação neste tipo de tutela é extraordinária, concorrente e disjuntiva, a título de substituição processual em que os legitimados não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, mas sim para proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos. Aduz que o substituto processual pleiteia o reconhecimento genérico de um direito que depois poderá vir a ser individualmente exercido, no processo de liquidação, pelo interessado.⁶⁰

Já Antonio Gidi, seguido por Gregório Assagra de Almeida, defende entendimento diverso acerca da natureza jurídica da legitimidade nas ações que versem sobre interesses individuais homogêneos. Afirmam que mesmo se tratando de direitos individuais

⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direitos Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 497/498.

⁵⁷ *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

⁵⁸ *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 315.

⁵⁹ *Código de Processo Civil Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.805.

⁶⁰ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004, p. 869.

homogêneos, a legitimidade deve ser entendida como uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo.

Explica seu posicionamento no fato de o instituto da substituição processual não autorizar o substituído, atingido pela coisa julgada material, vir novamente a juízo. Já na ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos as vítimas que não tiverem intervido como litisconsortes na ação poderão propor sua ação individual.

Assim, dentro deste raciocínio, adverte que não há como afirmar que na defesa de interesses individuais homogêneos a natureza da legitimação é a de substituição processual, a não ser se entender como uma substituição processual anômala.⁶¹

Luiz Rodrigues Wambier, Thereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, aduzem ser correto afirmar que a legitimação dos entes autorizados à defesa dos direitos coletivos *lato sensu* deve ser tratada como uma legitimação especial, com contornos próprios, “derivados da circunstância de se destinar, num novo momento da história, à defesa apropriada que se deva dar ao rol dos direitos novos ou dos direitos já existentes vistos sob nova e diferente dimensão”, afirmando tratar-se de legitimação autônoma para a condução do processo.⁶²

Evidenciam ainda uma peculiar diferença entre legitimação coletiva genérica e legitimação coletiva institucional, referindo-se esta última a legitimidade do Ministério Público, que em razão da similitude também pode ser estendida à Defensoria Pública.

Na mesma linha de pensamento daqueles que entendem ser incoerente enquadrar conceitos clássicos do direito individual às ações coletivas, Luiz Manoel Gomes Júnior propõe uma nova classificação da natureza jurídica da legitimidade para agir nas ações coletivas. Afirma existir, no caso, uma “legitimação processual coletiva”, que seria “a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada”⁶³.

Não há como olvidar que a tutela coletiva apresenta características próprias e específicas que a difere substancialmente da tutela individual. Por conseguinte, não há como pretender que a roupagem do direito individual agasalhe adequadamente o direito coletivo.

Nada obstante, antes de se chegar a conclusão acerca da natureza jurídica da legitimação na tutela coletiva é imperioso tecer algumas considerações.

⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Op. cit.*, p. 499/500.

⁶² *Op. cit.*, p. 316.

⁶³ *Curso de Direito Processual Coletivo*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 34/35.

Primeiramente, deve-se estabelecer o que se entende por ‘legitimação extraordinária’.

Por questão lógica, conceituamos antes legitimação ordinária como sendo a que ocorre quando o próprio titular da pretensão promove a sua defesa em juízo. Haverá legitimação extraordinária, portanto, quando se defender em juízo, em nome próprio, pretensão alheia.

Destarte, a legitimação extraordinária, por definição, não seria nada mais do que isso: a tutela em juízo de pretensão alheia, ou seja, quando inexistir correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas apresentadas em juízo.

Lado outro, pergunta-se o que ocorre, de fato, na legitimidade da tutela coletiva? Ora, o legitimado irá tutelar em juízo pretensão alheia, não havendo correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas apresentadas em juízo.

Entendida desta forma pode-se, portanto, afirmar que a natureza jurídica da legitimidade na tutela coletiva é uma legitimidade extraordinária – até mesmo porque de ordinária não tem nada.

Assim, não há dúvidas de que a natureza jurídica da legitimação na tutela coletiva é ‘*extra ordinária*’, isto é, além da ordinária, fora do normal, já que a pretensão não será tutelada pelo próprio titular do direito material.

Partindo deste princípio, de que a natureza jurídica da legitimidade da tutela coletiva é extraordinária, deve-se, então, buscar os contornos específicos que a qualifica.

A legitimação extraordinária, encarada aqui como gênero, comporta sub-divisões, justamente para adequar-se às peculiaridades criadas pela própria realidade processual.

Assim, a legitimação extraordinária pode ser autônoma ou subordinada. Será autônoma quando o legitimado extraordinário estiver autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso; subordinada quando a presença do titular da relação jurídica debatida for imprescindível para a regularidade do contraditório.

A legitimação extraordinária autônoma, que mais interessa ao processo coletivo, se divide em exclusiva e concorrente. Será exclusiva quando houver previsão legal de apenas um legitimado autorizado a figurar no pólo ativo de determinada lide. O contraditório, no caso, apenas poderá ser considerado eficaz se formado com a presença de determinado sujeito de direito.

Haverá legitimação extraordinária autônoma concorrente ou co-legitimação quando a lei estabelecer mais de um ente legitimado para ajuizar determinada ação.

Quando concorrente, a legitimação normalmente apresenta-se como disjuntiva, já que qualquer ente poderá propor a ação, sem a intervenção dos demais. Se houver litisconsórcio, este será necessariamente facultativo.

Pode-se dizer, portanto, que a natureza jurídica da legitimação na tutela coletiva será extraordinária, autônoma, concorrente e disjuntiva, destacando-se que no caso da ação popular será exclusiva.

Neste aspecto, denota-se coerência na doutrina em considerar a substituição processual como expressão sinônima de legitimação extraordinária autônoma, concorrente ou exclusiva.

Como característica da legitimação extraordinária pode-se afirmar ser esta excepcional e deve ser prevista, necessariamente, em lei. O legitimado extraordinário atua na qualidade de parte, age em nome próprio, defendendo direito alheio.

Justamente porque age em nome próprio é que os pressupostos processuais subjetivos deverão ser analisados em relação ao substituto, e não ao substituído. Nada obstante, a imparcialidade do magistrado deve ser averiguada “em relação a ambos, substituto ou substituído”⁶⁴.

A coisa julgada decorrente de processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá seus efeitos ao substituído, só que os efeitos da decisão judicial repercutirão apenas no patrimônio do substituído, salvo se o legitimado extraordinário também possuir legitimidade ordinária. De qualquer forma, o legitimado extraordinário sofrerá as consequências do princípio da sucumbência, devendo, por conseguinte, arcar com eventual pagamento de custas e honorários advocatícios.

Também como corolário lógico de sua atuação no processo, o legitimado extraordinário ficará sujeito às sanções processuais, tais como multa diária ou condenação em litigância de má fé.

O legitimado extraordinário não detém poderes de disposição do direito material discutido. Ordinariamente, portanto, terá apenas poderes relacionados à gestão do processo.

Há quem sustente que a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propositura das ações coletivas, diversamente do aqui exposto, tem natureza ordinária, já que decorre do sistema, atuando a instituição na defesa de interesse próprio. O fundamento de tal afirmação decorre do fato de que a Defensoria Pública defende os interesses das pessoas carentes por sua

⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.*, p. 170.

própria razão de ser, motivo pelo qual sua legitimação decorreria de interpretação sistêmica e teleológica do ordenamento jurídico.⁶⁵

Cumprir lembrar que na fase de cumprimento da sentença o regime será o da representação, em que o próprio titular do direito postula, em nome próprio, o cumprimento da sentença genérica proferida na ação coletiva.

Destarte, observa-se na legitimação da tutela coletiva uma incoincidência entre o legitimado a demandar e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, sendo certo que o titular do direito, ou seja, o agrupamento humano, não está autorizado a atuar em juízo na defesa de seus direitos.

Dentro do âmbito do sistema processual instituído pelo Código de Processo Civil, reconhecida a ausência de legitimidade ativa, o juiz deve extinguir o processo sem resolução de mérito em razão da ausência de uma das condições da ação, nos termos do artigo 267, inciso VI, podendo ser a ilegitimidade reconhecida de ofício (§ 3º, artigo 267, inciso VI, CPC).

Nada obstante, a solução dentro do âmbito do direito coletivo não pode ser a mesma. A relevância das questões discutidas nas ações coletivas não autoriza solução tão extremada do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos.⁶⁶

Constatada a ilegitimidade ativa do ente ou mesmo a ausência de outra condição da ação ou de pressupostos processuais, em razão da relevância dos interesses em jogo, é recomendável que, antes da extinção do processo sem resolução de mérito, se busque o aproveitamento do processo coletivo, substituindo-se a parte ilegítima para a condução do processo ou possibilitando a supressão do vício.

A substituição da parte inadequada já acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, em que se determina a sua sucessão processual, com a assunção do Ministério Público ou de outro legitimado (art. 9º da Lei nº 4.717/65; art. 5º, Lei nº 7.347/85).

⁶⁵ Kazuo Watanabe quando analisa a natureza jurídica da legitimidade das associações, assevera que "a legitimação, conforme já ficou anotado, é ordinária, e não extraordinária. Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em Juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente assistidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como suas própria razão de ser". *In Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Vol. 88, p. 15.

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 215.

Desta forma, se constatada a ilegitimidade ativa do ente, o magistrado deverá providenciar sua substituição, quer pelo Ministério Público, quer por outro legitimado, mediante convocação ao processo publicada em edital.⁶⁷

Independentemente de previsão legal expressa, nada impede que a providência venha a ser adotada na prática, em consonância com os princípios constitucionais, mesmo porque tem por objetivo possibilitar que o processo cumpra a sua finalidade de pacificação social, alçando o processo coletivo como instrumento eficaz de entrega da prestação jurisdicional.

Pode-se mencionar que a medida tem também por escopo a proteção do réu, já que permite que as questões suscitadas em sede de ação coletiva sejam resolvidas efetiva e definitivamente, sem que possam ser fonte de insegurança jurídica.

Cumprido destacar a respeito que, no julgamento do Recurso Especial nº 970.190, a Relatora Ministra Nancy Andrighi defendeu a tese de que a extinção do processo por vício de forma deve ser medida de exceção, salientando que a decretação de nulidade priorizando as regras processuais implicaria em desrespeitar o princípio da razoável duração do processo, da efetividade, da igualdade e até mesmo da dignidade da pessoa humana, atuando em desserviço da efetividade da justiça.⁶⁸

Destarte, independentemente da previsão legal, em face da esperada relevância social do objeto da ação coletiva e em consonância com os princípios que regem a matéria, principalmente em referência aos princípios da indisponibilidade temperada da demanda coletiva cognitiva e da continuidade da demanda coletiva, o magistrado não deve, de pronto, extinguir o processo sem resolução do mérito, caso constatada a ilegitimidade ativa, devendo

⁶⁷ A respeito, o artigo 9º do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, é expresso ao oportunizar a correção do vício de forma que possa levar a extinção do processo coletivo por ausência de uma das condições da ação ou pressupostos processuais. Nestes casos, prevê o artigo a intimação pessoal do Ministério Público e, quando for o caso da Defensoria Pública, além da ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer dos legitimados se habilitar a prosseguir na demanda. Interessante notar que, segundo o Projeto de Lei, a Defensoria Pública deverá ser intimada se o objeto da ação em pauta revestir-se de evidente caráter social e a tutela abranger precipuamente os interesses de necessitados, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista organizacional. Contudo, tal disposição foi suprimida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com a justificativa de que seriam violados os princípios do contraditório e do acesso à justiça.

⁶⁸ “Tudo o que o exagerado rigor processual fez, *in casu*, foi colaborar para que o processo rode em torno de si mesmo, e princípios como o da economia, da efetividade, da razoável duração, tornassem-se letra morta. A obediência burocrática à forma não pode, em hipótese alguma, comprometer as metas para as quais ela foi concebida. O processo civil foi criado para que haja julgamentos de mérito, não para ser, ele mesmo, objeto dos julgamentos que proporciona. A extinção de processos tem de ser excepcional, a anulação de atos só pode ocorrer nas hipóteses em que seu aproveitamento gere grave lesão a algum direito fundamental de uma das partes e mais, seria até mesmo conveniente que essa lesão fosse expressamente declinada nas decisões de anulação. Fora dessas hipóteses, o apego à forma não se justifica. O processo tem de correr. O aparato judiciário é muito caro para a sociedade e cada processo representa um custo altíssimo. Anulá-lo, portanto, é medida de exceção”. (Recurso Especial nº 970.190 - SP (2007/0169645-9) – Relatora: Ministra Nancy Andrighi).

possibilitar antes o ingresso do Ministério Público, Defensoria Pública ou outro órgão na condução ativa da ação.

3.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A análise pelo magistrado da legitimidade ativa na ação coletiva esbarra ainda em uma outra questão de primordial relevância.

Para ser considerado legítimo para propor determinada ação coletiva bastará ao magistrado verificar se o autor da ação figura no rol previsto em lei dos legitimados? Ou deverá ainda o magistrado analisar se aquele ente possui representatividade adequada para o manejo daquela ação?

A resposta a referido questionamento não é tão simples, principalmente porque a lei apenas exige referida análise em se tratando de associações, em que, além da exigência formal de estar constituída há pelo menos um ano, também deve ser verificada a pertinência temática, ou seja, se aquela associação inclui entre suas finalidades institucionais a proteção ao direito discutido na ação, conforme termos dos incisos I e II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, mantida a exigência no Projeto de Lei nº 5.139/09.

