WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

FACULDADE BOA VIAGEM
GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA DEFENSORIA PÚBLICA COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA

RODRIGO SILVEIRA CHUNG
MATRÍCULA: 200716294

RECIFE-PE
JUNHO, 2010

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

RODRIGO SILVEIRA CHUNG

A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA DEFENSORIA PÚBLICA COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Sergio Torres Teixeira e do Professor Ricardo Russell Brandão Cavalcanti, Esp. e Mestrando.

Recife-PE
2010

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

Ficha Catalográfica.

Chung, Rodrigo Silveira. A propositura da Ação Civil Pública pela Defensoria Pública como forma de garantir o Acesso à Justiça. Recife: Monografia Final do Curso de Direito, 2010.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

A Faculdade Boa Viagem não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor desta monografia jurídica.

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

Faculdade Boa Viagem – FBV

Curdo de Direito

Ata de Defesa Oral de Monografia Final de Curso

Data: 01/07/2010

Aluno(a): Rodrigo Silveira Chung

Matrícula: 200716294

Tema da Monografia: ***A Propositura da Ação Civil Pública pela Defensoria Pública como Forma de Garantir O Acesso à Justiça***

Avaliação:

1° Examinador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira **nota: 10,0**

2° Examinador: Prof. Msc. José André M. B. Pinto **nota: 10,0**

3° Examinador: Prof. Msc. Paulo Roberto Cerqueira **nota: 10,0**

4° Examinador: Prof. Ricardo Russell B. Cavalcanti **nota: 10,0**

Média Final: 10,0 **AP (X)** **RM ( )** **RF ( )**

Nome do(a) Aluno: _____

_____

1° Examinador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira

_____

2° Examinador: Prof. Msc. José André Machado

_____

3° Examinador: Prof. Msc. Paulo Roberto Cerqueira

_____

4° Examinador (Convidado): Prof. Ricardo Russell B. Cavalcanti

DEDICATÓRIA

À Faculdade Boa Viagem por proporcionar a grande honra e prazer em ser um dos concluintes da primeira turma de Direito desta Instituição de Ensino.

Aos meus irmãos Paulianne Silva Chung, Alejandro Ernani Silveira de Santana e Jeniffer Silveira Chung, por representarem muito mais do que imaginam.

Aos meus amigos Tiago Feitoza Vinícius Tenório e Wagner da Silva Bispo, pelo incentivo constante.

À minha namorada Amanda Cavalcanti Chaves Cordeiro, que apesar de poucos meses juntos, pelo imenso carinho, apoio, amor, confiança e compreensão na construção deste objetivo e de outros que estão por vir.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar possível a conclusão do curso de Direito.

Aos meus pais, por terem sido imprescindíveis colaboradores e responsáveis pela minha formação pessoal e por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao Professor Doutor Sergio Torres Teixeira pela orientação metodológica deste trabalho e pela orientação profissional durante a faculdade, referente às escolhas dos meus estágios extracurriculares.

Ao Professor Ms José André Machado Barbosa Pinto pelo apoio durante o desempenho das atividades acadêmicas enquanto fui Presidente do Diretório Acadêmico de Direito da FBV – UNEDI.

Ao Professor Esp. e Mestrando Ricardo Russell Brandão Cavalcanti pela gentileza de ter fornecido o material e pela forma como orientou o desenvolvimento desta monografia.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Defendei o pobre e o órfão; fazei justiça ao aflito e necessitado. Livrai o pobre e o necessitado; tirai-os das mãos dos ímpios. Eles nada sabem, nem entendem; andam em trevas; todos os fundamentos da terra vacilam. (Salmos, 82, 3-5)

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

RESUMO

O acesso à Justiça por meio da propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública tem por finalidade analisar as possibilidades constitucionais de concretização dos direitos fundamentais. Neste intento, estudou-se, inicialmente, sobre a dificuldade de se ter o acesso à Justiça, a partir da análise da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Continuamente, foi abordado sobre a Defensoria Pública, sua organização, princípios institucionais, atribuições, prerrogativas e autonomia. No terceiro capítulo, foi analisada a Ação Civil Pública, suas origens, objeto e legitimidade. No quarto e último capítulo, analisou-se, de modo objetivo, a constitucionalidade da legitimidade da propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública como forma de garantir o acesso à Justiça, visando tutelar os interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Ação Civil Pública. Legitimidade.

ABSTRACT

The access to justice through propositionof public civil action by public defense attorneys has as an objective to analyze the constitucional possibilities of accomplishing fundamental rights. With this in mind, was studied about the difficulty of finding access to justice through the analysis of the book by Mauro Cappelletti and Bryant Garth. Public defenders, their organization, institutional principles, prerogatives and autonomy were themes constantly approached. The public civil action, its origins, object and legitimacy were analyzed in chapter three. In the fourth and last chapter, the constitutionality of the legitimacy of proposition of civil public action by public defense attorneys was objectively analyzed as a way to guarantee access to justice aiming at protecting difuse, collective in the strict sense and homogeneous individual interests and rights.

KEY WORDS: Access to justice. Public Defense. Public Civil Action. Legitimacy.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
ANDPU	Associação Nacional dos Defensores Públicos da União
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
MP	Medida provisória
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12
Capítulo 1 - DO ACESSO À JUSTIÇA 14
1. Considerações iniciais sobre Acesso à Justiça 14
1.1. As barreiras a serem transpostas ao efetivo acesso à justiça 15
1.2. Problemas especiais dos direitos difuso 18
1.3. As três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth 19
1.3.1. Assistência judiciária para os pobres 20
1.3.1.1. O sistema *Judicare* 21
1.3.1.2. O Advogado Remunerado pelos Cofres Públicos 21
1.3.1.3. Dos modelos combinados 22
1.3.2. Defesa dos interesses difusos 23
1.3.2.1. A ação governamental 24
1.3.2.2. A Técnica do Procurador-Geral Privado 24
1.3.2.3. A Técnica do Advogado Particular do Interesse Público. 25
1.3.3. A Terceira Onda: do acesso à representação em juízo a uma nova concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à Justiça. 26
Capítulo 2 - DEFENSORIA PÚBLICA 28
2. A missão institucional 28
2.1. Previsão Constitucional da Defensoria Pública 28
2.2. A Organização da Defensoria Pública 30
2.3. Funções institucionais da Defensoria Pública 34
2.4. Princípios institucionais 35
2.5. O papel do Defensor Público versus a figura do advogado. 36
2.6. Das Prerrogativas da Defensoria Pública 39
2.7. Atribuições do Defensor Público 42
Capítulo 3 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA 44
3. Uma breve leitura das raízes da Ação Civil Pública no Brasil 44
3.1. Criação da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 44
3.2. Leis sobre a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro 45
3.3. Objeto da Ação Civil Pública 46
3.4. Interesses difusos, coletivos (sentido estrito) e individuais homogêneos 47
3.5. Legitimidade ativa para propor ACP 50
Capítulo 4 - A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA DEFENSORIA PÚBLICA 53
4. Considerações iniciais 53
4.1. Evolução legislativa 53
4.2. ADI 3943: discussão quanto à inconstitucionalidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP 54
4.3. O conceito de hipossuficiente e necessitado à luz da constituição 56
4.4. Existe uma possível sobreposição das atribuições da Defensoria Pública com o Ministério Público? 59
CONCLUSÕES 60

Envie sua monografia para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

Referências 62

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5°, inciso LXXIV, consagrou a instituição da Defensoria Pública como forma de acesso à Justiça para aqueles que não podem arcar com as custas processuais e contratar um advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

A princípio, a partir de uma leitura despretensiosa, interpreta-se que a Defensoria Pública tem a missão apenas de prestar auxílio jurídico as pessoas que possuem recursos financeiros escassos.

Entretanto, a missão constitucional vai mais além. Busca-se, em verdade, tutelar todos os possíveis hipossuficientes, não se restringindo os fins meramente econômicos, mas também a hipossuficiência do ponto de vista organizacional.

Assim, sob esse enfoque, visa-se analisar a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública.

Não há como isentar de falar acerca do Acesso à Justiça, quando se fala em Defensoria Pública. Eis que uma de suas finalidades principais é garantir o direito daqueles que não tem a quem socorrer, sendo o elo entre o necessitado e o Poder Judiciário, contribuindo para a concretização do princípio da inafastabilidade de jurisdição elencado no art. 5°, inciso XXXV, da CF/88.