Alguns doutrinadores, entendem que a análise da legitimação coletiva dá-se em duas fases, sendo que a primeira necessariamente deve anteceder a segunda:

a) legislativa (*ope legis*): verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo; b) judicial (*ope iudicis*), em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo.⁶⁹

Há divergências na doutrina se a pertinência temática está relacionada com a legitimação para agir ou com o interesse jurídico. Para Luiz Manoel Gomes Júnior, a pertinência temática apresenta correlação direta com o interesse processual, e nesta seara deve ser observada, e não com a legitimidade *ad causam*, já que analisada frente a uma determinada situação *in concreto*.⁷⁰

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, dentre outros, a pertinência temática relaciona-se diretamente com a legitimidade *ad causam*, esclarecendo que:

⁶⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 173.

⁷⁰ *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85.

A questão da pertinência temática, todavia, parece ficar melhor ubicada no âmbito da legitimação para agir, porque, em última análise, trata-se de saber se incide aquela exigência para que um co-legitimado ativo *possa* (= poder de agir) promover a tutela judicial de certo interesse metaindividual, ao passo que se torna mais árduo negar a *necessidade* de acesso à Justiça (= interesse de agir) em tais casos, já que de mão própria o co-legitimado não poderia alcançar o bem da vida pretendido.⁷¹

Com efeito, quando da verificação da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas, o magistrado deverá proceder a análise, em um primeiro plano, se aquele ente faz parte do rol dos legitimados previsto em lei e, em um segundo momento, observar a questão da representatividade adequada.

Luiz Manoel Gomes Júnior, ao discorrer sobre a pertinência temática, afirma haver duas classes de legitimados para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A primeira, a dos legitimados amplos, que não se sujeitam ao requisito da pertinência temática, enquadrando nesta classificação o Ministério Público e entes de Direito Público, com interesse processual presumido. A segunda, a dos legitimados restritos, em que deve ser verificada a existência de um mínimo de correlação de sua atuação com o objeto da demanda.⁷²

Hugo Nigro Mazzilli sustenta que em uma interpretação literal da lei, não se pode afirmar que o requisito da pertinência temática alcança também as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, em razão da redação do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e do artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, afirma que “onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição”. Assim, referido autor entende que também deve ser observado o requisito da pertinência temática em relação aos sindicatos e corporações congêneres, já que estão na mesma situação que as associações civis, o mesmo se podendo dizer em relação às fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública.⁷³

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a legitimidade ativa de determinado sindicato para propositura de ação coletiva, afirmou ser necessário que o objeto da ação tenha relação com os fins institucionais do sindicato⁷⁴, afirmando ser imprescindível a presença da pertinência temática para configurar a *legitimatío ad causam* no caso.

⁷¹ *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 415.

⁷² *Curso de Direito Processual Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 87.

⁷³ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 277/278.

⁷⁴ Processo AgRg no REsp 901936/RJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0242972-9. Relator(a) Ministro Luiz Fux (1122). Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Data do Julgamento 16/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 16/03/2009. Ementa: Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. *Legitimatío ad causam* do sindicato. Pertinência temática. Ausência de intimação do ministério público federal nas instâncias ordinárias. Prejuízo indemonstrado. Nulidade inexistente. Princípio da instrumentalidade das formas.

O mesmo entendimento pode ser vislumbrado em outras decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como em decisões do Supremo Tribunal Federal.⁷⁵

De fato, a análise da representatividade adequada está umbilicalmente ligada à segurança jurídica que se espera de uma demanda coletiva. Ao verificar se o ente legitimado possui condições técnicas, experiência, capacidade financeira, solidez e harmonia com os interesses discutidos (pertinência temática), assegura-se que a ação coletiva terá base real para veicular a pretensão do ‘agrupamento humano’, evitando-se, com isso, aventuras jurídicas.

A representatividade adequada (*adequacy of representation*) está ligada a idéia de se verificar, de antemão, a *aptidão* do ente para o ajuizamento das ações coletivas.⁷⁶

A pertinência temática traduz-se em um dos aspectos mais importantes a ser analisado dentro da representatividade adequada e pode ser definida como a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional do ente legitimado.

Impende salientar que a finalidade pode ser razoavelmente genérica, não sendo necessário constituir uma associação civil, por exemplo, para defender em juízo especificamente aquele interesse controvertido.

Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Destarte, apesar da inexistência de previsão legal, a presença da pertinência temática também vem sendo exigida pelos tribunais quando do ajuizamento de ações coletivas por sindicatos, corporações, fundações privadas e entidades ou órgãos da administração pública.⁷⁷

Por oportuno, impende citar que o Código de Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América previa o estabelecimento de critérios para a aferição judicial da representação adequada, dentre eles:

A credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) sua capacidade

⁷⁵ S.T.J: REsp 782961/RJ, Relator Luiz Fux, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004 e no S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002.

⁷⁶ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 143.

⁷⁷ REsp nº 901936, Min. Luiz Fux, data publicação 01/09/08.

financeira para a condução do processo coletivo; e) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. (art. 2º, § 2º)

O Projeto de Lei nº 5.139/09 nada dispõe a respeito, salvo em relação às associações. De qualquer forma, nada impede que o juiz, no caso concreto, analise a presença de tal requisito.

Interessante salientar que quando da análise das emendas propostas ao Substitutivo do Projeto de Lei nº 5.139/09, de Relatoria do Deputado Antônio Carlos Biscaia, este expõe entendimento de ser inconstitucional a adoção de critérios como o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, bem como a análise da conduta em eventuais processos coletivos em que o ente tenha atuado.

De qualquer modo, ante a relevância dos assuntos tratados nas ações coletivas e importância social de uma adequada solução, apresenta-se fundamental analisar a representatividade adequada do ente, justamente para se evitar o prosseguimento de uma ação fadada ao insucesso.

Deve-se, portanto, de antemão analisar se o ente legitimado possui capacidade e experiência, analisando o histórico da entidade e sua conduta em outros processos coletivos, o tempo de existência da instituição e a coincidência entre o objeto da demanda e interesses do grupo, categoria ou classe.

3.3 SISTEMA ÚNICO DE AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

A tutela coletiva dos direitos foi desenvolvida tendo como parâmetro a tutela individual dos direitos, fulcrada nas disposições do Código de Processo Civil.

Contudo, as peculiaridades da tutela coletiva que se evidenciavam na medida em que se buscavam soluções na aplicação prática do instituto, mostrou a premente necessidade de se criar regras próprias, específicas do direito coletivo.

De fato, o sistema previsto no Código de Processo Civil é insuficiente para regular o processamento das ações coletivas, já que as respostas que se buscam no processo coletivo e os interesses em jogo são distintos, não se enquadrando no enfoque individualista delineado pelo citado Código, que reflete os anseios da sociedade dos anos setenta.

Enquanto não positivada regras gerais do sistema coletivo, para suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo reconhecido tanto pela doutrina, como pelos Tribunais, um microsistema de tutela coletiva composto pela integração do Código de Defesa do Consumidor, especificamente pelo Título III (art. 90, Lei nº 8.078/90) e pela Lei da Ação Civil Pública (art. 21, Lei 7.347/85).

A respeito, impende citar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, que reconhece expressamente a existência de um sistema único de tutela coletiva, *in verbis*:

Inicialmente considero conveniente asseverar que o CDC e a Lei de Ação Civil Pública formam um sistema único de tutela coletiva. Afinal, “as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil” aplicam-se às ações previstas do CDC, por força de seu art. 90. Por outro lado, a própria Lei de Ação Civil Pública prevê, em seu art. 21, que, na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, aplicam-se, no que for cabível, os “dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Nesse sentido, Nelson Nery Junior pondera que “há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais (...)” Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 773.⁷⁸

Não obstante a grande utilidade prática do reconhecimento e aplicação do microsistema, há várias nuances que não foram disciplinadas pelos dois diplomas legais, demonstrando que a matéria necessita de regulamentação própria.

Com efeito, o percurso percorrido até o momento, expressado pelos anos de aplicação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, além de estudos doutrinários, cursos e eventos sobre o tema

Autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.⁷⁹

Ante a premente necessidade de regulamentação dos princípios e normas próprias para solucionar controvérsias acumuladas na doutrina e tribunais a respeito dos direitos coletivos, constata-se, hoje, definida intenção do Estado em implantar um Sistema Único Coletivo.

⁷⁸ STJ – REsp. nº 805.277-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.09.2008 – DJ 08.10.2008.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

Para tanto, está em tramitação o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, que tem como relator o processualista Luiz Manoel Gomes Júnior, que propõe a elaboração de uma nova Lei da Ação Civil Pública, com intenção clara de sistematizar o Sistema Único Coletivo, atuando no universo jurídico como regra geral. Referido Projeto disciplina vários aspectos processuais da tutela coletiva, devendo ser observado na tutela de todos os direitos materiais de cunho coletivo.

Note-se, a respeito, que a intenção anterior do legislador tendia para a aprovação de um Código de Processo Coletivo, tendo como parâmetro o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e três Anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo, o primeiro defendido por professores da Universidade de São Paulo – USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; o segundo elaborado por professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e o terceiro delineado pelo Prof. Antonio Gidi.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto entendem que a opção de readequar o Sistema Único Coletivo com a transformação da Lei da Ação Civil Pública em uma norma geral do sistema terá relevante efeito prático na preparação do ordenamento jurídico para um futuro Código de Processo Coletivo, asseverando que “uma maior integração das normas que compõem o Sistema Único Coletivo será o primeiro grande passo para tornar possível a aprovação de um Código de Processo Coletivo.”⁸⁰

Assim, segundo referidos autores, mesmo se promulgada a nova Lei da Ação Civil Pública disciplinando as principais nuances do direito coletivo, não fica descartada futura codificação do direito coletivo.

Em primeiro plano, pode-se citar que o Projeto de Lei nº 5.139/09 propõe a autonomia do Direito Processual Coletivo, com princípios próprios, podendo-se citar, dentre eles, o princípio do amplo acesso à justiça e participação social; princípio da duração razoável do processo; isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia.

A legitimação para a tutela dos direitos coletivos, prevista no artigo 6º do Projeto de Lei, é ampla, elencando no rol dos legitimados o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos despersonalizados; a Ordem dos Advogados do Brasil; as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões e as associações civis e fundações de direito privado.

⁸⁰ A Nova Lei da Ação Civil Pública e do Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras – Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Revista Magister de Direito Empresarial*. nº 27 – Jun-Jul/2009. Ed. Magister, p. 6/21.

Em relação às associações mantém-se expressa a vinculação da análise da legitimidade à necessidade de averiguação do prazo de constituição e pertinência temática.⁸¹ Em relação aos demais entes, qualquer forma de restrição da legitimidade deverá ser apresentada pela doutrina e jurisprudência.

De se consignar que a Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa mantêm legitimação restrita, a primeira limitada aos cidadãos (art. 1º, Lei nº 4.717/65) e, a segunda, ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada (art. 17 da Lei nº 8.429/92).

Impende ressaltar que a relevância social dos bens tutelados justifica a adoção de regras próprias, sempre tendo como norte a efetiva tutela de bens socialmente relevantes para determinada coletividade, não se podendo perder de vista, de outro lado, a segurança jurídica que deve orientar o trâmite processual, além dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, em virtude dos aspectos multifacetários da realidade atual, reflexo de um mundo globalizado, faz-se necessário proceder a uma nova leitura do direito positivado, tendo como norte adaptá-lo à premente necessidade de resultados.

De fato, o modelo individualista não serve mais de molde geral para abarcar o pulsar da vida moderna em sociedade. Exige-se mais rapidez, eficiência e soluções.

Há, portanto, urgente necessidade da alteração do paradigma individualista justamente para abranger o modelo coletivo de processo, onde se obtém soluções mais rápidas, seguras e eficazes. A nova Lei da Ação Civil Pública em tramitação apresenta resposta à problemática prática encontrada na aplicação do direito coletivo, representando importante e inovadora ferramenta jurídica.

⁸¹ No Projeto de Lei nº 5.132/09, são mantidos referidos requisitos e nas emendas nº 36 e 37, apresentadas pelos Deputados José Carlos Aleluia e Bonifácio de Andrada ao Substitutivo, houve sugestão para acrescentar à redação do inciso VII, do art. 6º, a análise da representatividade adequada, aferida pelo juiz, por critérios tais como: “credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.”

4 DA INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E A CONSTRUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Para efetiva concretização dos direitos fundamentais, faz-se primordial o fortalecimento das instituições que tenham por objeto justamente operacionalizar referidos direitos.

A Defensoria Pública, sem sombra de dúvidas, é a principal via de acesso à justiça e merece reconhecimento legal à altura de sua relevância social.

Somente com uma instituição bem estruturada, independente, com pessoas qualificadas, admitidas após concurso de provas e títulos e motivadas, é que se poderá esperar que realmente haja verdadeiro acesso à justiça.

O acesso à justiça não pode ser meramente formal; deve ser efetivo. De nada adiantaria garantir constitucionalmente o acesso à justiça aos necessitados se, de um lado da contenda, estivesse uma parte com capacidade econômica para contratação de profissional bem preparado, e do outro, uma parte hipossuficiente, assistida por uma Defensoria Pública sem estrutura administrativa e humana.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco afirmam que “além de caracterizar a garantia de acesso à justiça, a organização das defensorias públicas atendem ao imperativo da paridade de armas entre os litigantes, correspondendo ao princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica.”⁸²

Como é dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, esta assistência deve, necessariamente, ser real e efetiva, sob pena de se tornar inócuo o direito e garantia estabelecidos na Constituição da República.

Destarte, é fundamental que a instituição seja fortalecida, capacitando o órgão para que realmente cumpra seu mister constitucional.

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

⁸² *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1997, p. 82.

Um dos modos de ampliar o acesso à devida prestação jurisdicional, sem dúvida alguma, é proporcionar assistência jurídica aos cidadãos com menores condições financeiras.

A necessidade de proporcionar às pessoas hipossuficientes acesso integral à justiça, remonta ao Código de Hamurabi, primeira norma escrita a que se tem conhecimento de ter se preocupado com os ‘oprimidos’, ainda que de forma tímida.