O tema a ser discorrido no presente trabalho veio à tona a partir da nova redação dada ao art. 5°, da Lei n° 7.347/85, denominada de Lei de Ação Civil Pública, alterada pela Lei n° 11.448/2007, incluindo a Defensoria Pública como parte legítima ativa a propor ACP e, recentemente, com a edição da Lei Complementar n° 132/09, que deu nova redação ao art. 4°, inciso VII, da Lei Complementar n° 80/94, que dispõe normas gerais sobre a Defensoria Pública, confirmando tal legitimidade.

Como deslinde do tema, buscou-se obter a pesquisa através de doutrina, jurisprudência, legislação e direito comparado. Assim, esta monografia está estruturada em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata sobre o “Acesso à Justiça” que pretende apresentar as principais dificuldades identificadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no denominado “Projeto de Florença”, e verificar as soluções apresentadas aos obstáculos o que veio a serem as denominadas de “ondas renovatórias”, visando sanar as desigualdades sociais.

Em seguida, imprescindível tratar sobre a Defensoria Pública como a mais nova instituição pública criada pela Carta Magna de 1988. Verifica-se que o órgão defensório ainda não possui autonomia em sua plenitude, restringindo-se tão somente a Defensoria Pública dos Estados, com a reforma do Poder Judiciário (EC n° 45/04), mas que também carece de uma estrutura ideal para atender os anseios da sociedade. Será ressaltada a manifesta importância da Defensoria Pública para concretizar o acesso à Justiça, traçando suas principais funções, sua organização, suas prerrogativas e suas atribuições.

No terceiro capítulo será abordada a importância da Lei de Ação Civil Pública ressaltando sua criação no ordenamento jurídico brasileiro, assim como qual seu objeto e os legitimados para propor a demanda coletiva.

No quarto e último capítulo trata conjuntamente acerca da propositura da ACP por meio da DP, como forma de garantir o acesso à Justiça aos pobres e necessitados nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a análise de legitimidade a partir da ADI 3943 proposta pela CONAMP e a possível sobreposição de atribuições entre a Defensoria e o Ministério Público para a tutela dos interesses coletivos (*lato sensu).*

Conclui-se, ao final, que a Defensoria Pública pode ser considerada como mais um órgão institucional essencial para a efetivação da justiça, o que compreende a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ACP.

Capítulo 1 - DO ACESSO À JUSTIÇA

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais sobre Acesso à Justiça. 1.1 As barreiras a serem transpostas ao efetivo acesso à justiça. 1.2 Problemas especiais dos direitos difusos. 1.3 As três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. 1.3.1 Assistência Judiciária para os pobres: 1.3.1.1 O sistema Judicare; 1.3.1.2 O Advogado Remunerado pelos Cofres Públicos; 1.3.1.3 Dos modelos combinados. 1.3.2 Defesa dos interesses difusos: 1.3.2.1 a ação governamental; 1.3.2.2 A Técnica do Procurador-Geral Privado; 1.3.2.3 A Técnica do Advogado Particular do Interesse Público. 1.3.3 A Terceira Onda: do acesso à representação em juízo a uma nova concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à Justiça. As três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

1. Considerações iniciais sobre Acesso à Justiça

Neste capítulo será abordado a construção teórica e complexa acerca do tema do "acesso à Justiça", a partir da completa obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

No *intróito* da obra, Cappelletti e Garth reconhecem expressamente que "acesso à justiça" é de difícil definição, porém contribui para duas finalidades básicas do ordenamento jurídico: (a) o sistema pelo qual as pessoas podem buscar seus direitos e/ou (b) resolver seus litígios sob o patrocínio estatal.

Assim, um fundamento básico será a de que a justiça social pressupõe a efetividade do acesso.

Nesse contexto, os autores analisam a dificuldade do acesso no denominado "Projeto de Florença".

A evolução teórica do conceito de acesso à Justiça dá-se desde os estados liberais "burgueses" dos séculos XVIII e XIX, cujos métodos adotados para a resolução de conflitos civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante.

Muito bem observa os juristas italianos que o direito ao acesso à tutela judicial significava em sua essência o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. Assim, frisam que o acesso à justiça é um direito natural, entretanto, os direitos naturais são considerados anteriores ao Estado, exigindo deste a preservação dos direitos naturais de forma a impedir que fossem infringidos por outros direitos.

Nos dias atuais, o Estado tem dificuldade de garantir o acesso à justiça efetivamente aos pobres, isto é, a ideia de pobreza na forma da lei era a "incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições" (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 9). O Estado não tinha a preocupação em possibilitar a todos o acesso material, apenas o acesso formal, no entanto, não efetivo à justiça correspondente à igualdade meramente formal, mas não efetiva.

O conceito de direitos humanos começou a ganhar tamanho e complexidade a partir das sociedades do *laissez-faire*[1]. Estas buscavam reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Assim, o direito ao acesso efetivo à justiça ganhou um novo enfoque na proporção em que as reformas do *welfare state* têm buscado armar os indivíduos de novos direitos substantivos como consumidores, locatários, empregados e cidadãos.

Dessa forma, arremata os juristas italianos que "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

1.1. As barreiras a serem transpostas ao efetivo acesso à justiça

O acesso efetivo à Justiça não se resume ao conceito de "efetividade". Aqui Cappelletti e Garth trazem a ideia de que "efetividade perfeita" até poderia estar associado a "igualdade de armas". Porém, essa igualdade é utópica. Não há como eximir completamente as diferenças entre as partes. Assim, torna-se necessário uma breve definição sobre o princípio da igualdade material entre os litigantes no processo.

O cerne da questão consiste exatamente em identificar os problemas a serem transpostos e, posteriormente, propor soluções adequadas aos obstáculos o que veio a serem as chamadas "ondas renovatórias" como sendo as principais reformas e tentativas de sanar as desigualdades sociais.

A primeira barreira que se encontra é o obstáculo econômico.

Cappelletti e Garth destacam que a resolução formal dos conflitos no âmbito dos tribunais é muito onerosa na maior parte das sociedades modernas. Se por um lado o Estado remunera os salários[2] dos juízes e dos auxiliares da justiça e também dispõe de prédios e outros meios necessários aos julgamentos, o ônus acaba sendo dos litigantes que suportam a grande parte dos custos necessários para a solução de um conflito, inclusive mediante a remuneração dos honorários advocatícios e das custas judiciais.

---

[1] **Laissez-faire** é parte da expressão em língua francesa "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "deixai fazer, deixai ir, deixai passar" (...) A expressão refere-se a uma filosofia econômica que surgiu no século XVIII, que defendia a existência de mercado livre nas trocas comerciais internacionais, ao contrário do forte protecionismo baseado em elevadas tarifas alfandegárias que se sentia na altura. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Laissez-faire. Acesso em 1° de abril de 2010.

[2] O correto seria *subsídio* para adequar a realidade brasileira, nos termos §4° do art. 39 da Constituição Federal.

Em países como o Brasil, o ordenamento jurídico obriga o litigante perdedor a arcar com todas as custas judiciais (eventuais perícias, diligências, assistentes técnicos etc.) e extrajudiciais (abarcando o deslocamento e fotocópias) que, por vezes, não estão previstos do decorrer da lide e que acabam onerando mais ainda o custo processual. Dessa forma, este risco termina afastando a procura de um pronunciamento judicial, conforme ressalta os ilustres juristas italianos, *in verbis:*

> (...) a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.(CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 17)

Assim, percebe-se que a maior dificuldade centra-se no pagamento de honorários advocatícios e, ainda, no risco da sucumbência. Por tais razões, muitas pessoas deixam de buscar a solução dos litígios que porventura estejam envolvidos.

Outro fator no que diz respeito à questão financeira são as causas que envolvem pequenas somas. Verifica-se um verdadeiro paradoxo, pois um indivíduo busca o poder judiciário para dirimir seus problemas, pode resultar em despesas que se equivalem ou até mesmo ultrapassa o montante da controvérsia. Segundo os dados colhidos pelo Projeto de Florença, a relação entre os custos a serem encarados nas ações aumentam na proporção em que se reduz o valor da causa (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 19). Resta clarividente que se constitui uma importante barreira ao acesso à justiça.

O fator tempo é considerado como outro obstáculo ao acesso à justiça. Os litigantes de um processo judicial podem esperar por vários anos por um pronunciamento judicial de primeira instância e outros longos anos por uma decisão do órgão colegiado, para que se possa executar uma decisão exequível.