Segundo Gustavo Corgosinho, as primeiras iniciativas de patrocínio gratuito teriam ocorrido na Roma Antiga, conforme consta na Lei das Doze Tábuas (451-450 a.c).⁸³

O Cristianismo, inserido dentro do contexto histórico, contribuiu para que a defesa das causas dos necessitados fosse encarada como obra de caridade, o que veio inclusive a influenciar as Ordenações do Reino de Portugal que também regiam o ordenamento jurídico brasileiro. A primeira previsão da assistência judiciária data de 1480, com a promulgação das Ordenações Afonsinas.

Contudo, referido diploma legal não chegou a estabelecer o patrocínio da assistência judiciária por intermédio de instituições oficiais, o que tornava mínima a efetividade do dispositivo legal, já que dependia da ‘caridade’ dos advogados, cujo trabalho era explorado gratuitamente pelo Estado.

A consciência do resguardo dos direitos dos necessitados evoluiu através dos tempos, sendo que, com a eclosão da Revolução Francesa, em 1789, em alguns países da Europa, o Estado passou a organizar instituições oficiais com a finalidade de prestar assistência judiciária aos pobres. No Brasil, como se verá um pouco mais adiante, a primeira regulamentação sobre o patrocínio oficial da assistência judiciária pelo Estado demorou ainda um século.

Na época do Brasil Império era difundida a prática da advocacia gratuita aos necessitados, mas sempre dentro do espectro da caridade. Visando regulamentar o patrocínio das causas daqueles que não dispunham de condições financeiras, foi criado durante o governo imperial um cargo de “agente investido do ‘múnus’ específico para a defesa dos miseráveis” conhecido como ‘Advogado dos Pobres’. Contudo foi extinto no ano de 1884.⁸⁴

Já com a proclamação da República Brasileira, aos 15 de novembro de 1889, o instituto da assistência jurídica foi paulatinamente sendo regulamentado no âmbito dos Estados, ante a ausência de norma de cunho nacional, observando-se que a Constituição

⁸³ *Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p.16/17.

⁸⁴ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 18.

Republicana de 24 de fevereiro de 1891 não elevou a assistência judiciária à matéria constitucional.

Com a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros, no ano de 1930, a assistência judiciária passou a ser de competência exclusiva deste órgão.

A assistência judiciária aos necessitados ganhou cunho constitucional com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que incluiu a matéria entre os ‘Direitos e Garantias Individuais dos Cidadãos’ (art. 113). Nesta Carta houve previsão expressa da criação de órgãos especiais com a finalidade de prestar assistência judiciária, prevendo a concessão de justiça gratuita, estabelecendo como competência concorrente da União e dos Estados a concessão deste préstimo.

Pode se afirmar que a previsão constante da Constituição da República de 1934 é considerada como antecedente histórico da Defensoria Pública.

A previsão constitucional do instituto desvendou o caminho para regulamentação da justiça gratuita, que foi efetivada no Código de Processo Civil de 1939.

Cada Estado-membro passou a regular a matéria de acordo com sua legislação interna, a maioria criando órgãos oficiais específicos para prestação da assistência judiciária.

Em 1950 foi promulgada a Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060), que regulamentou no âmbito nacional a matéria. A Lei nº 1.060, de 1950, com padrões avançados para a época, definiu, no texto do parágrafo único do artigo 2º, como necessitado “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, enquadrando aí os estrangeiros e dando margem para a concessão do benefício à pessoa jurídica.

Nos termos do que estabelecem os artigos 3º e 10 de referida Lei, as isenções compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias, abrangendo as taxas judiciárias, os selos, os emolumentos e custas, as despesas com publicações, as indenizações devidas às testemunhas, honorários de advogado e peritos e, ainda, despesas com realização de exame de DNA.

O direito ao benefício é personalíssimo, já que analisado em face da afirmação de hipossuficiência e das condições econômicas do postulante. Desta forma, o direito não se transmite a eventual cessionário da pretensão discutida na lide ou mesmo aos herdeiros do beneficiário.

A isenção do pagamento das custas não significa exclusão definitiva do pagamento, já que o beneficiado ficará obrigado a pagá-las em momento posterior, desde que possa fazê-

lo, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, prescrevendo a pretensão da cobrança da obrigação em 05 (cinco) anos.

A Lei nº 6.014, de 1973 facultou a dispensa de procuração quando a parte fosse representada em juízo por ‘advogado integrante de entidade de direito público’, salvo para a prática de atos que a lei exija poderes especiais, medida esta facilitadora do acesso à justiça.

Como critério legal de averiguação do estado de hipossuficiência vigeu entre os anos de 1979 e 1986, a observância dos rendimentos mensais do postulante limitados a dois salários mínimos para concessão dos benefícios da justiça gratuita. Atualmente, não há limites de rendimentos expressos em lei para averiguar se a pessoa enquadra ou não na acepção de economicamente necessitado.

O artigo 4º da Lei nº 1.060, de 1950, com redação determinada pela Lei nº 7.510, de 1986, estabeleceu expressamente que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

A Constituição da República de 1988, ao dispor sobre o tema, previu o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do artigo 5º LXXIV.

Destarte, ante a ausência de sintonia entre os textos legais, após a promulgação da Constituição entendeu-se haver necessidade de que o postulante do direito da assistência judiciária comprovasse a insuficiência de recursos, já que essa exigência passou a constar expressamente do texto constitucional.

Contudo, apesar da literalidade do disposto na Constituição da República, pacificou-se entendimento nos Tribunais Superiores no sentido de permanecer a presunção relativa da necessidade da obtenção do benefício da assistência gratuita, bastando a afirmação do estado de pobreza. Assim, apenas quando houver dúvida acerca da veracidade das alegações do beneficiário é que será determinado que comprove seu estado de miserabilidade de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária.⁸⁵

O entendimento firmado pelos Tribunais demonstra preocupação em não atravancar o acesso à devida prestação jurisdicional.

A respeito da limitação contida na Constituição da República, José Carlos Barbosa Moreira assevera que:

⁸⁵ Precedentes REsp 967916/SP, REsp 901685/DF, REsp 965756/SP, REsp 653887/MG, REsp 721959/SP.

Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado – com todos os defeitos que se lhe possam imputar – pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo como o de que se cuida.⁸⁶

Prevalece, portanto, o entendimento de que a Constituição da República de 1988 recepcionou o disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060, de 1950, bastando, por conseguinte, a afirmação da insuficiência de recursos. Com a afirmação, presume-se, de forma relativa, que o postulante faça jus aos benefícios da justiça gratuita, podendo o juiz determinar que seja comprovado o estado de hipossuficiência econômica, quando houver dúvidas.

Como expresso no próprio texto constitucional, a assistência jurídica é um direito e não mero benefício. Não guarda, assim, qualquer relação com assistencialismo, ou seja, não se trata de ‘esmolas’ ou favores a que se faz ao pobre, como admitido anteriormente.

Importante aqui fazer uma diferenciação: a expressão ‘assistência jurídica’ não é sinônima de ‘assistência judiciária’.

Assistência judiciária limita-se, nas palavras de Gustavo Corgosinho, ao exercício de um *munus* público, por advogado escolhido pela parte ou nomeado, para a defesa de seus interesses, ou pelos profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de perito.⁸⁷

A assistência judiciária envolve:

os recursos e instrumentos necessários para acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante o ‘benefício’ da ‘justiça gratuita’ (que corresponde, estritamente à isenção das despesas processuais que seriam devidas sem a outorga do ‘benefício’), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também dispensando-se o pagamento de honorários respectivos), dotado de capacidade postulatória para a representação da parte em juízo.⁸⁸

Já o termo assistência jurídica refere-se a uma forma de proteção integral, sendo mais amplo do que assistência judiciária, abrangendo além dos serviços jurídicos e judiciais, também os extrajudiciais.

O aspecto extrajudicial da assistência jurídica abrange a “prestação de orientações (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem antes da

⁸⁶ O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *In Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

⁸⁷ *Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p.42.

⁸⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236/237.

propositura de ações judiciais (resolução alternativa de litígios)”.⁸⁹ Deve ainda compreender a postulação perante os órgãos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

A atuação extrajudicial envolve, portanto, atividade preventiva, como a prestação de informação jurídica e a tentativa de conciliação, o que demonstra a abrangência da efetividade da assistência jurídica. Abrangência esta fundamental para a desjudicialização da solução dos conflitos, o que representa um dos importantes movimentos para ampliação do acesso à devida prestação jurisdicional.

Para o exercício pleno da assistência jurídica faz-se necessária a concessão dos benefícios da justiça gratuita, que consiste na isenção do pagamento das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais, bem como de honorários de advogado e perito.

Assim, evidenciando as apontadas diferenciações, temos que o benefício da justiça gratuita é concedido à pessoa que declarar seu estado de necessidade, significando a isenção do pagamento de custas e despesas processuais, dentre outros. A concessão do benefício da assistência judiciária deve ser outorgada ao necessitado que solicitar o patrocínio gratuito de defesa, englobando aí os benefícios da justiça gratuita. Já a prestação da assistência jurídica integral, abrange a esfera judicial e a extrajudicial, e é função institucional consagrada aos Defensores Públicos que também deve ser prestada aos necessitados, na forma da lei.

Apesar do *caput* do artigo 1º da Constituição da República proclamar que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” ainda temos um longo caminho a percorrer para consolidação efetiva da democracia em nosso país.

O restabelecimento da democracia após anos de ditadura não significou a garantia de respeito aos direitos civis e políticos para todas as classes sociais. Falta ao país uma “cultura de direitos, democrática e universalista, que dê vida e dinamismo ao que está previsto estaticamente na Constituição ou na legislação infraconstitucional.”⁹⁰

⁸⁹ CASTRO, André Luís Machado e BERNARDES, Márcia Nina. Construindo uma Nova Defensoria Pública. *In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.110. Referidos autores citam como exemplo da tendência de desjudicialização dos conflitos a “recém aprovada lei brasileira que permite a realização de divórcio, separação judicial, inventário e partilha diretamente no cartório, sem a necessidade de propositura de ação judicial (como era exigido pela legislação anterior). Para a realização desses atos, é indispensável a participação de advogados e, nos casos de pessoas necessitadas, do defensor público.” E concluem afirmando que “Assistência jurídica, portanto, é uma forma de proteção integral, posto que desvinculada da atuação apenas perante o Poder Judiciário”.

⁹⁰ CASTRO, André Luís Machado de e BERNARDES, Márcia Nina. *Op. cit.*, 104 e 108.

Faz-se fundamental implementar ações de inclusão social, para que as previsões constitucionais dos direitos e garantias fundamentais não venham a ser apenas palavras perdidas em um papel.

A implementação eficaz da assistência jurídica é uma resposta a necessidade de dar maior efetividade a um dos direitos fundamentais do ser humano, qual seja, o acesso à devida prestação jurisdicional.

4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PERFIL INSTITUCIONAL

A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro 1994, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, organiza a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, estabelecendo normas gerais para organização das Defensorias Públicas nos Estados.

A carreira do Defensor Público é estruturada para atuação no âmbito da União, especificamente na Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar; no âmbito do Distrito Federal e Territórios e, ainda, no âmbito dos Estados, atuando junto à Justiça Comum.

A Emenda Constitucional nº 45/04 representou grande avanço para a Defensoria Pública. Por intermédio de referida emenda foi acrescentado o § 2º ao artigo 134 da Constituição da República, assegurando-se à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária.

A instituição é regida pelo princípio da unidade, princípio da indivisibilidade, princípio da independência funcional e princípio da autonomia, que se subdivide em funcional e administrativa, apresentando natureza jurídica de órgão independente da Administração Pública direta.

A autonomia funcional faz-se necessária em razão do conteúdo e alcance das atribuições dos Defensores Públicos, sendo imprescindível que sejam resguardados de pressões ou interferências externas que possam vir a sofrer no exercício do cargo, executando com liberdade e independência suas funções.

Após o advento da Lei nº 11.448/07, que inclui expressamente a Defensoria Pública no rol dos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública, o princípio da autonomia

funcional passou a ter ainda maior relevo, ante a natureza dos direitos coletivos tutelados e os interesses econômicos e políticos envolvidos.⁹¹

A autonomia administrativa refere-se à capacidade da instituição em assumir integralmente a condução e a gestão dos seus próprios interesses, subordinando-se apenas a seu regime jurídico administrativo.⁹²

Decorre deste último princípio a autonomia financeira. Contudo, esta não foi reconhecida no plano Constitucional, não obstante ter restado assegurado a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

O princípio da unidade visa proteger a integridade institucional da Defensoria Pública, que deve ser compreendida como um todo orgânico. Em consequência, seus membros devem ser vistos como órgãos de execução de um só organismo.

Com o princípio da indivisibilidade busca-se a proteção da integridade institucional, proibindo fracionamento relativo à estrutura orgânica da Defensoria Pública.

O princípio da independência funcional assegura tanto a ausência de hierarquia dentro do órgão referente à atividade fim do Defensor, bem como veda a ingerência externa de qualquer outro órgão na Instituição.

Dentre as prerrogativas legais do Defensor Público, cumpre destacar a intimação pessoal de todos os atos do processo, a contagem em dobro dos prazos processuais, o poder de requisição, a dispensa do instrumento de mandato e a validade como título executivo extrajudicial do documento referendado por Defensor Público.

O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais foi expressamente vedado pela Emenda Constitucional nº 45/04, e, conforme redação do § 6º da Lei Complementar nº 80/94, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132/09, a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, desvinculando a atuação do órgão à Ordem dos Advogados do Brasil.

A dedicação exclusiva à carreira demonstra a relevância da função e a preocupação com a qualidade dos serviços a serem prestados pela instituição.