A demora para o desfecho de um processo pode ocasionar um aumento nos custos para as partes, inflações (juros e correção monetária), entre outros, pressionando os economicamente mais fracos a abandonarem suas causas, ou aceitar acordos por valores muito abaixo daqueles a que teriam direito.

Por outro lado, o tempo é necessário para a concretização dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e todas as demais garantias legais.

Neste sentido, com muita propriedade, FREDIE DIDIER JR. em seu curso de direito processual civil, volume 1, expõe que é necessário fazer uma reflexão como contraponto, isto porque ao longo da história conquistou-se um direito à demora na solução dos conflitos.

Assim, para o autor baiano, quando se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, estará também reconhecendo, implicitamente, o direito de que o desfecho de um conflito deve seguir necessariamente uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal.

Dessa forma, as necessidades do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, empacam a celeridade, entretanto, são garantias intransponíveis que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.

Portanto, conclui o eminente jurista processual que é preciso sopesar a garantia da celeridade do processo a fim de evitar um retrocesso aos "processos da Inquisição" que poderiam ser rápidos, porém não se sente saudades (Didier: 2008, p. 43- 44).

Retomando os juristas italianos, estes comentam ainda acerca das possibilidades das partes que consiste num ponto central "quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo" (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 21). Ou seja, baseia-se na percepção de que alguns litigantes levam ligeira vantagem sobre seus oponentes por diversas razões, muito embora boa parte ainda desconhecida pela sociologia do direito.

Nessa senda, os recursos financeiros estão no topo das possibilidades das partes. Aqueles que possuem recursos financeiros têm vantagens nos processos, seja como autor ou réu de uma demanda.

Assim, a título exemplificativo as pessoas ou corporações que possuem condições financeiras pagar para litigar, podem esperar a demora processual e, ainda, contam com uma potencialidade de armas (melhores escritórios de advocacia, peritos, contadores, etc.) em face do poderio financeiro sobre aqueles menos favorecidos.

Outra barreira relativa às possibilidades das partes é a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa.

Neste ponto, CAPPELLETTI e GARTH tratam sobre a "capacidade jurídica" pessoal, isto é, as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social que determinam um maior acesso efetivo à justiça.

Em outras palavras, as barreiras precisam ser "pessoalmente superadas" o que na prática é incomum de se verificar, pois falta o conhecimento jurídico básico não é

apenas para os pobres, mas para boa parte da população que está envolvida em conflitos de direito.

Sendo assim, conclui-se que é necessário um mínimo de informação primordial e prioritária. Entretanto, os distintos juristas ressaltam que deve haver uma disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos no âmbito judicial, tendo que até aqueles que possuem meios de encontrar um aconselhamento jurídico qualificado podem optar por não buscar.

Outrossim, tem-se a questão do extremo formalismo no meio jurídico. O próprio sistema formado por procedimentos confusos e complicados, o ambiente assustador que a justiça representa (a figura do juiz, os tribunais, o Ministério Público e advogados), o linguajar jurídico terminam por intimidar o litigante a não buscar seu direitos.

Ademais, os juristas italianos mencionam acerca da existência de litigantes eventuais e litigantes habituais. Tais denominações foram dadas por Marc Galanter (1975) *apud* Cappelletti e Garth (1988) com base na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu essa distinção em razão de se verificar a dificuldade de acesso ao judiciário, uma vez ou outra, o que distingue daqueles que possuem o contato frequente com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa.

Sendo assim, as vantagens dos litigantes habituais são maiores: (a) o maior contato com o direito, proporciona aos litigantes mais experiência possibilitando melhores estratégias de litígio; (b) a economia de escala, pois há mais casos; (c) a possibilidade de desenvolver contatos informais com os membros das instâncias superiores; (d) a oportunidade de diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (e) a possibilidade de se testar estratégias com determinados casos, a fim de garantir expectativa mais favorável em casos futuros. Visível as vantagens dos litigantes habituais sobre os litigantes eventuais que o autor identificou.

Portanto, conclui-se que a desigualdade relativamente ao acesso pode ser combatida com maior eficiência, conforme Galanter, caso os litigantes encontrem meios de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para combater as vantagens dos litigantes habituais.

1.2. Problemas especiais dos direitos difusos

Um dos principais enfoques deste presente trabalho diz respeito aos obstáculos relacionados à problemática dos direitos difusos e coletivos *lato sensu*.

Neste aspecto, os autores jurídicos italianos separaram das demais barreiras de acesso efetivo à justiça, pois os "interesses difusos" são interesses fragmentados ou coletivos, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio, a proteção do consumidor, entre outros.

Por sua natureza, os interesses difusos possuem a dificuldade de algum indivíduo intentar uma ação coletiva em nome de todos. Sendo assim, "ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação." (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 26).

Nota-se claramente que, em primeiro lugar, a barreira dos legitimados para buscar uma tutela judicial necessária a fim de evitar o dano ou repará-lo ou indenizá-lo na impossibilidade de fazê-lo.

Os autores citam um exemplo clássico de uma represa que ameaça de maneira séria e irreversível o ambiente natural. É certo que várias pessoas possam se beneficiar da água ou também da área ameaçada, muito embora poucos são os que terão qualquer interesse financeiro direto em questão. Assim, um indivíduo que tentar uma demanda terá um grande problema, a uma por envolver questões difíceis (perícia, conhecimentos técnicos, assistentes...), a duas pela questão da legitimidade, a terceira pela indenização de seus próprios prejuízos e não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade, a quarta pela possibilidade do infrator não cumprir as leis. Desse modo, a conexão de processos é um provável meio mais eficiente de garantir a efetividade dos direitos difusos[3] (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 27).

1.3. As três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Antes de adentrar nas propostas de reforma do "acesso à justiça", percebe-se que são várias barreiras que dificultam a efetividade do acesso. A análise dos obstáculos demonstrou que os sistemas jurídicos são mais articulados para as pequenas causas e para os litigantes individuais, especialmente para os pobres; igualmente, as vantagens pertencem aos litigantes habituais ou organizacionais, adeptos do uso do mecanismo judicial para garantir seus próprios interesses.

[3] Interessante notar que os autores italianos não fazem distinção dos interesses difusos e coletivos como é feito pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81 e ss. distingue a diferença entre direitos difusos, coletivos *stricto senso* e individuais homogêneos, conforme será visto no capítulo 3 do presente trabalho.

Outrossim, outros problemas surgem na medida em que os indivíduos encontram um obstáculo ao acesso nas questões judiciais que envolvem grandes corporações.

Há ainda o surgimento dos novos direitos materiais que são característicos do Estado contemporâneo ligados ao *welfare*.

Ainda, muitos problemas de acesso são interligados e não podem ser facilmente eliminados um por um. O exemplo citado pelos juristas italianos é a questão dos honorários advocatícios como uma barreira ao acesso. Entretanto, garantindo aos litigantes de baixo nível econômico e educacional o acesso à justiça sem advogado, não implica dizer que terão a capacidade de apresentar seus próprios casos eficazmente, sendo, portanto, mais prejudicados do que beneficiados caso não haja outras formas de compensação, tais como, um juiz mais ativo ou outras formas de assistência.

Assim, verifica-se que muitos dos problemas se interrelacionam, de maneira que reduzindo o efeito de algum obstáculo poderá influir diretamente em outra já existente. Desse modo, articulou-se a soluções possíveis a partir das ondas renovatórias a seguir delineadas: (1) assistência judiciária para os pobres; (2) representação dos interesses difusos; e (3) o novo enfoque de acesso à justiça.

Portanto, as ondas são resultados "de uma sistematização de transformações comuns percebidas em diversos países principalmente na segunda metade do século vinte, divididas em três eixos, correlatos com as barreias ao acesso à justiça" (FONTAINHA: 2009, p. 70).

1.3.1. Assistência judiciária para os pobres

A primeira onda surgiu nos países ocidentais por volta de 1965 visando combater os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, através de serviços jurídicos para os pobres.

O papel do advogado, que será mais adiante melhor abordado, "é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa" (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 32).

Nessa reforma, buscou-se aprimorar o sistema que baseava boa parte dos países ocidentais que consistia na prestação de serviços por advogados particulares, sem contraprestação em função do *múnus honorificum*, ou seja, a título gracioso. Entretanto, verificou-se que existiram grandes problemas, pois as soluções dessa assistência se mostraram

ineficientes, de forma que a consciência social na década de 60 colocou a assistência judiciária no topo da lista das reformas judiciárias (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 33).