O “III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil”, elaborado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2009, representa importante radiografia da Defensoria Pública no país, conferindo subsídios para implementação de melhorias, emoldurando a luta pelo aperfeiçoamento e modernização da Defensoria Pública.⁹³

⁹¹ CORGOSINHO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 64.

⁹² Idem, *ibidem*, p.16/17.

⁹³ *III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasil 2009.

Mencionado estudo revelou grande diversidade da realidade da instituição nos diferentes Estados da Federação, principalmente do ponto de vista organizacional, destacando-se que os Estados de Goiás e Santa Catarina ainda não implantaram o serviço.

A idade média da instalação das Defensorias Públicas nos Estados é de 15 (quinze) anos, observando-se que a mais antiga é a do Rio de Janeiro, com 54 (cinquenta e quatro) anos de instalação e, a mais nova, a do Estado de São Paulo, com 3 (três) anos de formação.

Consta como conclusão do III Diagnóstico, que as Defensorias Públicas atenderam 42,72% das comarcas entre os anos de 2006 a 2008, havendo um aumento de 45,17% do número de atendimentos, em relação ao período anterior, aumento este não acompanhado da elevação do número de Defensores Públicos.

Dentre as Defensorias Públicas, 69,23% possuem experiência no manejo de ações coletivas, evidenciado que a Infância e Juventude, Execuções Penais e Direitos dos Idosos, representam os núcleos especializados em atividade com maior número de Defensorias Públicas.⁹⁴

Houve aumento do investimento financeiro do Poder Público nas Defensorias Públicas comparativamente aos anos anteriores, significando melhorias de estrutura e de remuneração na maioria dos Estados. Não obstante, ainda assim, restou evidenciado que a ausência de condições dignas de trabalho aliada a remuneração por vezes inferior à dos demais membros de carreiras jurídicas, representa desestímulo para a permanência na carreira.

Por certo, ainda é longo o caminho a percorrer, mas não há dúvidas de que após a Constituição da República de 1988 conferir à Defensoria Pública status constitucional, a instituição vem, aos poucos, galgando o reconhecimento e espaço necessários para o desenvolvimento digno de suas atividades, tornando efetiva a defesa dos necessitados com paridade de armas.

Neste aspecto, a reestruturação da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública com a edição da Lei Complementar n° 132, de 07 de outubro de 2009, representa importante passo na construção de uma política nacional de acesso à justiça, traduzindo a vocação da Defensoria Pública como instituição voltada à defesa dos direitos humanos da população desprovida de recursos.

⁹⁴ III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça. Brasil 2009, p. 258/264.

4.3 DAS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA

Como se denota pela atribuição legal estabelecida na Constituição da República de 1988, a Defensoria Pública foi criada com o intuito de viabilizar o acesso à jurisdição daqueles que não possuem condições financeiras de arcar com o pagamento da contratação de um advogado, bem como com o pagamento das custas e despesas processuais.

O artigo 134 da Constituição da República de 1988 dispõe que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Já o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, inserto no título que estabelece os direitos e garantias fundamentais, assegura “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, assistência esta que será prestada pelo Estado, justamente por intermédio da Defensoria Pública (art. 4º, § 5º, LC nº 80/94, com a redação conferida pela LC nº 132/09).

O termo ‘integral’ ligado à assistência jurídica oferece ao intérprete uma “valiosa chave hermenêutica”⁹⁵, já que permite melhor entendimento do alcance que se pretendeu conferir ao termo assistência jurídica.

A assistência jurídica integral compreende a esfera judicial e a extrajudicial. Isso significa dizer que compete ao Defensor Público a orientação jurídica da população, associações comunitárias, organizações de base e até mesmo de pessoas jurídicas, além da promoção da conciliação, mediação e arbitragem, atuando de forma preventiva em relação aos litígios (art. 4º, inciso II, da LC 80/94, com a redação dada pela LC 132/09).

Sem embargo, compete também proceder ao atendimento interdisciplinar, bem como a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público (art. 4º, incisos IV, V e § 2º da LC nº 80/94, com a redação dada pela LC 134/09).

Também é função do Defensor Público a promoção da ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou

⁹⁵ SOUZA, José Augusto Garcia de. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008, p. 229.

individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, inciso VII da LC nº 80/94, com a redação dada pela LC nº 134/09).

No espectro do processo criminal, além de acompanhar inquérito policial e patrocinar a defesa dos necessitados, deverá patrocinar a ação privada e a subsidiária da pública (art. 4º, incisos XIV e XV da LC nº 80/94, com a redação dada pela LC nº 132/09).

Ainda como função institucional do Defensor Público pode-se citar a atuação como curador especial nos casos previstos em lei, conforme se observa pela redação do artigo 4º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132/09.

4.4 FUNDAMENTOS DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS

A Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, publicada no diário oficial da união na data de 16 de janeiro de 2007, alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347, de 1985, Lei da Ação Civil Pública, para incluir dentre os legitimados para a propositura da ação civil pública a Defensoria Pública.⁹⁶ O Projeto de Lei nº 5.139/09 que disciplina a nova Lei da Ação Civil Pública, mantém a legitimidade da instituição nos mesmos moldes.⁹⁷

A previsão legal da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública significou um grande avanço para a instituição e, sem sombra de dúvida, uma conquista enorme para a população carente.

Ainda que antes do advento de referida lei os Tribunais, de certa forma, reconhecessem a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas,

⁹⁶ O artigo 5º da Lei nº 7.347, de 1985, passou a vigorar com a seguinte redação:

“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.

.....” (NR).

⁹⁷ O Projeto de Lei nº 5.139/09 mantém no inciso II do art. 6º a legitimidade da Defensoria Pública para propor a ação coletiva.

não se pode deixar de reconhecer a significativa conquista advinda com o dispositivo legal, principalmente porque em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da legalidade, sendo de fundamental importância a consagração da legitimidade no texto legal.

Nada obstante, em face da função precípua da Defensoria Pública, que é a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, surgiram na doutrina questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.448/07, que reconheceu legitimidade ativa à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação coletiva *lato sensu*.

O fundamento do questionamento reside no fato de as ações coletivas *lato sensu* abrangerem um espectro indefinido de pessoas, não havendo como identificar quem, dentre os beneficiados pela decisão, enquadraria na definição de ‘necessitado’.

Assim, alguns doutrinadores sustentam ser inconstitucional referida lei, uma vez que, atuando na defesa de interesses difusos ou coletivos, a Defensoria Pública estaria ‘ferindo de morte’ sua própria função institucional, já que a instituição não se limitaria a prestar assistência jurídica apenas aos ‘necessitados’, beneficiando coletividade economicamente heterogênea.

Compartilhando deste entendimento, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, visando contestar a constitucionalidade da lei que confere legitimidade à Defensoria Pública a propor Ação Civil Pública. Os fundamentos de referida Adin serão abordados em outro tópico do presente trabalho.

O questionamento acerca da constitucionalidade do dispositivo legal que reconheceu legitimidade à Defensoria Pública para ajuizar ações coletivas, à primeira vista, pode conduzir o operador do direito à conclusão de ser a legitimidade incompatível com a função constitucional da instituição, já que não identificáveis os titulares do direito, ampliando os limites da função da Defensoria Pública instituída pela Constituição.

Outros, dentro desta mesma linha de raciocínio, e no mesmo passo ofuscado, podem chegar à conclusão de que a Defensoria Pública apenas tenha legitimidade para ajuizar ações que versem sobre interesses individuais homogêneos, já que, neste caso, os beneficiários podem ser identificados.

Faz-se necessário, no presente trabalho, analisar os fundamentos da legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas antes da promulgação da Lei nº 11.448/07, já que a pesquisa dos valores envolvidos na legitimidade da instituição mostra-se essencial até mesmo para aplacar dúvidas quanto aos limites da aplicação da lei,

dúvidas estas advindas precipuamente da finalidade da instituição estar atrelada constitucionalmente à defesa dos necessitados.

4.4.1 Análise da Influência da Legislação Consumerista

Antes do advento da Lei nº 11.448/07, o ajuizamento de ações coletivas pela Defensoria Pública era normalmente reconhecido nos Tribunais em duas hipóteses: a primeira, que na realidade se trata de representação judicial, era vislumbrada no caso, por exemplo, de uma associação de moradores de bairro que procurasse a Defensoria Pública para o ajuizamento de determinada ação coletiva. Neste caso, a Defensoria Pública representaria judicialmente a associação, desde que hipossuficiente e legalmente constituída há mais de um ano.

A segunda hipótese, que efetivamente se trata de legitimação, tinha por fundamento o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, inciso III, que confere legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por referido Código.

Principalmente com fulcro no citado dispositivo legal, a Defensoria Pública fundamentava sua legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas que versassem acerca de interesses de consumidores.

Esclareça-se que a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas pela Defensoria Pública com fundamento no artigo 82, inciso III, da Lei nº 8.078/90, dependia da criação de um órgão para atuar na tutela específica dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo que ainda era necessário analisar se a tutela pretendida por intermédio da ação coletiva estava inserida nas finalidades institucionais do respectivo ente público despersonalizado.

O Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - NUDECON foi o precursor destas ações⁹⁸, sendo a legitimidade deste e de outros

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 4, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 217.

órgãos reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁹ e por outros Tribunais¹⁰⁰, não obstante existirem decisões contrárias a este entendimento, tendo por fundamento o argumento de que a finalidade institucional da Defensoria deveria se limitar à tutela dos necessitados, não podendo ser veiculada a pretensão por meio de ação coletiva.¹⁰¹

Dentro do próprio Código de Defesa do Consumidor podem-se citar outros dispositivos legais que embasam a atuação da instituição em prol da defesa do consumidor, senão vejamos.

O artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor capitula, como Política Nacional das Relações de Consumo, “a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente”.

Como direito básico do consumidor, referido Código assegura a todos o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurando aos necessitados a proteção jurídica, administrativa e técnica (art. 6º, VII, Lei nº 8.078/90), preconizando também a facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, VIII, Lei nº 8.078/90).

⁹⁹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERESSE. CONSUMIDORES. A Turma, por maioria, entendeu que a defensoria pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do interesse de consumidores. Na espécie, o NUDECON, órgão vinculado à defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, por ser órgão especializado que compõe a administração pública direta do Estado, perfaz a condição expressa no art. 82, III, do CDC” Pretenete citado: REsp 181.580-SP, DJ 22/3/2004. (REsp nº 555.111- RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. em 5.9.2006).

¹⁰⁰ Processo No: 0000714-24.2001.8.19.0000 (2001.001.07840). TJ/RJ - Apelação. Órgão Julgador: QUINTA CAMARA CIVEL Relator: Des. Elisabete Filizzola. Apdo : Sociedade Unificada de Ensino Superior e Cultura S/A - Suesc . Apte : Nucleo de Defesa do Consumidor. E ainda: Apelação Cível nº 70014404784, Quarta Câmara Cível, TJRS, Rel. Araken de Assis, julgado em 12/04/06.

¹⁰¹ REsp 734176/RJ, Recurso Especial 2005/0038689-0, Relator Ministro Francisco Falcão. Órgão julgador T1 – Primeira Turma. Data do julgamento 07/03/06. Data da publicação DJ 27/02/06, p. 196, RB vol. 511, p. 25. Citado julgamento refere-se a uma ação civil coletiva, ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - NUDECON, em defesa dos consumidores de energia elétrica daquele Estado, em que é postulado o reconhecimento da ilegalidade de artigos da Portaria nº 466/97 do DNAEE, com a abstenção das rés Light Serviços de Eletricidade S/A e CERJ - Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro em suspender o fornecimento de energia elétrica, bem como em calcular a dívida dos consumidores com base em tal regramento legal, condenando aquelas na repetição de valores pagos indevidamente. *In verbis*, a fundamentação constante no acórdão: “A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados. O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC. Recursos especiais providos, para determinar a ilegitimidade ativa *ad causam* do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido apelar.”

Vale citar também o artigo 83 do mesmo Código que estabelece que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Denota-se, portanto, que dentro da sistemática do Código de Defesa do Consumidor, há um amplo espectro de proteção à efetiva tutela dos direitos dos consumidores, possibilitando extrair-se dos dispositivos desta lei a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação coletiva que verse sobre direito do consumidor.

Pode-se citar também a Lei Complementar nº 80/94, que, mesmo antes das alterações advindas com a aprovação da Lei Complementar nº 132/09, dispunha figurar entre as funções especiais da instituição, o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado (artigo 4º, XI) e ainda a própria Constituição da República, ao preconizar, no artigo 5º, inciso XXXII, incumbir ao Estado promover a defesa do consumidor.

Destarte, antes do advento da Lei nº 11.448/07, pode-se afirmar que as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, nas normas constitucionais e na Lei Complementar nº 80/94, embasavam a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas, sendo esta reconhecida em reiteradas decisões dos Tribunais.

Acrescente-se que em face das disposições do Código de Defesa do Consumidor serem interligadas à Lei da Ação Civil Pública, conforme termos expressos no artigo 21 desta última lei e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, a legitimidade da Defensoria Pública poderia também ser reconhecida para a tutela dos demais interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não se limitando apenas à tutela dos direitos dos consumidores.

Como argumento distinto, cite-se a Lei nº 10.741/03, que instituiu o Estatuto do Idoso, conferindo à Ordem dos Advogados do Brasil legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública nas ações que tivessem por objeto a tutela do idoso (art. 81, inciso III). Como o quadro dos legitimados apresentava-se pluralizado, não se sustentava, de forma lógica, a exclusão da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas, principalmente ante sua função institucional de viabilizar o acesso à devida prestação jurisdicional.

4.4.2 Hermenêutica Constitucional e o Paradigma Principlológico

Sem prejuízo do raciocínio desenvolvido até o presente momento, pode-se afirmar que a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses coletivos já poderia ser

reconhecida no ordenamento jurídico antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, com fulcro nos princípios constitucionais.

A Defensoria Pública, ao se organizar, priorizou o atendimento aos direitos relacionados à vida e à liberdade, principalmente em decorrência de restrições de ordem estrutural, observando-se uma concentração das atividades da instituição voltadas para áreas da infância e juventude e execuções penais.¹⁰²

O atendimento setorizado da Defensoria Pública decorreu da própria necessidade emergencial. O número ínfimo de Defensores Públicos comparado ao elevado número de carentes em todo o país, fez necessária a priorização no atendimento.

A Defensoria Pública ainda está em fase de estruturação em alguns Estados e, em outros, sequer foi instalada, evidenciando a realidade de que os Defensores Públicos não conseguem dar vazão a toda demanda que lhe bate à porta.

O ajuizamento de ações coletivas pela instituição representa importante ferramenta jurídica e apresenta-se como um contra-balanço necessário para as limitações estruturais, ampliando a efetividade da abrangência do atendimento a um número infinitamente maior de pessoas, viabilizando o acesso à jurisdição.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Decorre do dispositivo a garantia, a todas as pessoas, do direito de postular a tutela jurisdicional, devendo esta ser efetiva e não meramente formal.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como direito de ação, ou princípio do livre acesso ao Judiciário, foi previsto na Constituição Federal de 1969, no artigo 153, § 4º, contendo em sua redação a limitação a “direito individual”. Como se vê, a redação do dispositivo foi aperfeiçoada, excluindo-se a palavra “individual” qualificadora do direito, abrindo-se campo para abrangência da inafastabilidade da jurisdição também para os direitos metaindividuais.¹⁰³

Com base na garantia constitucional do pleno acesso à tutela jurisdicional efetiva, decorreu-se o entendimento de que a limitação da proteção aos interesses individuais não atenderia de forma completa ao escopo constitucional do acesso à justiça, já que grande parte da população ficaria à margem desta garantia. De fato, a proteção dos interesses coletivos representou uma forma de ampliar o acesso à devida prestação jurisdicional, minimizando a exclusão.

¹⁰² *III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça. Brasil 2009, p. 261.

¹⁰³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 425.

Como a função precípua da Defensoria Pública é o atendimento ao necessitado e a realidade mostra que não é possível e nem razoável o atendimento individual de todos que precisam de seus serviços e, ainda, ante a disposição contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, que estabelece a inafastabilidade da jurisdição na solução dos litígios, pode-se afirmar, com fundamento neste princípio constitucional, que a Defensoria Pública já detinha legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Não é demais repetir que o ordenamento jurídico apresenta estrutura piramidal, situando a Constituição no topo da pirâmide. As demais normas devem guardar conformidade com os dispositivos constitucionais para ter assegurada sua validade dentro do ordenamento jurídico.

A leitura que se faz hoje do Direito passa, necessariamente, pela lente da Constituição. Nenhuma lei pode ser considerada válida se colidir frontalmente com a própria Constituição.

Com o declínio do positivismo, passou a ser reconhecida, no ordenamento jurídico, a normatividade dos princípios. A diversidade das situações concretas que a realidade multifacetária apresenta, redundou na impossibilidade da busca de soluções com base apenas na aplicação das regras, exigindo um sistema jurídico em que as regras e os princípios pudessem ser empregados na solução dos casos concretos, complementando-se.

A Constituição da República tem por base axiológica os princípios, que apresentam força diretiva e iluminam os meandros da realidade onde a aplicação das regras mostra-se incapaz de promover justiça. Os princípios apresentam-se como verdadeiros filtros constitucionais na aplicação do direito.

Regras e princípios coexistem no texto constitucional e a aplicação destes no caso concreto exige atividade hermenêutica. O sentido da norma deve ser desvendado dentro de cada caso, em observância aos princípios a serem preservados e aos objetivos a serem alcançados.

A metodologia da hermenêutica constitucional tem como requisito de validade os condicionamentos ideológicos de determinada cultura e o compromisso democrático, como resultado do exercício pleno do Estado de Direito. Na interpretação da norma constitucional devem ser observadas as técnicas da ponderação e o princípio da proporcionalidade.

Reconhecida a supremacia da ordem constitucional, a interpretação de um dispositivo legal deve se basear na hierarquia de normas, buscando-se uma interpretação conforme a constituição.

O método da interpretação conforme a constituição possibilita a consideração de que não se deve interpretar isoladamente a uma norma constitucional:

[...] uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios e decisões.¹⁰⁴

As normas constitucionais instituidoras da Defensoria Pública compõem-se do artigo 134, que dispõe que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”, e do artigo citado artigo 5º, inciso LXXIV que estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O primeiro dispositivo citado, artigo 134, pode ser considerado como regra constitucional, prestando-se a vincular certa entidade a atender a demanda de determinado segmento social. O segundo já apresenta dimensão de princípio constitucional aparecendo como mandamento nuclear do sistema constitucional.

Ante a observância das regras de hermenêutica, o princípio constitucional exposto no artigo 5º, LXXIV sobrepõe-se a regra do artigo 134, ambos da Constituição da República.

Assim, conforme raciocínio desenvolvido por João Ricardo dos Santos Costa, juiz de direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, tem-se que deve ser considerado:

[...] o compromisso do Estado brasileiro em dar acesso à justiça aos necessitados e interpretar as normas inferiores de modo que esse direito sempre se realize. Suprimir garantia fundamental, expressada na abolição do processo coletivo para garantir direitos, equivale a criar obstáculo repellido pelo conjunto de normas-princípios que garantem o acesso à justiça.¹⁰⁵

A prestação da assistência jurídica integral ao necessitado é uma garantia fundamental e, portanto, não se admite interpretações restritivas. Como a Defensoria Pública é a instituição criada para viabilizar o acesso à justiça, e em virtude do próprio texto constitucional estabelecer que este acesso deve ser efetivo, é necessário que a entidade utilize de todos os meios disponíveis no ordenamento jurídico para cumprir de forma efetiva sua

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 432.

¹⁰⁵ Fundamentação desenvolvida pelo magistrado para afastar preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública em decisão proferida nos autos nº 001/1.07.0104162-9, Ação Coletiva que tem por objeto as diferenças de remuneração das cadernetas de poupança de planos econômicos, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em face do Banco HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo.

função constitucional. E não se pode olvidar que a ação coletiva é um dos instrumentos mais eficazes e amplos de acesso à devida prestação jurisdicional.

De se destacar ainda que a Defensoria Pública, como órgão independente da Administração Pública direta, deverá obedecer em sua atuação ao princípio da eficiência (art. 37, *caput* da CR).

Assim, a necessidade de a Defensoria Pública representar com eficiência os necessitados apresenta-se como mais um argumento para legitimar sua atuação na defesa dos interesses coletivos.

Cite-se ainda, como princípio que informa a interpretação constitucional, a teoria dos poderes implícitos, fundamentada na idéia de que, para cada poder outorgado pela constituição a certo órgão, implicitamente são conferidos amplos poderes para a execução desse poder.

José Augusto Garcia de Souza sustenta que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas sempre esteve respaldada na teoria dos poderes implícitos, aduzindo que, a partir do momento em que:

[...] se atribui à instituição o monumental encargo de prestar assistência jurídica integral à massa de necessitados do país, ficam automaticamente transferidos os poderes à altura da empreitada, entre eles o poder de movimentar a jurisdição coletiva.¹⁰⁶

Referida teoria foi a base legal para a fundamentação da decisão proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 1.054/RJ, cujo Relator foi o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, em 07/10/92, *in verbis*:

Se a Constituição outorga ao defensor público poderes para defender os necessitados, implicitamente lhe atribui todos os meios legítimos para tornar efetiva a sua atuação, inclusive legitimidade para propor ações, visando à obtenção de documentos com aquele objetivo.

Com efeito, a partir do momento em que a Constituição da República outorga a Defensoria Pública a incumbência de orientação jurídica e defesa, em todos os graus dos necessitados, automaticamente lhe transfere todos os meios para execução deste mister.

Denota-se claramente que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas guarda consonância com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e construção de

¹⁰⁶ A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivo – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 238.

uma sociedade mais justa e solidária, com redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos.

Não se pode também ignorar que a legitimidade da instituição está em sintonia com os escopos sociais do processo, tal como a pacificação social e a economia processual, não se devendo também fazer tabula rasa do solidarismo social, valores há muito incorporados em nosso ordenamento jurídico.

Pelo exposto, a hermenêutica constitucional evidencia de forma cristalina a constitucionalidade da legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas.

Além dos fundamentos citados que legitimam a atuação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas, faz-se necessário tecer algumas considerações, dentre elas desvendar o que se entende atualmente pelo termo ‘necessitado’.

O artigo 134 da Constituição da República, ao dispor sobre a função do Defensor Público, atribuiu à instituição a orientação e a defesa dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República.

O conceito de necessitado vem sendo construído ao longo dos anos. De início, considerava-se como necessitado apenas a pessoa miserável¹⁰⁷, posteriormente entendia-se abrangido pelo conceito o “réu tão pobre que não possa pagar as custas.”¹⁰⁸

Com o advento da Lei de Assistência Judiciária passou a ser considerado necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Com efeito, o sentido da palavra necessitado não se restringe à miserabilidade. Até mesmo pela redação do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 1.060, de 1950, verifica-se ser mais amplo o significado, fazendo-se necessário considerar a carência material vinculada ao prejuízo do sustento próprio ou da família.

Assim, ainda que a pessoa tenha razoável condição financeira mas demonstre o comprometimento das despesas com o pagamento do sustento próprio ou de sua família, poderá ter reconhecido seu direito à justiça gratuita.

A amplitude do dispositivo, que conjuga carência financeira com a impossibilidade do pagamento das custas e despesas processuais sem prejuízo do sustento pessoal ou da família do postulante, faz concluir que a análise da ‘carência econômica’ para concessão do benefício é mais ampla.

¹⁰⁷ *Código do Processo Criminal do Império*. Art. 73. Lei de 29 de novembro de 1832.

¹⁰⁸ *Reforma do Código de Processo Criminal do Império*. Art. 99, Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.

Como a análise vai além dos rendimentos do postulante, mais adequado, conforme anota Adriana Britto, construir um conceito de ‘necessitado juridicamente’, analisando sob este prisma tanto a questão econômica, como a impossibilidade do pagamento das custas e despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.¹⁰⁹

A partir deste prisma e ante a necessidade de regulamentar situações existentes na prática, o sentido da expressão ‘necessitado jurídico’ vem sendo ampliado para compreender também o carente de recursos jurídicos, como no caso do acusado revel no processo penal. Neste caso, o ordenamento jurídico pátrio assegura a defesa do revel independentemente de sua situação econômica, ante a preponderância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Vislumbra-se, ainda uma outra hipótese de ‘necessitado jurídico’ a ensejar o deferimento da assistência jurídica. Dispõe o § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.099, de 1995, que “sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”.

Neste caso, a lei não restringe a prestação da assistência jurídica aos carentes de recursos financeiros. Deve ser aqui ressaltado que, não obstante constar na lei a expressão ‘assistência judiciária’, na realidade trata-se de ‘assistência jurídica’ integral, conforme interpretação conforme a Constituição. Essa assistência, nos termos do artigo 134 da Constituição da República, é atribuição da Defensoria Pública.

Dentro do âmbito da tutela coletiva, não se pode olvidar também a existência de coletividades juridicamente frágeis, principalmente em função da sua natural desorganização.¹¹⁰

Na mesma linha, Ada Pellegrini Grinover afirma existir:

[...] os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.¹¹¹

¹⁰⁹ Conforme sustenta citada autora “a conexão com a situação econômica do assistido seria relativa em razão do ‘sem prejuízo próprio ou de sua família’, sobre o que deveria ser construído o conceito de necessitado juridicamente, que não guardaria correspondência rígida com o conceito de necessitado economicamente, mas deveria ser definido sob o aspecto axiológico, lastreado no parâmetro da relevância social.” A evolução da Defensoria Pública em Direção à Tutela Coletiva. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 17.

¹¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um Possível Primeiro Pequeno Passo em Direção a uma Grande Reforma, extraído do livro *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 48.

¹¹¹ Parecer apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Fonte: http://www.adepmg.org.br/Noticias/ada_pellegrini.pdf.

É certo que quando se pensa em assistência jurídica o primeiro aspecto que vem à mente é, sem dúvida alguma, a assistência aos carentes de recursos financeiros.

Nada obstante, conforme exposto, este não é o único aspecto da assistência jurídica, uma vez que, além dos necessitados no plano econômico existem também outras espécies de necessitados, principalmente em face da sociedade globalizada e massificada em que vivemos, em que a vulnerabilidade de muitos se escancara.

Assim, quando o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, deve-se interpretar a carência de recursos abrangendo também recursos organizacionais, culturais e sociais, e não apenas econômicos.

A amplitude do termo necessitado já era observada na defesa no âmbito do processo penal, em que são assegurados a todos o contraditório e a ampla defesa penal, sendo constatada a vulnerabilidade do acusado frente à acusação. Neste caso, se o réu não possuir advogado, caberá à Defensoria Pública patrocinar sua defesa, independentemente de sua condição financeira.

Possivelmente por reconhecer ser preciso o exercício de hermenêutica na análise do termo ‘necessitado’ é que a Lei Complementar nº 132/09, que alterou dispositivos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94), tenha substituído a expressão ‘necessitado’ por ‘assistido’ na disposição contida no artigo 108 de referida lei, que trata da incumbência da instituição.

A redação original do artigo dispunha que:

Aos Defensores Públicos do Estado, incumbe, dentre outras atribuições estabelecidas pela lei estadual, o desempenho da função de orientação e defesa dos *necessitados*, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo do respectivo Estado.

A atual redação do artigo 108 já determina que aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe “a orientação jurídica e a defesa dos seus *assistidos*, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo”, suprimindo a palavra ‘necessitado’, em decorrência da conotação limitativa a que se poderia atribuir ao termo.