Assim, visando a concretização da primeira grande reforma surgiu três grandes sistemas de assistência judiciária aos pobres compreendidos na sistematização da primeira onda: (a) o sistema *judicare*, (b) o do advogado remunerado pelos cofres públicos e ambos, (c) modelos combinados.

1.3.1.1. O sistema *Judicare*

Por meio da primeira onda, a Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foram os pioneiros a desenvolverem o sistema de assistência judiciária *Judicare.*

Esse sistema consistia na assistência judiciária como um direito de todos, onde o Estado deve custear os honorários advocatícios de advogados particulares para representar os litigantes que não tenham condições de arcar com os mesmos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 35).

Embora tenha sido um grande avanço, quebrando a barreia dos custos, mas esse sistema não conseguiu resolver todos os problemas, pois não encorajava, nem permitia que o profissional individual auxiliasse a compreensão dos direitos dos litigantes de baixa renda a fim de identificar as áreas que pudessem se valer dos remédios jurídicos (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 38)

Nesse esteio, as áreas mais procuradas pelos litigantes habituais eram oriundos do Direito das Famílias[4] ou Direito Criminal, ficando descoberto as pretensões ligadas às novas áreas, como o direito consumerista e locatícios.

Portanto, em razão da insuficiência de transcender os remédios individuais e também das disparidades tanto geográficas quanto culturais entre os pobres e o advogado, esse sistema não bastou para suprir as todas necessidades do acesso à assistência judiciária.

1.3.1.2. O Advogado Remunerado pelos Cofres Públicos

O modelo em epígrafe possui uma finalidade diferente do sistema *judicare*, cuja origem se deu através do *Office of Economic Opportunity* (1965), nos Estados Unidos.

[4] Conforme prega a nova denominação dada por Maria Berenice Dias. Vide *Manual de Direito das Famílias* (2010). *São Paulo*: RT.

Foram criados “escritórios de vizinhança” em que os advogados eram pagos pelo Estado a fim de promover os interesses jurídicos dos pobres “enquanto classe” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 40).

Em outras palavras, esse modelo pretendia estimular os litígios por meio dos advogados que acabavam se especializando, devido à experiência, para atender demandas específicas relacionadas a esta barreira. Ou seja, os advogados eram instalados em “escritórios de vizinhança” nas proximidades dos bairros para facilitar o acesso e conscientizar as pessoas pobres acerca de seus novos direitos e a procurar esses advogados para os auxiliarem a obtê-los.

Assim, percebe-se uma ligeira vantagem sobre o sistema *Judicare*. No entanto, há algumas barreiras que impedem de se obter o êxito total. Primeiro, os advogados recebiam recursos limitados do Estado e decidiam onde melhor aplicá-los, vivenciando um verdadeiro dilema: dar um enfoque nos casos mais importantes (minoria) ou nos casos que possuem uma perspectiva social? Naturalmente, alguns indivíduos saíram prejudicados, pois ou eram ignorados ou recebiam um tratamento aquém do devido. Segundo, é preciso movimentar uma grande quantidade de advogados para atender a demanda visando romper com a ideia de paternalismo ao tratar como “advogado dos pobres”, pois cria-se um preconceito social e descrença pelas demais classes ao menosprezar indivíduos comuns, com menos recursos financeiros.

Portanto, é preciso que o Estado dispusesse de grandes somas para contratar muitos profissionais a fim de possibilitar um atendimento satisfatório para os pobres com problemas jurídicos, garantindo assim, a assistência judiciária gratuita.

1.3.1.3. Dos modelos combinados

A Suécia e a Província Canadense de Quebeque inovaram ao perceberem as limitações dos dois sistemas anteriores e verificaram que ambos poderiam ser complementares.

Assim, esse modelo propicia aos indivíduos a escolha entre os serviços prestados por um advogado particular e a habilidade dos advogados de equipe conectados com os problemas dos pobres. Desse modo, tanto as pessoas individualmente, quanto em grupos podem ser beneficiados por ambos os modelos.

Outra vantagem desse sistema adotado na Suécia é que as pessoas de classe média também podem usufruir dos serviços de assistência judiciária. Outrossim, neste país há

seguros que cobrem as despesas de uma derrota judicial. Dessa forma, o adverso pode recuperar seus custos, ainda que em se tratando de uma pessoa pobre estará assegurada. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 47)

No entanto, em que se pese a combinação dos modelos ter sido um grande avanço, os Estados precisam de muitos advogados para atender a alta demanda, o que implica dizer em dispor de grandes quantias em dinheiro para custear todo o sistema jurídico e disponibilizar um acesso à Justiça a todos que dela necessitam.

1.3.2. Defesa dos interesses difusos[5]

Apesar dos grandes avanços em relação à primeira barreira de acesso à Justiça para os indivíduos menos favorecidos, esses modelos anteriormente apresentados enfrentam dificuldades em relação à proteção dos direitos difusos, p. ex. o direito dos consumidores e do meio ambiente.

Trata-se na proteção de direitos não-tradicionais, como o direito das famílias e o direito criminal, mas de direitos de interesse de toda a coletividade embora não pudesse ser exercida individualmente.

Sendo assim, a segunda onda renovatória versa sobre a problemática dos interesses difusos, também chamados de coletivos ou grupais.

Importante notar que o processo civil tradicional, não tinha a preocupação para a tutela dos interesses difusos, apenas em solucionar a controvérsia entre duas partes, referentes aos interesses transindividuais.

Essa segunda reforma foi percebida pelo Prof. Chayes que denominou litígios de “direito público” em razão de seu envolvimento com questões de políticas públicas (CHAYES: 1976, pp. 1041-1048. *Apud* CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 50).

A primeira questão relativa aos direitos difusos no processo civil é em relação à legitimação ativa dos indivíduos ou grupos que podem atuar na propositura da ação.

Em segundo plano, não menos importante, é acerca da “citação” e o “direito de ser ouvido”, tendo em vista que nem todos interessados podem comparecer a juízo, de forma que a representação deve ser adequada em prol da coletividade, mesmo que nem todos interessados sejam citados (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 50).

[5] Para a doutrina brasileira, direitos difusos “são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas” (MAZZILLI: 2004, p. 50).

Outrossim, tem-se o ponto da extensão da decisão *erga omnes* do grupo, bem como os efeitos da coisa julgada.

Desse modo, CAPPELLETTI e GARTH identificaram três sistemas que compõe a segunda grande reforma: (a) a ação governamental, (b) a técnica do procurador geral privado e (c) a técnica do advogado particular do interesse público.

1.3.2.1. A ação governamental

A ação governamental, segundo os doutrinadores italianos, consiste num dos métodos para representação dos interesses difusos. No entanto, a doutrina aponta uma oposição em legitimar indivíduos ou grupos a fim de atuarem na defesa desses interesses.

Assim, instituições governamentais como o Ministério Público, em seu mister, não é capaz de assumir por inteiro a incumbência de representar a defesa dos interesses difusos em virtude de seus papéis tradicionais restritos, no caso brasileiro, de promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei, conforme art. 129, I, da CF/88.

Outra dificuldade encontrada por Cappelletti e Garth diz respeito à exigência de qualificação técnica em áreas não jurídicas, por exemplo, contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Por essa razão, o *parquet*, muitas vezes, não tem a sua disposição treinamento e experiências necessárias para uma maior eficácia. Ainda, tem-se a questão do Ministério Público funcionar como *custos legis* o que pode retraí-lo de assumir a posição independente de um “advogado do povo” contra o próprio Estado, inclusive (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 52).

Assim, em busca de se criar meios efetivos surgiram novas instituições com perspectivas de suprirem muitos dos obstáculos do passado. No Brasil, surgiu a figura da Defensoria Pública, principalmente, a partir da nova ordem constitucional de 1988 que vem a cumprir o papel de “advogado público” ou “advogado do povo”.

Dessa forma, elucidam os juristas italianos que a finalidade básica é fazer com que o departamento governamental represente os interesses difusos.

1.3.2.2. A Técnica do Procurador-Geral Privado

A segunda grande reforma da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth consiste na permissão da propositura de ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

Nessa senda, a técnica em epígrafe pugna pela possibilidade de um "procurador-feral privado" ou "demandantes ideológicos"[6] suplementar a ação governamental.

Dessa forma, visa-se propor ações para impugnar e paralisar alguma ação do governo feita por cidadãos, de forma que grupos também podem financiar essas ações individuais, como casos-teste (CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 55).

1.3.2.3. A Técnica do Advogado Particular do Interesse Público.

Em um primeiro momento é necessário o reconhecido de grupos organizados para a defesa dos interesses difusos. Em seguida, tão importante quanto o reconhecimento é organizar e fortalecer esses grupos.

Para criar um grupo privado suficientemente forte é necessário o suporte financeiro, tendo em vista as barreiras elencadas no curso deste capítulo, por exemplo, litigar contra empresas as quais não possuem somente reservas financeiras substanciais como também contam com equipes de advogados com profundo conhecimento técnico em áreas não-comuns.

Em contradita, ao permitir que um litigante represente toda uma classe de pessoas em um processo judicial, minimiza os custos com a criação de uma organização permanente. Seria uma economia de escola por meio da junção de pequenas causas contribui para o poder de barganha dos membros de classe reforçado pela possibilidade de pagamento de uma indenização considerável para a parte sucumbente.

No entanto, há um problema para o advogado privado de interesse público. Para ajuizar as *class actions* e ações de interesse de grupo é exigido especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que somente grandes grupos possuem. Desse modo, embora o profissional possua prover os honorários advocatícios a partir dessas demandas, o risco de perder a causa é relevante. Para agir com uma maior eficiência, o advogado particular precisa se engajar em práticas de "lobby" e outras atividades extrajurídicas.

Por isso, a *class action* tende a não ser um meio eficaz para buscar a proteção dos interesses difusos.

---

[6] Vide nota 106 *in Acesso à Justiça*, 1988, p. 55.

Para tentar solucionar essa questão, advogados do interesse público formaram grupos passando a ser "sociedades de advogados do interesse público", a fim de atender a demanda. Nesse caso, são criadas organizações de fins não-lucrativos, mantidas por contribuições filantrópicas, a exemplo norte-americano da Fundação Ford instituída em 1970.

Entretanto, critica-se os advogados do interesse público pela responsabilidade a que são acometidos, assim como há dúvidas acerca da viabilidade a longo prazo.

Assim, diante dessa necessidade é que surge novas instituições como as Defensorias Públicas, subsidiadas pelo governo para servir o interesse público. Ocorre que, é necessário que estas instituições sejam suficientemente fortes e independentes para evitar pressões políticas. Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 assegurou a independência funcional dos defensores públicos para atuarem no seu mister e independência organizacional e orçamentária para as Defensorias Estaduais, no entanto, a Defensoria Pública da União ainda está vinculada ao Ministério da Justiça que de certa maneira está adstrita a práticas de "lobby" para angariar recursos para a instituição.

Por fim, os juristas italianos apontam uma solução mista, ou seja, é importante reconhecer grupos particulares para uma ação eficiente, na medida do possível; no entanto, esse grupos por vezes não estão disponíveis e geralmente são difíceis de se organizar. Dessa forma, propõem a soma de esforços para superar o problema, através de recursos, ações coletivas, sociedades de advogados de interesse público, assessoria pública e advogado público visando a tutela dos interesses difusos **(**CAPPELLETTI e GARTH: 1988, PP. 66-67).

1.3.3. A Terceira Onda: do acesso à representação em juízo a uma nova concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à Justiça.

Por último, os notáveis juristas indicam que para alcançar um significativo acesso à Justiça é necessário o progresso na reforma da assistência jurídica e da busca de modos para representar os interesses públicos.

O Estado ao proporcionar meios de acesso à Justiça aquelas pessoas menos favorecidas, possibilita-as de não apenas reivindicar os direitos tradicionais, como também novos direitos. No entanto, percebe-se que uma das maiores preocupações que se tem é acerca da proteção judicial pelos legitimados.

Assim, de extrema importância é surgirem alternativas e pessoas legitimadas para representar efetivamente os interesses difusos não apenas para os pobres, como também para os consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação agressiva de seus novos direitos sociais. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67)

Sob o enfoque da "terceira onda", elucidam os preclaros juristas que esta reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, tanto por meio de advogados particulares quanto públicos. Busca-se centralizar a atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Desse modo, denominaram "o enfoque do acesso à Justiça" pela sua magnitude, isto é, pela possibilidade de aumentar o leque de abrangência ou alternativas para buscar uma melhora no acesso à Justiça.

Essa reforma resulta dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal e proporcionar uma justiça igualitária a todos os indivíduos e grupos privados dos seus direitos. Assim, esses movimentos visam a dar um equilíbrio formal para a equação de indivíduos desfavorecidos, de um lado, e organizações e governos do outro lado.

Outra problemática que se tem é a falta de aplicabilidade das normas para as camadas menos favorecidas. Dessa forma, não basta uma representação judicial aperfeiçoada. Necessita-se de que os novos direitos possuam novos procedimentos que os tornem exequíveis.

Contudo, nessa onda renovatória busca-se ainda resolver conflitos, sem que seja necessário ir até o Poder Judiciário para solucioná-los. Trata-se de causas mais simples e menos custoso para resolver uma simples questão, como o não-pagamento, diversamente da complexidade de se provar uma fraude, por exemplo.

Por conseguinte, distinguem os autores que as disputas possuem repercussões tanto coletivas como individuais. Para esclarecer, lembram acerca das vantagens dos litigantes organizacionais sobre os eventuais individuais. Num primeiro momento, para os casos individuais, essas vantagens baseiam-se no reconhecimento de um direito, no poder de custear uma pequena causa ou usar o fórum para impor um direito ou defender de ataques. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-testes, a fim de garantir precedentes favoráveis que auxiliem os casos individuais. Dentre outras medidas, todas visam identificar os fatores e as barreiras envolvidos, para desenvolver mecanismos aptos a combatê-los.

Capítulo 2 - DEFENSORIA PÚBLICA

SUMÁRIO: 2. A missão institucional. 2.1 Previsão Constitucional da Defensoria Pública. 2.2 A Organização da Defensoria Pública. 2.3 Funções da Defensoria Pública. 2.4 Princípios institucionais. 2.5 O papel do Defensor Público. 2.6 Prerrogativas. 2.7 Atribuições.

2. A missão institucional

Neste capítulo será abordada a missão institucional da Defensoria Pública, tratando rapidamente acerca da construção histórica e funcional deste Órgão Defensório, da qual fazem jus os juridicamente desprovidos de renda familiar para arcar com os custos de um processo e advogado ou os desprovidos de conhecimentos técnicos para demandar em juízo.

Assim, a Defensoria Pública constitui um instrumento que viabiliza o acesso universal à Justiça e à defesa dos hipossuficientes.

2.1. Previsão Constitucional da Defensoria Pública

O dever do Estado de prover a assistência judiciária aos necessitados encontrava grandes dificuldades de realização, uma vez que constituía tarefa das Procuradorias[7] cumulativamente com as atribuições de representação judicial e extrajudicial do Estado (FERREIRA FILHO-A, 2003, p. 272).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 5, inciso LXXIV, dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim, a Defensoria Pública, segundo a redação do art. 134 da CF/88, 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 5°, LXXIV.

No entanto, como bem assevera PAULO GUSTAVO GONET BRANCO "A Defensoria não apenas recebeu a missão de defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus

[7] Até recentemente a Procuradoria do Estado de São Paulo fazia às vezes de Defensoria Pública. Porém, a partir de 2005 foi instituído uma Defensoria Pública Estadual.
No presente momento, conforme o III Diagnóstico das Defensorias Públicas, apenas 2 estados brasileiros não possuem Defensoria Pública: Santa Catarina e Goiás. Aquela, tal mister está sendo realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil local, enquanto este, apesar de possuir lei orgânica desde 2005, ainda não foi implantada a Defensoria Pública Estadual.

problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo" (2009, p.1047).

A Defensoria Pública dos moldes atuais possui grande relevância no Estado, isto é, defender os hipossuficientes, judicial ou extrajudicialmente. Porém, não foi sempre assim, a história do Brasil mostra o inverso. O conceito de assistência judiciária só adquiriu *status* de garantia constitucional expressa com a Constituição de 1934 em seu art. 113: "a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos"

Essa garantia foi retirada com o Estado Novo, Constituição de 1937, retornando na Carta Magna de 1946, art. 141, §35, nos seguintes termos: "o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados", assim como na Constituição de 1967, art. 150, §32 e na Emenda Constitucional n° 1/69, no art. 153, §32: "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei" (LENZA, 2009, p. 626)

Dessa forma, conclui-se que a expressão assistência judiciária compreende a garantia constitucional que as pessoas hipossuficientes possuem de isenção de taxas, custas do processo e honorários advocatícios, quando demandam em juízo[8].