Não se pode olvidar, portanto, que dentro da concepção do termo necessitado deve ser reconhecido outros aspectos da necessidade, considerando e protegendo os diversos tipos de carência existentes no mundo atual, justamente para não se negar o efetivo acesso à devida prestação jurisdicional aos que dela precisam.

Importante ressaltar que, hodiernamente, compreende-se abrangido pelo conceito de necessitado também as pessoas jurídicas, firmando-se entendimento no Superior Tribunal de

Justiça que a pessoa jurídica deve comprovar a insuficiência de recursos para ser beneficiária da justiça gratuita. Contudo, o mesmo entendimento não é empregado para a pessoa jurídica sem fins lucrativos. Neste caso, bastará, conforme entendimento majoritário, a afirmação de não poder arcar com o pagamento das custas processuais e honorários de advogado sem o prejuízo do funcionamento de suas atividades para concessão do benefício.¹¹²

Como exposto alhures, o conceito de ‘necessitado’ não se limita aos economicamente hipossuficientes. No mundo globalizado em que vivemos nos deparamos com vários tipos de carências como, por exemplo, a chamada ‘pobreza organizacional’, assim considerada pelo movimento do acesso à justiça.

Deve aqui ser ressaltado que não se pretende com esta afirmação desvirtuar o papel institucional da Defensoria Pública, já que a meta da instituição será sempre a orientação jurídica e defesa do carente de recursos financeiros.

Lado outro, isso não significa “que deva ser eternamente imposta à Defensoria uma filosofia institucional individualista e anacrônica”, condenando a instituição à “maldição de Sísifo, personagem mitológico condenado a rolar, perpétua e inutilmente, um imenso bloco de pedra”, principalmente porque “incrementando as atribuições atípicas, em casos de especial relevo, podem-se alcançar resultados muito mais efetivos para a clientela da instituição.”¹¹³

Além da amplitude que se observa no termo ‘necessitado’, cumpre consignar que a Defensoria Pública exerce algumas funções desvinculadas da análise da condição econômica do assistido.

4.4.3 Funções Típicas e Atípicas da Defensoria Pública

Pode-se vislumbrar dentro das atribuições conferidas em lei aos Defensores Públicos, algumas típicas da própria função institucional e outras atípicas.

As funções típicas são aquelas relacionadas com a atuação direta na prestação da assistência jurídica integral aos considerados economicamente hipossuficientes. Já as funções

¹¹² STJ. 1ª Turma. Resp n. 876812/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 11/11/2008. Pub. 01/12/2008. In: www.stj.gov.br. Acesso em: 24 mar. 2009.

¹¹³ SOUZA, José Augusto Garcia de. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 238/239.

atípicas “alcançam as hipóteses nas quais a atuação do Defensor Público dá-se independentemente da situação financeira da parte, por força de atribuição legal.”¹¹⁴

A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública atribui ao Defensor Público Estadual a função precípua de orientação jurídica e defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais¹¹⁵.

Assim, pode-se afirmar que a função típica elementar do Defensor Público “é assegurar ao cidadão e aos grupos sociais em situação de vulnerabilidade (econômica, social, jurídica etc.) o mais amplo acesso a uma ordem jurídica justa, de forma integral e gratuita, em todos os graus e instâncias”.¹¹⁶

Já como função atípica, pode-se citar a atribuição de curador especial, devendo atuar nas hipóteses previstas em lei, *ex vi* dos artigos 9º, 218, §§ 2º e 3º, 302, parágrafo único, 1.042, 1.179 e 1.182, § 1º, todos do Código de Processo Civil.

Nestes casos e em outros previstos em lei, em observância às atribuições constantes da Lei Orgânica de cada Estado¹¹⁷, o Defensor deverá atuar na função de curador especial, defendendo os interesses do curatelado independentemente de sua condição financeira.

Da mesma forma, nos termos dos artigos 261 e 263 do Código de Processo Penal, competirá ao Defensor Público defender, no âmbito do processo criminal, o réu que, mesmo tendo plenas condições econômicas, recusa-se a constituir advogado.

Deve-se observar que o réu do processo criminal está sempre em uma posição de vulnerabilidade frente à acusação e, nestes casos, “não cabe ao Estado indagar se há ricos ou pobres, porque o que existe são acusados que, não dispendo de advogados, ainda que ricos sejam, não poderão ser condenados sem uma defesa efetiva”¹¹⁸, prevalecendo, no caso, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

¹¹⁴ ORDACGY, André da Silva. Primeiras Impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a Atuação da Defensoria Pública da União da Tutela Coletiva. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 96.

¹¹⁵ Artigo 108 da Lei Complementar nº 80, de 1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.

¹¹⁶ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2008, p. 106.

¹¹⁷ A Lei Complementar 80/94, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 132/09, estabelece em seu artigo 4º, inciso XVI, como uma das funções da instituição, a de atuar como curador especial, nos casos previstos em lei. A Lei Complementar nº 62/2003, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, estabelece em seu artigo 5º, dentre outras atribuições da instituição, a atuação como curador especial nos casos previstos em lei. O mesmo pode ser observado na Lei Complementar nº 988/2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, artigo 5º, inciso VIII.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4820>>. Acesso em: 14 out. 2009.

Cite-se ainda a atuação da Defensoria na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência (art. 4º, inciso XVIII, LC 80/94, com a redação dada pela LC nº 132/09).

Além das funções atípicas elencadas no artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, que apresenta rol meramente exemplificativo, pode-se citar várias outras que, a bem do interesse social, a Defensoria Pública deverá atuar, independentemente da condição econômica do assistido.

Dentre estas se podem destacar lides que versem sobre direitos dos consumidores, usuários de serviços públicos, usuários de planos de saúde, crianças e adolescentes, interesses de pessoas portadoras de deficiência e demandas envolvendo entidades beneficentes. De fato, referidas pessoas podem ser consideradas como necessitados do ponto de vista organizacional.

Outra função atípica da instituição, de fundamental relevo, é a prevenção de eventuais litígios. Principalmente porque comprometido com a função social, o Defensor Público, antes de ajuizar qualquer ação, deve chamar os envolvidos no litígio para tentar buscar uma conciliação. A função de prevenir litígios ganha maior amplitude e importância no campo da tutela coletiva, já que possibilita a prevenção de eventuais lesões a direitos individuais em larga escala.

No âmbito dos Juizados Especiais, o citado § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.099, legitima a atuação do Defensor Público independentemente da capacidade financeira da parte, na hipótese de uma das partes comparecer acompanhada de advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual.¹¹⁹

Pode-se imaginar o caso de pessoa abastada dirigir-se ao Juizado Especial e ajuizar demanda de valor irrisório. A parte ré apresenta-se em audiência com procurador que contesta o pedido alegando defesas processuais. O autor, no caso, pode ter interesse em contratar advogado, mas tal pretensão mostra-se inviável ante o valor pretendido do bem jurídico. Nestes casos, cabe a Defensoria Pública atuar em favor do autor, sob pena de restar comprometido o amplo acesso à devida prestação jurisdicional.¹²⁰

Ressalte-se que os Defensores vêm normalmente exercendo referidas funções atípicas, desvinculadas da análise da condição financeira do assistido, sem que fosse

¹¹⁹ Artigo 9º, § 1º da Lei nº 9.099, de 1995: “sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”.

¹²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um Possível Primeiro Pequeno Passo em Direção a uma Grande Reforma, extraído do livro *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 48.

questionada a constitucionalidade dos citados dispositivos legais em face dos artigos 134 *caput* e artigo 5º, LXXIV, ambos da Constituição da República.

De fato, não representam qualquer ofensa à ordem constitucional, já que nas hipóteses citadas, dentre elas o réu, no processo criminal e o curatelado, no processo civil, são considerados ‘necessitados jurídicos’.

Destaque-se que o artigo 134 da Constituição da República representa, para a Defensoria Pública, “apenas o mínimo constitucional, sem prejuízo da extensão – solidarista – dos seus serviços ‘ao patrocínio de outras atividades processuais [vale acrescentar: ou extraprocessual] em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal”¹²¹.

Assim, é certo afirmar que a Constituição da República impõe que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados – decorrendo daí a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública – não significando o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre o interesse social que justifique este subsídio estatal.

A Constituição da República abaliza o raio de atuação da Defensoria Pública, incumbindo à instituição a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados. Lado outro não veda que o âmbito de atuação da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo óbvio que o fato de se tratar de direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade.

Pode-se mesmo afirmar, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na ADI-MC 558, que:

[...] o caráter altruístico da destinação institucional da Defensoria Pública confere razoabilidade plena à outorga pelo Estado do patrocínio judicial gratuito das ações que sirvam à sua persecução, independentemente da indagação *in concreto* da sua capacidade financeira para arcar com os ônus da defesa privada.¹²²

Denota-se, pelo exposto, que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a ampliação das funções institucionais atípicas da Defensoria Pública desde que presente o interesse social no objeto da demanda.

Nesta linha de raciocínio e em consonância com o que já foi exposto, Adriana Brito ressalta que os princípios do acesso à justiça e o da inafastabilidade do controle jurisdicional mais do que justificam a atuação da instituição ainda que não sejam economicamente necessitadas, mas dotadas de outras carências, *in verbis*:

¹²¹ SOUZA, José Augusto Garcia de. *Op. cit.*, p. 233.

¹²² Trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na ADI-MC 558, que impugnava vários dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Ora, se o princípio da ampla defesa fundamenta a atuação da Defensoria Pública em favor do réu no processo penal, quando não tiver advogado, e se o princípio do contraditório explica a nomeação de Curador Especial (Defensoria Pública) ao réu citado por edital ou hora certa, no processo civil, independentemente da situação financeira dos réus, como não admitir que os princípios de acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional, dentre outros, não sejam capazes de justificar uma atuação da Instituição que possa atingir pessoas que não sejam economicamente necessitadas, mas dotadas de outras carências também relevantes e protegidas pelo ordenamento jurídico?¹²³

Destarte, demonstrado que dentro das funções atípicas desenvolvidas pela Defensoria Pública, a instituição vem atuando em prol dos ‘juridicamente necessitados’, independentemente da situação financeira do assistido, mais fácil fica concluir que, atuando na defesa de interesses difusos ou coletivos, a instituição não estaria desvirtuando sua função constitucional em razão da decisão poder vir a beneficiar pessoas com condições financeiras privilegiadas.

4.5 LIMITES DA ATUAÇÃO: ANÁLISE DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA NA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública tem como função precípua garantir o acesso à devida prestação jurisdicional, realizando-se, por seu intermédio, a isonomia democrática.

É de fundamental importância ter-se em mente que a Defensoria Pública tem como função típica e foco principal o atendimento ao carente de recursos financeiros.

Assim, a atuação jurisdicional da instituição deve se voltar sempre para o interesse dos necessitados, tendo como norte fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana, quer no aspecto pessoal, social ou político.

Dentro do âmbito do processo coletivo o enfoque da instituição não pode ser diverso. A Defensoria Pública deve orientar sua atuação visando primordialmente a defesa dos interesses das pessoas carentes de recursos financeiros.

Em face deste aspecto, há quem sustente que a Defensoria Pública apenas teria legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos e isto porque, neste caso, os beneficiários seriam determinados ou determináveis, podendo-se analisar se carentes de recursos financeiros ou não.

¹²³ A Evolução da Defensoria Pública em Direção à Tutela Coletiva. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei 11.448 de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23.

Como se observa, referido entendimento atrela a atuação da instituição à análise prévia da condição financeira do assistido no âmbito da ação coletiva que verse sobre interesse individual homogêneo.

Em razão dos princípios constitucionais que embasam a atuação da Defensoria Pública, não há sentido lógico ou mesmo operacional em limitar a atuação da instituição apenas à tutela dos interesses individuais homogêneos, mantendo-se aqui o entendimento da constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, sem qualquer distinção.

A análise da legitimidade da Defensoria Pública não pode ser atrelada ao alcance da decisão. Não se pode conceber a idéia de que se a decisão vier beneficiar pessoas que não sejam ‘necessitadas’, e aqui o termo é usado como sinônimo de carente de recursos financeiros, a instituição então não estaria legitimada a atuar.

A limitação inviabilizaria por completo a atuação da instituição na seara dos direitos coletivos, porque, na prática, não é possível, razoável ou lógico permitir que a decisão obtida em ação que verse sobre interesse individual homogêneo beneficie apenas alguns, excluindo-se outros que tenham interesses idênticos, com base na mesma origem comum, apenas em razão do fato destes últimos terem condições financeiras favoráveis. Referida limitação não satisfaz sequer padrões de isonomia social ligados a igualdade formal.¹²⁴

Uma das características do processo coletivo é justamente a vastidão de seus beneficiários, não sendo possível delimitar o âmbito subjetivo da demanda.

O absurdo da idéia de se delimitar a legitimidade ativa da instituição em razão do alcance da decisão pode ser facilmente vislumbrado no exemplo citado por José Augusto Garcia de Souza, em que toma como paradigma uma associação de defesa do consumidor que busca a revisão de contrato-padrão oferecido por entidade financeira. Referido autor assevera que:

[...] naturalmente, a revisão almejada pode favorecer também quem não seja consumidor (de acordo com a Lei 8.078/90), como é o caso de grandes empresas que contratam financiamentos direcionados a sua atividade principal. Numa hipótese assim, faltaria à associação de defesa do consumidor legitimidade para a ação coletiva? Evidentemente que não, sob pena de suceder um primor de iniquidade: os consumidores deixariam de ser beneficiados pela demanda coletiva porque esta poderia beneficiar também não-consumidores.¹²⁵

¹²⁴ Conforme decisão proferida pelo magistrado João Ricardo dos Santos Costa, na Ação Coletiva nº 001/1.07.0104162-9, 16ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, na data de 16/10/07.