Confrontando as terminologias utilizadas pelas Constituições, 1934, 1946, 1967 e EC n° 1/69 com a de 1988, verifica-se uma distinção e evolução do conceito de assistência judiciária para assistência jurídica, integral e gratuita.

Não é à toa essa distinção terminológica. A expressão assistência jurídica, por sua vez, abrange, além da assistência judiciária, outras formas de acesso, tais como a promoção extrajudicial de conciliação entre as partes e orientação jurídica em geral.[9]

Assim, convém destacar os ensinamentos de Barbosa Moreira:

> A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo "judiciário", mas passa a compreender tudo que seja "jurídico". A mudança do adjetivo qualificador da *assistência*, reforçada pelo acréscimo "integral", importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamento e à prestação de serviços não apenas na esfera *judicial*, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e

[8] Consiste na primeira onda renovatória de CAPPELLETTI e GARTH: "Assistência judiciária para os pobres".

[9] Aqui, pugna-se que a Defensoria Pública, com o advento da CF/88, abrange as três ondas renovatórias propostas pelos juristas italianos, cujo Capítulo 1 foi abordado à evolução do difícil e abrangente tema do "acesso à Justiça".

> aconselhamento em assuntos jurídicos. (MOREIRA, *RePro 67/130 apud* Pedro Lenza: 2009, p. 626).

O exemplo supra do professor paulista deixa claro a importância da Defensoria Pública tanto na esfera judicial, como extrajudicial, abrangendo, inclusive, a atuação em processos administrativos.

2.2. A Organização da Defensoria Pública

No presente trabalho, não se pretende esmiuçar sobre a organização da Defensoria Pública. Busca-se no tópico em comento apenas a abrangência da instituição.

A organização da Defensoria Pública foi reserva à lei complementar, dispondo, contudo, a Constituição, que o modo de ingresso a seus cargos deverá ser feito mediante concurso público de provas e títulos (FERREIRA FILHO-A, 2003, p. 272).

O art. 134, §1° da CF/88 dispõe que a lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e seus Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Neste sentido, foi criada a Lei Complementar n° 80, de 12.01.1994 (alterada pela LC n° 98/99 e LC n° 132/09), que regulamenta a Defensoria Pública estabelecendo normas gerais. Na forma do art. 2° da LC n° 80/94, a Defensoria Pública abarca: (a) a Defensoria Pública da União, (b) a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e (c) as Defensorias Públicas dos Estados.

De acordo com essa lei complementar, a Defensoria Pública da União deve atuar junto a Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União (art. 14). Já a Defensoria Pública do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados devem atuar perante a Justiça Estadual.

Vale ressaltar que a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios deveria ser organizada e mantida pela União (arts. 21, XIII, e 22, XVII da CF/88 e art. 52 da LC 80/94).

Por fim, o §2° do art. 134, introduzido pela EC n° 45/04, tem assegurado as Defensorias Estaduais a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Neste sentido, na ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 11-5-2007, o Supremo Tribunal

Federal entendeu incompatível com a EC n° 45/04 norma de Constituição estadual que vinculara a Defensoria Pública estadual a Secretaria de Estado (no caso, era a de Justiça e Direitos Humanos):

> O STF afirmou o preceito inscrito na Constituição Federal em 2004, outorgando autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, "dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos". É interessante observar que a jurisprudência do STF antes da EC n° 45/04 recusava que normas estaduais conferissem essa mesma autonomia funcional e administrativa às Defensorias, conforme ADI 575, *DJ*, 25-6-1999. (Nota de rodapé n° 33 *in* Branco, Coelho e Ferreira: 2009, p. 1047)

Com isso, segundo DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, as Defensorias Públicas Estaduais tornam-se titulares de uma prerrogativa constitucional, irrecusável e indisponível, de elaborar as propostas de orçamento do órgão para fazer frente às despesas de pessoal, estrutura e funcionamento, de maneira a aprimorar e eficientemente garantir o acesso à Justiça dos economicamente mais fracos, sujeitando-se, tão-somente, aos limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias, em tudo parecido ao que já ocorre com os Poderes Legislativo e Judiciário e com o Ministério Público (2010, p.1114).

Neste sentido, a LC n° 132/09 alterou a LC n° 80/94 acrescentando os seguintes dispositivos:

> Art. 97. A Defensoria Pública dos Estados organizar-se-á de acordo com as normas gerais estabelecidas nesta Lei Complementar.
>
> Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente:
>
> I – abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares;
>
> II – organizar os serviços auxiliares;
>
> III – praticar atos próprios de gestão;
>
> IV – compor os seus órgãos de administração superior e de atuação;
>
> V – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos;
>
> VI – praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da Carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios;
>
> VII – exercer outras competências decorrentes de sua autonomia.
>
> Art. 97-B. A Defensoria Pública do Estado elaborará sua proposta orçamentária atendendo aos seus princípios, às diretrizes e aos limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo.
>
> § 1º Se a Defensoria Pública do Estado não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do *caput*.

> § 2º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados no *caput*, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fim de consolidação da proposta orçamentária anual.
>
> § 3º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.
>
> § 4º Os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues, até o dia 20 (vinte) de cada mês, na forma do art. 168 da Constituição Federal.
>
> § 5º As decisões da Defensoria Pública do Estado, fundadas em sua autonomia funcional e administrativa, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas.
>
> § 6º A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Defensoria Pública do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido em lei.

Assim, nota-se um importante avanço com a Reforma do Judiciário (EC n° 45/04), ao assegurar a autonomia funcional, administrativa e financeira para as Defensorias Estaduais. Assim, rompem-se os vínculos que essas instituições possuíam com os órgãos do Poder Executivo, proporcionando uma significativa melhora na estruturação tanto para preenchimentos dos quadros de Defensores Públicos, como de servidores auxiliares, além da organização funcional indispensável para o bom funcionamento da instituição. Neste sentido, já salientava BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS:

> Faz-se necessária tal autonomia visto que a Defensoria, quando diretamente vinculada ao Poder Executivo não a exerce efetivamente, perdendo sua independência, por repasses financeiros dependerem daquele Poder. Esse fato acaba por gerar uma subordinação, indesejável e inadmissível a um órgão que deve ser independente para prestar direito fundamental de tamanha importância, como é a assistência jurídica integral e gratuita (1996, p. 116)

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal ratifica o entendimento de que a Defensoria Pública deve se desvencilhar do Poder Executivo, a seguir:

> A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do Relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o

> texto constitucional modificado: precedentes. (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, Plenário, DJ de 11-5-07). No mesmo sentido: RE 599.620-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-10-09, 2ª Turma, DJE de 20-11-09.

Desse modo, não há o que se discutir acerca da autonomia administrativa e funcional das Defensorias Públicas Estaduais, porém a Defensoria Pública da União não teve o mesmo tratamento, de forma que ainda está vinculada ao órgão do Executivo, qual seja o Ministério da Justiça.

No entanto, há movimentos para que seja aprovada a PEC 358/2005 e corrigido tal equívoco quando da Reforma do Judiciário em 2004 pela EC n° 45[10].

Ademais, apenas para tornar este trabalho monográfico mais prático, colaciona-se o texto referente aos fundos próprios (recursos) das Defensorias Públicas (União, Estados e Distrito Federal e Territórios), conforme dados colhidos no III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil abaixo:

> Os recursos das Defensorias Públicas provêm dos orçamentos gerais dos estados e da União. Nos anos anteriores havia sido observada uma tendência de crescimento no número de instituições que já possuía fundo próprio, no entanto neste diagnóstico manteve-se o mesmo número de fundos de 2005. Alguns estados possuem fundos próprios destinados ao custeio das Defensorias Públicas. Os estados da Bahia (Lei nº 11.045, de 13 de maio de 2008), de Rondônia (Lei 1909, de 06 de junho de 2008) e Rio Grande do Norte (Lei 8815/2006 e alterada pela Lei 9155/2008) tiveram as leis de fundo Próprio criados recentemente. Os estados do Acre, Amapá, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Mato grosso, Pernambuco, Paraná, Rondônia e Sergipe não possuem fundo próprio. O estado do Piauí, apesar de indicar que possui fundo próprio, não mencionou nenhuma lei. Observa-se desta forma, que de 2003 a 2005 praticamente dobrou o número de instituições que possuía fundo próprio, no entanto, de 2005 a 2009 aumentou para 15, pois em 2005, Sergipe tinha fundo próprio e agora não tem. Por outro lado, Distrito federal e Roraima que não tinham, agora passaram a ter. (BRASIL, 2009, p. 49)

Desse modo, verifica-se que a mudança nas Defensorias Públicas, em que se pesem as recentes alterações, ainda é tímida em relação à autonomia financeira, inclusive, para criar seus próprios fundos. Segundo o rito, as Defensorias Públicas Estaduais podem elaborar suas propostas orçamentárias, em seguida encaminhar ao Chefe do Poder Executivo para consolidação e encaminhamento ao Poder Legislativo.