¹²⁵ A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 243.

O fato de algum cidadão não necessitado vier a ser beneficiado pela decisão não representa prejuízo à sociedade, principalmente porque a questão litigiosa em si já terá sido pacificada.

Também deve ser lembrado que a circunstância de a decisão beneficiar pessoas não carentes não está desassociada das funções atípicas há muito desenvolvidas pela instituição, sem que sobre isso pairasse qualquer dúvida acerca da constitucionalidade, tais como proceder a defesa do réu no processo criminal e a de curador especial, independentemente da análise da condição financeira do assistido.

Ainda como argumento, deve ser ressaltado o reconhecimento da amplitude do termo necessitado, abrangendo também outras carências, como por exemplo, a carência organizacional.

Contudo, existem respeitadores doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho, que, ao entender que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas deve compatibilizar-se com os preceitos constitucionais que regem a instituição, no sentido de a atuação se restringir apenas às pessoas carentes de recursos financeiros, concluem que a atuação da instituição não poderia alcançar a tutela dos interesses difusos. Justifica tal posicionamento argumentando que, neste caso, “seria impossível concretizar como necessitado o agrupamento de pessoas que titularizam tais interesses, e isto porque é episódica e casual a relação fático-jurídica existente entre os integrantes do grupo”¹²⁶, devendo o artigo 5º, inciso II, da Lei nº 7.347, de 1985, ser objeto de interpretação conforme a Constituição.

Como exposto, é certo que o foco da atuação da instituição deverá ser o carente de recursos financeiros, mas isso não impede ou inviabiliza que o resultado da ação beneficie pessoas com favoráveis condições financeiras, não havendo, por conseguinte, fundamento legal em limitar-se a atuação da Defensoria Pública apenas para a tutela dos interesses individuais homogêneos ou, ainda, excluir da atuação da instituição, a tutela dos interesses difusos.

Agora, caso seja necessário proceder a execução individual do direito reconhecido na ação coletiva, o cidadão com condição financeira abastada deverá, mediante recursos próprios, ajuizar referida execução.

José Augusto Garcia de Souza sugere a seguinte regra “a Defensoria estará legitimada sempre que uma ação coletiva puder beneficiar carentes, mesmo que façam parte

¹²⁶ *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 157.

de um grupo composto majoritariamente por não-carentes”, acrescentando que a apuração do número mínimo de carentes não comporta redução aritmética.¹²⁷

A Lei da Ação Civil Pública quando trata da legitimidade ativa, vincula à análise da pertinência temática apenas em relação às associações, nada exigindo quanto aos demais legitimados, conforme disposição do artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347, de 1985, repetida no artigo 6º, inciso VII, do Projeto de Lei nº 5.139/09.¹²⁸

Da mesma forma que a atual Lei da Ação Civil Pública, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, em redação mantida pelo Substitutivo, elenca no artigo 6º os legitimados a ajuizar ação coletiva, atribuindo à Defensoria Pública a legitimidade ativa sem qualquer ressalva (art. 6º, II).^{129 130}

Nada obstante, é observada uma clara tendência na doutrina e mesmo nas decisões emanadas dos Tribunais superiores em se exigir a harmonização entre a finalidade do ente legitimado e o objeto a ser tutelado, como já exposto.

A pertinência temática, que é a correlação entre as finalidades institucionais da entidade autora e o pedido formulado, deve ser analisada quando da atuação da Defensoria Pública no ajuizamento de ações coletivas, no sentido de se buscar uma identidade entre a temática, objeto da ação, e os fins institucionais que norteiam a instituição.

A finalidade institucional da Defensoria Pública, diretamente relacionada às ações coletivas, é elencada precipuamente no artigo 4º, incisos VII, VIII, X e XI da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94, com a redação dada pela LC nº 132/09).

O artigo 4º, inciso VII de referida Lei Complementar estabelece como função institucional da Defensoria Pública, dentre outras, a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 243.

¹²⁸ Em emenda ao Substitutivo do Projeto de Lei nº 5.139/09, apresentadas pelos Deputados Bonifácio de Andrada e José Carlos Aleluia, foi sugerida, em relação às associações, que além do tempo de funcionamento e da pertinência temática, fosse também analisada a representatividade adequada do ente, observando sua credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e a conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

¹²⁹ As emendas nºs 89 e 90 apresentadas pelos Deputados José Genoíno e Vieira da Cunha, sugeriram acrescentar um parágrafo ao art. 6º, vinculando a legitimidade ativa da Defensoria Pública às hipóteses em que o resultado da demanda pudesse beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. O Relator Deputado Antônio Carlos Biscaia, em parecer exarado aos 15 de outubro de 2009, votou pela rejeição das emendas, sob o fundamento de que a atuação da Defensoria Pública no tocante à tutela coletiva de direitos restou definitivamente delineada com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 132/09, que alterou a Lei Complementar nº 80/94.

¹³⁰ No anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos quando tratava da legitimidade da Defensoria Pública havia ressalva expressa de que a legitimidade da instituição estaria vinculada ao fato de serem necessitados do ponto de vista organizacional a coletividade ou membros do grupo, categoria ou classe, quando da defesa dos direitos difusos e coletivos, bem como da hipossuficiência, pelo menos em parte, dos membros do grupo, categoria ou classe, quando da defesa dos interesses individuais homogêneos (art. 20, IV).

homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Tal dispositivo demonstra a preocupação do legislador em não desvirtuar, por meio da ação coletiva, a função precípua da instituição. A ação coletiva deve, portanto, beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, não importando se a decisão venha beneficiar pessoas com favoráveis condições financeiras.

O inciso VIII do artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/09, trata da proteção dos direitos do consumidor, sendo estabelecido que na promoção deste direito a Defensoria Pública pode ajuizar qualquer tipo de ação coletiva, “na forma do art. 5º da Constituição Federal”, vinculando mais uma vez a atuação da instituição aos interesses precípuos dos necessitados.

Ganha destaque no texto legal a proteção ampla dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, “sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 4º, inciso X, LC nº 80/94).

Pode-se ainda citar o inciso XI do artigo 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, que estabelece ser função institucional da Defensoria Pública exercer a:

[...] defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam a proteção especial do estado.

Como se extrai da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, o norte primordial da instituição deve ser a tutela do interesse de pessoas carentes de recursos financeiros e ante a relevância e finalidade de suas atribuições conferidas constitucionalmente, é coerente compreender que o ajuizamento das ações coletivas por parte da instituição deve ser atrelado à relevância social do objeto da ação.

Interesse social, ou relevância social, pode ser definido como o interesse concernente à maioria da sociedade civil, que reflete o que esta sociedade entende por bem comum.

São interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico,

[...] é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde. Relacionam-se assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento.¹³¹

¹³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 228.

Os interesses sociais constituem categoria jurídica de conteúdo aberto e, para fins de identificação no plano teórico, é importante divisar que não constituem interesses sociais os pertencentes a particulares e a Administração Pública, podendo-se identificar como interesses sociais aqueles cuja tutela é importante e indispensável para a sociedade como um todo.

Assim, para legitimar a atuação da Defensoria Pública no âmbito da tutela coletiva faz-se necessário observar a presença da *relevância social* do objeto jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva, tendo como foco salvaguardar interesses dos necessitados – ainda que a decisão venha atingir pessoas não necessitadas no aspecto econômico.

A conclusão de que a averiguação da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas deve estar diretamente relacionada a relevância social do objeto da ação encontra guarida nos princípios orientadores da atuação da própria instituição e está em consonância com o que já vem sendo exigido, na prática, para os outros legitimados.

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina asseveram que o ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública deve-se amoldar ao disposto nos artigos 134 e 5º da Constituição da República, aduzindo que a interpretação extensiva da legitimidade “poderia ensejar o desvirtuamento da Defensoria Pública, permitindo que esta se desviasse de sua missão constitucional, movendo ações para a tutela de direitos supra-individuais que não digam respeito aos necessitados.”¹³²

Como exemplo do desvirtuamento da função da instituição pode ser citada a ação ajuizada pela Defensoria visando a suspensão de aumento de alíquota de imposto de importação de veículos automotores importados.¹³³

Importante aqui fazer um paralelo da legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de interesses coletivos *lato sensu* com a legitimidade do Ministério Público em ajuizar ações que versem sobre interesses individuais homogêneos.

A Constituição da República, no artigo 129, inciso III, atribui ao Ministério Público, como função institucional, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Observe-se que a carta constitucional não prevê expressamente a legitimação do órgão ministerial para a defesa dos interesses individuais homogêneos – atribuição esta

¹³² *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 312/313.

¹³³ TRF – 1ª Reg., 4ª T., ApCív 9501349560/DF, rel. Des. Ítalo Mendes, j. 14.09.2000, DJ 26.01.2001, p. 16.

prevista na Lei Complementar nº 75/93 e em leis federais. No âmbito constitucional é instituída apenas a prerrogativa do *parquet* de tutelar “outros interesses difusos e coletivos”.

Lado outro, a mesma Constituição da República atribui ao Ministério Público o dever-poder para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CR).

Em uma interpretação sistemática e conforme a constituição denota-se que, como cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é certo concluir que se o direito tutelado na ação que verse sobre interesses individuais homogêneos revestir-se de interesse social ou for indisponível, terá o Ministério Público legitimidade para o ajuizamento de referida ação.

Nesta linha de raciocínio, sustentamos em outro trabalho a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que versem sobre interesses individuais homogêneos, desde que esteja presente o interesse social no objeto da ação, não obstante a ausência de previsão expressa constitucional neste sentido, justamente em razão da legitimidade guardar consonância com as funções exercidas pela instituição.¹³⁴

Desta forma, observa-se que a análise da legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações que versem sobre interesses individuais homogêneos parte de princípio semelhante, sendo necessária a constatação da presença do interesse social relacionada ao objeto da ação, conforme reiteradamente vem decidindo nossos Tribunais.¹³⁵

No caso da Defensoria Pública a leitura deve ser semelhante, guardadas as devidas proporções em razão da distinção de funções e ressaltando-se o aspecto de que, na análise da legitimidade da Defensoria Pública, o objeto da ação deve ser voltado precipuamente para o atendimento do necessitado.

Impende ressaltar que na redação do artigo 3º, inciso V, do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, mantida pelo Substitutivo, é estabelecido como princípio da ação coletiva a motivação específica de todas as decisões judiciais, como já exigido constitucionalmente (art. 93, IX), notadamente quanto aos conceitos indeterminados, o que confere maior segurança jurídica quando da análise da presença do interesse social.

¹³⁴ CASTELO BRANCO, Letícia Rezende. *Legitimidade Ativa do Ministério Público nas Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos*. *Revista Jurídica*, n. 359, setembro de 2007, editora Notadez, p. 75 a 90.

¹³⁵ RE 424048 AgR - SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.11.2005; AI 438703 AgR - MG, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05.05.2006; REsp 749988, rel. Min. LUIZ FUX, j. em 08.08.2006, DJ 18.09.2006, p. 275; REsp 684712 - DF, rel. Min. José Delgado, j. em 23.11.2006, DJ 23.11.2006, p. 218; REsp.141.491 - SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 01.08.2000.

Note-se que dificilmente a presença do interesse social ou da relevância social do objeto da ação estará desassociada do interesse de pessoas carentes. Não é fácil encontrar um exemplo em que seja patente o interesse social, identificado no objeto da ação, mas seja este objeto desassociado dos interesses de pessoas carentes de recursos financeiros - principalmente ante a realidade social deste país, em que reina um abismo sufocante entre as garantias constitucionalmente previstas e a realidade de milhares de pessoas carentes.

Dentro deste raciocínio, o acesso da Defensoria à via coletiva só poderá ser negado quando for manifesta a incompatibilidade do objeto da ação que se pretende tutelar com suas finalidades institucionais.

Para tanto, não se faz necessária qualquer ressalva no texto legal, bastando-se proceder a uma interpretação conforme a constituição em consonância com a finalidade institucional da Defensoria Pública, elencada no artigo 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, de forma semelhante com o que é observado quando da análise da legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ação que verse sobre interesse individual homogêneo.

Lado outro, não há que se falar em comprovação da insuficiência de recursos dos beneficiários da decisão quando do ajuizamento da ação coletiva, já que este requisito resultará naturalmente do objeto da demanda.

De qualquer modo, deve ser destacado que, em princípio, compete à Defensoria Pública a defesa de todo e qualquer direito dos necessitados, incluindo todos os de terceira dimensão, não havendo limitações neste sentido.

Destarte, para análise da legitimidade ativa da Defensoria Pública, no caso concreto, deve ser observado se o objeto da ação coletiva apresenta relevância social, associada precipuamente à finalidade da instituição, que é justamente o atendimento ao carente de recursos financeiros.

4.6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.943 12

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade tendo como objeto o inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 1985, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, sob o argumento de ser inconstitucional a legitimação ampla conferida à Defensoria Pública para

ajuizar ação coletiva. Alega que referida lei viola as disposições contidas nos artigos 5º, inciso LXXIV e no artigo 134, *caput*, da Constituição da República.

A CONAMP fundamenta a ação direta de inconstitucionalidade no fato de que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública afeta a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer, de forma plena, as atividades que lhes são inerentes. Argumenta ainda que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovarem carência financeira, não tendo como averiguar referido requisito constitucional no âmbito da demanda coletiva.

Referida Associação postula, assim, a declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85, na redação da Lei n. 11.448/07, ou, alternativamente, sua interpretação conforme a Constituição, sem redução do texto, para que seja excluída da referida legitimação a tutela dos interesses ou direitos difusos, uma vez que, neste caso, os titulares são pessoas indeterminadas, sendo impossível a individualização e identificação, o que impossibilita a aferição de sua carência financeira.