---

[10] A autonomia é da instituição essencial à Justiça, isto é, da Defensoria Pública. Não faz sentido assegurar a autonomia estadual sem dar a mesma garantia para a Defensoria Pública da União. Assim, pelo princípio da assimetria, dever haver a desvinculação do órgão perante o Poder Executivo. Nessa senda, a Associação dos Magistrados Brasileiro (AMB) apóia a autonomia da Defensoria Pública da União. Notícia disponível em: < http://www.ampb.org.br/noticias/ver/5832>. Acesso em 03 de junho de 2010. Outrossim, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) da Câmara dos Deputados aprovou, em 14.04.10, moção de apoio à autonomia da Defensoria Pública da União apresentada pela deputada Iriny Lopes (PT-ES). Notícia disponível em: < http://www.andpu.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=968%3Amocao-de-apoio-a-autonomia-da-dpu&catid=1%3Alatest-news&Itemid=11&lang=pt>. Acesso em 03 de junho de 2010.

Portanto, essa desvinculação, liberdade de atuação e organização constitui uma concretização do Estado Democrático de Direito, cujo destinatário e beneficiário dessa grande reforma é a população brasileira.

2.3. Funções institucionais da Defensoria Pública

O principal enfoque da Defensoria Pública é a de concretizar o direito dos cidadãos economicamente hipossuficientes ao acesso à Justiça. Conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no art. 5°, XXXV da CF/88, o Poder Judiciário não poderá se esquiar de apreciar lesão ou ameaça a direito dos indivíduos de invocam para dirimir seus conflitos.

De acordo com a Lei Complementar n° 80/94 expõe, dentre outras, as funções institucionais da Defensoria Pública. Com a edição da Lei Complementar n° 132/09, o rol do art. 4° da LC 80/94 passou a abranger novas áreas, demonstrando a importância que tal instituição está "ganhando" em nosso ordenamento jurídico.

De tal sorte, isto se traduz nos seguintes incisos:

> I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;
> II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;
> III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;
> IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;
> V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, 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, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;
> VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;
> VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;
> VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;
> IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;
> X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;
> XI – 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 proteção especial do Estado;
XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;
XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;
XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;
XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;
XIX – atuar nos Juizados Especiais;
XX – participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos;
XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;
XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Convém destacar algumas funções que passaram a ser desempenhadas pela Defensoria Pública, tais como: a composição extrajudicial através de conciliação, mediação e arbitragem; a representação em aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos; a promoção de ação civil pública; a tutela dos direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais, ambientais,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 proteção especial do Estado, dentre outros.

Assim, percebe-se o papel de extrema notoriedade da Defensoria Pública, seja ela estadual, da União ou do Distrito Federal e Territórios, constituindo-se dessa forma uma instituição essencial à justiça, de acordo com o mandamento constitucional do art. 134 da CRFB.

2.4. Princípios institucionais

São princípios institucionais da Defensoria Pública, consoante art. 3° da LC n° 80/94, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A Defensoria Pública deve ser entendida como uma unidade, isto é, compreende a Defensoria Pública da União, a dos Estados e a do Distrito Federal e dos Territórios. Dessa forma, o princípio da unidade corresponde a um todo orgânico, sob a mesma direção, mesmas finalidades, fundamentos e objetivos. Cada defensor público integra

e compõe uma única instituição. Não há que se falar em "defensorias", tendo que o próprio texto constitucional consagra no *caput* do art. 134 trata da instituição no singular: "A Defensoria Pública é instituição...".

Segundo o princípio da indivisibilidade, a Defensoria Pública é composta de um todo orgânico, não se admitindo rupturas ou fracionamentos (MORAES, 1999, p. 174). Os defensores públicos podem substituir-se uns aos outros, sem que haja uma descontinuidade na prestação da assistência jurídica aos assistidos. Portanto, não há vinculação do assistido com o defensor natural.

> Hipótese de aplicação prática dos princípios da unidade e da indivisibilidade ocorre nos casos de intimação pessoal da Defensoria Pública. No âmbito dos processos da Justiça Federal, a Defensoria Pública da União é, em geral, pessoalmente intimada por meio de mandado judicial cumprido por oficial de justiça. Ocorre que, nos mandados de intimação, via de regra, são inobservados tais princípios, visto que deles consta como intimando o Defensor Público atuante naquele processo o que acaba por acarretar dificuldades de ordem prática nos casos de férias, licenças, remoções, promoções, exonerações, aposentadorias, dentre outros. O tecnicamente correto seria constar como destinatária da intimação a Instituição, podendo a intimação ser recebida por qualquer de seus membros com atribuição para atuar perante aquele órgão jurisdicional. (MENEZES, 2010, p. 8)

Por fim, tem-se o princípio da independência funcional que estabelece a autonomia da instituição perante os demais órgãos estatais, não se sujeitando a qualquer interferência na atuação dos defensores públicos. Conforme bem explicita BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS:

> A independência funcional é outro princípio institucional de grandiosidade importância, na medida em que o grande fiel cumprimento do mandamento constitucional, de assistir integralmente o hipossuficiente, até mesmo contra o Estado, sem nenhuma pressão política (1996, p. 118).

Assim, o Defensor Público pode agir desvinculado de qualquer "pressão" e vinculado tão-somente à sua consciência.

2.5. O papel do Defensor Público *versus* a figura do advogado.

Dispõe a Seção III, do Capítulo IV, da Constituição Federal que:

> Art. 133. **O advogado é indispensável à administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
>
> Art. 134. **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.

Neste cenário, o texto constitucional já diferencia a figura do advogado da Defensoria Pública. Como se pode perceber, o advogado é indispensável à administração da justiça, enquanto a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Conforme bem explica o papel do Defensor Público, o ex-Defensor Público-Geral da União, Dr. Eduardo Flores Vieira, em entrevista para a Revista Eletrônica Consultor Jurídico expôs:

> O papel do defensor público não é só dar assistência judiciária. Ele tem de ser um transformador social, um instrumento de inclusão e de conscientização dos direitos de cada um. Seu papel é orientar e tentar a conciliação, não só provocar o Judiciário. Existe um estudo que diz que onde há defensoria pública, a criminalidade diminui e aumentam as soluções extrajudiciais de conflitos.[11]

No parágrafo §1° do art. 134 da CF/88 dispõe que o Defensor Público ingressará como membro da Defensoria Pública através de concurso de provas e títulos, garantindo-lhes a inamovibilidade e sendo vedada a prática da advocacia privada.

Assim, de acordo com o § 6º, do art. 4°, da LC n° 80/94, incluído pela LC n° 132/09, a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público[12].

Como exposto acima, o Defensor Público desempenha a função de representar os interesses das pessoas hipossuficientes, não somente no âmbito do Poder Judiciário, como também tem o dever de fomentar composições extrajudiciais e promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, conforme art. 4° da LC n° 80/94.

Na advocacia privada, o advogado necessita de procuração com cláusula *ad judicia* para representar os interesses do seu cliente em juízo[13]. Já no âmbito da Defensoria Pública, as pessoas são denominadas de assistidas em decorrência das atividades exercidas pela instituição de índole eminentemente pública e estatutária (ALVES e PIMENTA: 2004, p. 118).

---

[11] Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-set-10/defensoria_publica_primo_pobre_judiciario. Acesso em 22 de maio de 2010.

[12] Segundo o art. 3°, §1°, da Lei n° 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da OAB, aduz que os integrantes da Defensoria Pública, além de se submeterem aos ditames da LC n° 80/94, também estão sujeitos ao regime do Estatuto.

[13] BRASIL, Lei n° 5.869 (1971). Brasília, DF: Senado 1971: Art. 37. **Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo**. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.
Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

Dessa forma, os poderes para que o Defensor Público possa postular em juízo ou fora dele são conferidos pela Carta Magna. Assim, não se exige dos assistidos uma procuração à Defensoria Pública, desde que a parte declare não possuir condições de arcar com o pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Sobre essa questão, Paulo César Ribeiro Galliez afirma "daí resulta que a atividade da Defensoria Pública não se limita somente à administração da Justiça, com a qual, evidentemente, também colabora e integra" (Revista de Direito da Defensoria Pública VI/130).