A respeito do trâmite de referida ação, que ainda pende de julgamento, importante mencionar que ingressaram na ação, na qualidade de *amicus curiae*, a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, a Associação Nacional dos Defensores Públicos da União – ANDPU, o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP e a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, o que demonstra a relevância do assunto em pauta.

Ao prestar informações, o Congresso Nacional defendeu a legitimação irrestrita da Defensoria Pública, sem vinculação à pertinência temática, asseverando que a adequada exegese do artigo 134 da Constituição da República deve ser pautada pela assistência incondicional aos necessitados, ainda que, de forma indireta e eventual, essa atuação promova a defesa de direitos de indivíduos bem estabelecidos.

A constitucionalidade do dispositivo guerreado também foi defendida pela Advocacia do Senado Federal e Advocacia Geral da União.

Denota-se pelos argumentos expendidos na inicial da ação interposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP que esta pretende, precipuamente, evitar a concorrência da Defensoria Pública. Tal argumento não se sustenta, principalmente porque no manejo de tão importante instrumento de acesso à justiça e de exercício da cidadania não há que se falar em ‘reserva de mercado’.¹³⁶

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=4820>>. Acesso em: 14 out. 2009.

De fato, uma instituição que tenha relevantes funções atribuídas pela Constituição da República como o Ministério Público, em seu papel precípua de promover a justiça, deveria celebrar a inclusão formal da Defensoria Pública no rol dos legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, e jamais entender a inclusão como concorrência ou perda de espaço, até mesmo porque a ampliação da legitimação representa poderoso instrumento de acesso à devida prestação jurisdicional.

A Constituição da República não atribui exclusividade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública, ressalvando expressamente no parágrafo primeiro do artigo 129 que a legitimação do Ministério Público é concorrente, não impedindo a de terceiros.

A respeito, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que:

A opção pelo critério da legitimação concorrente – disjuntiva, a par de consultar a diretriz da democracia participativa – vem ainda justificada pelo propósito de preservação de uma desejável proporcionalidade entre a vasta extensão do objetivo das ações de finalidade coletiva e a relação dos credenciados a portá-las em juízo, pela boa razão de que não se justificaria a concentração do poder de agir em mãos de um só legitimado ativo, numa sorte de cartelização processual de um interesse que a todos concerne.¹³⁷

Ademais, o Ministério Público, ante suas inúmeras e relevantes funções institucionais, não possui estrutura ou mão de obra suficientes para o ajuizamento de todas as ações coletivas que a realidade mostrar necessárias.¹³⁸

Alexandre Freitas Câmara vai além ao sugerir que o Ministério Público atue menos como demandante na seara cível, exercendo seu papel principal, de defensor imparcial da atuação da vontade concreta do direito objetivo, atuando precipuamente na função de *custos*

¹³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 138/189.

¹³⁸ A respeito da sobrecarga do Ministério Público, foram editadas pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo duas súmulas, números 28 e 29, em que é reconhecida pela própria instituição a falta de estrutura para abraçar toda a demanda relacionada aos direitos coletivos, *in verbis*: Súmula 28 – Fundamento: "É conhecida a sobrecarga do Ministério Público na área dos interesses difusos, conceito no qual se insere o da probidade administrativa. O ideal seria que nossa estrutura permitisse a apuração de todo e qualquer ato de improbidade administrativa, ainda que cometido por funcionário sem qualquer poder decisório. Contudo, não mais é dado desconhecer que no momento atual a realidade demonstra que isto não possível. Urgente a racionalização do serviço, sendo imperioso que sejam traçados os caminhos prioritários na área. A proposta tem esta finalidade, buscando-se maior eficácia na atividade ministerial." Súmula 29 – Fundamento: "O Ministério Público, de um tempo a esta parte, vem sendo o destinatário de inúmeros autos de infração lavrados pelos órgãos ambientais compostos, em grande parte, por danos ambientais de pequena monta. Isto vem gerando grande sobrecarga de trabalho, inviabilizando que os promotores de Justiça se dediquem a perseguir maiores infratores. Mostra-se inevitável a racionalização do serviço. A proposta ora apresentada tem esta finalidade. O desejável seria que nossa estrutura permitisse a apuração de todo e qualquer dano ambiental. Todavia, a realidade demonstra não ser isto possível no momento."

legis. Desta forma, “poderia se preocupar com processos mais importantes do que muitos dos que esgotam as energias de muitos de seus membros hoje.”¹³⁹

Mauro Cappelletti questiona a própria idoneidade do Ministério Público para promover a defesa judicial dos interesses meta individuais, sustentando que:

O Ministério Público está sempre muito ligado ao Executivo, por ser institucionalmente capaz de erigir-se defensor dos interesses, constitucionais ou de outra natureza, que muitas vezes precisam de proteção contra abusos perpetrados pelos próprios órgãos políticos e administrativos.¹⁴⁰

Não se pretende aqui questionar a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, contudo, não se pode deixar de mencionar os argumentos de doutrinadores que sustentam que a não consolidada independência do órgão pode, em casos pontuais, obstar sua atuação efetiva em confronto com a administração.

As funções exercidas pela Defensoria Pública e Ministério Público são de grande relevo, ambas fundamentais para a estrutura do regime democrático, mas distintas. A Defensoria tem por função institucional promover o efetivo acesso à justiça do jurisdicionado carente possibilitando-lhe a devida prestação jurisdicional. Ao Ministério Público, a seu turno, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição da República.

O fato de existirem hipóteses em que haja coincidência dos interesses defendidos pelas instituições por meio da ação coletiva, o que poderá até mesmo ensejar a atuação como litisconsorte, não esvazia a atuação de nenhuma das instituições. Ainda, deve ser observado que, por vezes, a legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ação que verse sobre interesse individual homogêneo é afastada pelos Tribunais.¹⁴¹

¹³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um Possível Primeiro Pequeno Passo em Direção a uma Grande Reforma, extraído do livro *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 49/50.

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais. Vol. 5, p. 128.

¹⁴¹ No julgamento do Recurso Extraordinário nº 195056, o Supremo Tribunal Federal afastou a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para o fim de impugnar cobrança e pleitear a restituição de imposto pago indevidamente, vejamos: EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que,

Portanto, o argumento de que a legitimidade ativa da Defensoria Pública no âmbito das ações coletivas concorreria com a função exercida pelo Ministério Público é anacrônico e contrário à democracia participativa.

De qualquer forma, registre-se que a presença do Ministério Público nas ações coletivas estará garantida, já que deverá atuar como *custos legis*, quando não figurar como co-legitimado.

O segundo argumento da ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, a impossibilidade de averiguação, no âmbito da tutela coletiva, do requisito constitucional do atendimento limitado aos necessitados, como já exposto, não se sustenta. E isso porque a análise no caso concreto do interesse social da demanda relacionado à tutela precípua dos direitos dos necessitados, como sugerido, compatibiliza-se com o disposto nos artigos 134 e 5º, inciso LXXIV, sem que se comprometa a legitimação da instituição, destacando-se que, dentro da hermenêutica constitucional, deve prevalecer os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição.

Destarte, como a ação direta de inconstitucionalidade ainda pende de julgamento, aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal afaste a pretensão deduzida na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943, conforme argumentos expendidos e em consonância as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, que vinha reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas mesmo antes do advento da Lei nº 11.448/07.

tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido. (RE 195056 / PR – Paraná. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09/12/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

CONCLUSÃO

O estabelecimento de uma verdadeira democracia está diretamente relacionado ao fortalecimento das instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Dentre as instituições existentes no universo jurídico, a Defensoria Pública ganha papel de relevo quando o assunto é a concretização do acesso à devida prestação jurisdicional, já que concebida com a função primordial de proporcionar este acesso, viabilizando a isonomia democrática.

A massificação das relações sociais exigiu a elaboração de mecanismos processuais que atendessem à crescente demanda por uma prestação jurisdicional capaz de oferecer meio célere e eficaz de proteção, como as ações coletivas *lato sensu*.

O advento da Lei nº 11.448, de 2007, que incluiu formalmente a Defensoria Pública no rol dos legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, merece ser festejado, já que fortalece os anseios de acesso à justiça, positivando uma realidade que já vinha sendo reconhecida pelos Tribunais.

Seria um contra-senso entender inconstitucional a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento das ações coletivas *lato sensu*, como defendem alguns com arrimo no argumento de que a decisão viria beneficiar coletividade economicamente heterogênea, contrariando o disposto no artigo 134 da Constituição da República.

Uma norma jurídica apenas alcança sua finalidade social quando interpretada em consonância com os princípios estabelecidos pela Constituição da República e demais disposições que regem a matéria.

A respeito, a teoria dos poderes implícitos, evidenciada pela hermenêutica constitucional, preceitua que a partir do momento em que a Constituição da República outorga a Defensoria Pública a incumbência de orientação jurídica e defesa, em todos os graus dos necessitados, automaticamente lhe transfere todos os meios para a efetiva execução deste mister.

A instituição deve, por conseguinte, se valer de todos os instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para viabilização do efetivo acesso à devida prestação jurisdicional, não se podendo olvidar das ações coletivas.

O artigo 134 da Constituição da República estabelece a incumbência mínima necessária da instituição, não vedando outras, tanto é que, ao longo dos anos, a Defensoria

Pública vem desenvolvendo funções atípicas, desvinculadas da condição financeira do assistido.

De outro lado, a realidade social evidencia que o termo ‘necessitado’ utilizado no dispositivo constitucional, comporta outras acepções, abarcando a necessidade do ponto de vista organizacional, incluindo aí os socialmente vulneráveis.

O respeito aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa não possibilita outro entendimento a não ser o de que o dispositivo que reconheceu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas *lato sensu*, incluindo aí a defesa dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, está em plena consonância com o espírito da Constituição da República.

Ainda em respeito aos princípios constitucionais e sem que se comprometa a legitimação da instituição, no caso concreto, deve ser observado pelo magistrado se o objeto da ação coletiva apresenta relevância social, associada precipuamente à finalidade da instituição, traduzida no atendimento ao carente de recursos financeiros.

Para concretização do escopo social do direito e construção de uma verdadeira democracia, os operadores do direito devem hoje semear o bom senso para que mais tarde possam colher os frutos de um país mais solidário, em que a dignidade da pessoa humana seja efetivamente respeitada em todos seus aspectos.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Juventino de Castro. As novas formas do Estado e do Direito em Tempos de Pós-Modernidade – Uma visão sócio-jurídica do poder. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Vol. 81, ano 7, set/2006, p. 11-19.

_____ e CUNHA, Antônia Ap. Mendes de Salles. Os princípios Constitucionais, as lacunas do Direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos. *In Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*. nº 79. São Paulo: Thomson, set/out 2006, p. 117 - 145.

ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona, España: Gedisa editorial, 1994.

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

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neo Constitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n.58, Diretor Celso Bastos. Coordenadora Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar/2007.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição. *In Constituição Federal 15 anos Mutação e Evolução*. coordenador André Ramos Tavares e Outros. São Paulo: Método, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade. Para uma teoria geral da Política*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. *O Futuro da Democracia*. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. *In A Constituição no Mundo Globalizado*. Org. Sílvio Dobrowolski, Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 131 a 155.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRITO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em Direção à Tutela Coletiva. *In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

BUZAID Alfredo. *Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um Possível Primeiro Pequeno Passo em Direção a uma Grande Reforma. *In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernando. As lacunas no direito constitucional. *Revista de informação legislativa*. nº 90, abril/junho, Brasília, 1986, p. 94/95.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº. 50, 2006.

CAMPOS, Roberto. *O Século Esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo reflexivo. *In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, 1996.

_____. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 5.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTELO BRANCO, Letícia Rezende. *Os Princípios e o Neo-Constitucionalismo*. Revista Jurídica Unijus. Vol. 12, n. 16. Uniube –Uberaba, maio/2009.

_____. Legitimidade Ativa do Ministério Público nas Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos. *Revista Jurídica*, n. 359. Editora Notadez, setembro/2007.

CASTRO, André Luís Machado e BERNARDES, Márcia Nina. Construindo uma Nova Defensoria Pública. In *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Constituição como Garantia da Democracia: O Papel dos Princípios Constitucionais. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Org. Paulo Bonavides, n. 4, jul./dez., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 485/499.

FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

FIGUEREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um Instrumento Efetivo de Cidadania. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, coordenador Paulo Bonavides, jan-jun/2003, Belo Horizonte: Del Rey, p. 571-711.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil – Direito Fundamental*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ e FAVRETO Rogério. A Nova Lei da Ação Civil Pública e do Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras – Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Revista Magister de Direito Empresarial*. Nº 27. Porto Alegre: Ed. Magister, Jun-Jul/2009.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ e Outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *As garantias dos cidadãos na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Ação Civil Pública*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *In Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras Impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a Atuação da Defensoria Pública da União da Tutela Coletiva. *In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do Constitucionalismo Moderno sob os influxos da Globalização. *In A Constituição no Mundo Globalizado*. Coordenador Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

PRADO, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no Ocidente: Modernidade, Pós-Modernidade e Novos Conceitos. *In A Constituição no Mundo Globalizado*. Coordenador Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

ROCHA, Alexandre Almeida Rocha. A tópica e a hermenêutica constitucional: subsídios para a construção de uma teoria da argumentação jurídica. *In A Constituição no Mundo Globalizado*. Coordenador Sílvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 19/46.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – O Problema da Legitimidade para Agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 15 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, José Augusto Garcia. A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas. *In A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

STRECK Luiz Streck. Da interpretação de textos à concretização de Direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o Estado Democrático de Direito. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Coordenador Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica e Concretização da Constituição. As Possibilidades Transformadoras do Direito. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Coordenador Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun/2003, p. 682-712.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. WAMBIER, Thereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol. 88.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Octava edición. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.