Outra diferença estabelecida pelo § 10, do art. 4°, da LC n° 80/94, incluído pela LC n° 132/09, o exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira. Diante dessa reforma, não resta dúvidas que o papel desempenhado pelo Defensor Público não pode ser exercido por advogado particular, sindicatos, OAB, etc. Neste sentido, o STF se posiciona:

> Lei n. 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que "dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado". A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade. (ADI 3.700, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-10-08, Plenário, DJE de 6-3-09)

Ademais, a prestação jurisdicional está para a Magistratura e o exercício da ação penal está para o Ministério Público da mesma forma que a garantia do acesso à justiça e os corolários do devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa do cidadão necessitado, estão para a Defensoria Pública (GALLIEZ, 2001, p. 24).

Portanto, o papel desempenhado pelo Defensor Público é, perante o Estado e a população brasileira, de suma importância, haja vista que seu mister está voltado tão-somente para a classe economicamente desfavorecida, bancada pela maioria da sociedade, de onde se origina graves e numerosos conflitos sociais.

2.6. Das Prerrogativas da Defensoria Pública

O Código de Processo Civil e legislações esparsas conferem certas prerrogativas a determinados litigantes, em face de uma situação peculiar a eles inerente, bastando seja citada a situação que envolve o denominado **pobre na forma da lei** (Lei n° 1.060/50), que goza da prerrogativa do prazo em dobro para a prática dos atos processuais e da gratuidade no que tange ao pagamento das custas e das despesas processuais em geral (MONTENEGRO FILHO, 2005, p. 417).

As prerrogativas dadas pela lei visam dar tratamento isonômico para a parte que não se encontra em paridade de armas, ou seja, a lei trata o desigual na medida de suas desigualdades. Para ilustrar tal desigualdade, Marcelo Leonardo Tavares (2001 *apud* ALVES, 2006, p. 232) mostra a seguinte realidade em 2004:

> No âmbito do sistema judiciário federal a situação de carência de pessoal no serviço de assistência gratuita aos juridicamente necessitados se revela dramática. Em maio de 2004 havia apenas 111 cargos de defensores públicos da União[14] – sendo que apenas 96 defensores em atividade – para prestar o serviço de assistência jurídica integral em todo o vasto território nacional. Para efeitos de comparação, existia na mesma época mais de 1.600 cargos de juízes federais, sendo um quantitativo de cerca de 1.100 preenchidos. Ou seja, menos de 1 (um) defensor da União, para cada 10 (dez) juízes federais. E não se está sequer considerando a Justiça do Trabalho, também integrante do sistema judiciário federal, com mais de 2.500 magistrados em atividade, e sem nenhum defensor público designado. Os números são eloquentes por si mesmos: revela-se impossível assegurar sequer a mera assistência judiciária, isto é, a representação em juízo da pessoas pobres em todos os órgãos da Justiça federal, quanto mais o conceito abrangente de assistência jurídica 'integral e gratuita' previsto na Constituição de 1988.

Diante desse quadro, indispensável que haja prerrogativas aos membros da Defensoria Pública para tentar amenizar tal situação. O excesso de trabalho próprio à instituição, multiplicando-se a sua atuação em juízo, fatalmente exige a dilação dos prazos para a prática dos atos processuais, tudo para garantir o contraditório e a ampla defesa[15].

---

[14] No ano de 2009, o quadro efetivo de Defensores Públicos Federal subiu para 335, conforme lista de antiguidade da DPU. Disponível em: < http://www.dpu.gov.br/legislacao/arquivos/pdf/2009/Portaria_271_26-06-2009_Publica_Lista_de_Antiguidade%5B1%5D.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2010. Além disso, enquanto esse trabalho é escrito, está em andamento o IV Concurso para o mesmo cargo, sendo disponibilizadas mais 134 vagas. Já é um grande avanço para o acesso à Justiça ao cidadão, porém estar-se-á ainda distante do necessário, isto é, 1280 Defensores Públicos Federais, segundo estudo técnico elaborado pela própria instituição estimado em 2005 (BRASIL, 2009, p. 114)

[15] Conforme acentua Frederico Rodrigues V. Lima "não obstante, a duplicação dos prazos, em certas oportunidade, também exprime o princípio da isonomia, pois lembra o Ministro Sepúlveda Pertence que a indigitada norma é conhecida pela **desigualdade jurídica compensatória de uma desigualdade de fato.** Assim, a subsistência do prazo em dobro para a Defensoria Pública há de ser admitida enquanto a Instituição não gozar do mesmo grau de aparelhamento proporcionado ao Ministério Público" (2010, p. 335)

Para evitar maiores delongas e fuga ao tema principal, dentre as inúmeras prerrogativas contidas nos arts. 44, 89 e 128 da LC n° 80/94, cumpre mencionar as seguintes: contagem em dobro todos os prazos, intimação pessoal, poder de requisição e representação da parte independente de mandato.

A contagem em dobro de todos os prazos processuais visa justamente compensar a grande quantidade de trabalho, considerando o baixo quadro efetivo de defensores públicos na ativa, de forma a possibilitar o exercício do ofício em igualdade de condições. Interessante ressaltar que PEDRO LENZA adverte sobre a questão do prazo em dobro em relação ao processo penal, *in litteris*:

> Contudo, para o processo penal, em relação ao prazo em dobro, na medida em que o MP não goza de tal prerrogativa, questionou-se se, de fato, a regra poderia ser estabelecida para a Defensoria Pública quando atua como defensora de acusação formulada pelo MP, especialmente em relação aos princípio da isonomia e do devido processo penal.
> O STF, ao analisar o tema do prazo em dobro para o processo penal, entendeu que referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale. Trata-se do que já estudamos e chamamos de "lei ainda constitucional", ou "lei em trânsito para a inconstitucionalidade", ou "inconstitucionalidade progressiva".
> Assim, o prazo em dobro para o processo penal só valerá enquanto a Defensoria Pública ainda não estiver eficazmente organizada. Quando tal se verificar, a regra torna-se-á inconstitucional. Isso significa que referida regra poderá ser "ainda constitucional" em determinado Estado, que está implementando a Defensoria, mas inconstitucional em outro, que já eficazmente instalou a Defensoria. (2009, págs. 631/632).

Quanto à prerrogativa da intimação pessoal é para a Defensoria Pública e não para o defensor público, tendo em vista que este poderá estar de férias, ter sido promovido para uma categoria mais elevada da carreira, ter sido removido para outro Ofício, Comarca ou Unidade, impedido em razão de parentesco, suspeito por motivo de foro íntimo, ter sido exonerado, ter sido aposentado, e até mesmo falecido (LIMA: 2010, p. 318), de forma que o defensor de plantão poderá receber as intimações pelo oficial de justiça e remeter ao defensor competente, sendo causa de nulidade a falta de intimação pessoal, nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. (..) AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.
> (...)
> 4. Há ilegalidade, por outro vértice, na realização do julgamento do recurso de apelação ou do recurso em sentido estrito realizado sem a intimação pessoal do defensor público, por flagrante desrespeito ao disposto na "LC nº 80/94, art. 44, I; art. 89, I e art. 128, I", bem assim na "LC nº 80/94, art. 128, I" e na "Lei nº 1.060/50, art. 5.º, § 5º, na redação dada pela Lei nº 7.871/89" (STF – HC 97.797/PA, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 09/10/2009), impondo-se a decretação da nulidade do respectivo acórdão. Precedentes.

> 5. Ordem concedida para anular o acórdão da apelação, garantindo-se a intimação pessoal da Defensoria Pública da data do novo julgamento. (STJ, Quinta Turma, HC 154879 / SP, Ministra LAURITA VAZ, Data do julgamento 27/04/2010, DJe 17/05/2010)

Ademais, a doutrina aponta a intimação pessoal com vista dos autos como uma das mais importantes prerrogativas conferidas à Defensoria Pública, em virtude da importância do múnus por ela exercido, assim como em razão da natureza pública e indeclinável de sua atuação, conferindo-se-lhe mecanismo que permite o exercício pleno de tão importante mister, de maneira que não sejam acarretados prejuízos àqueles que são por ela assistidos (LIMA: 2010, p. 317). Anseios que foram atendidos com o advento da Lei Complementar número 132/09, que alterou a Lei Complementar número 80/94, no seguinte sentido:

> Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:
> I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Nesse entendimento, já se pronunciou o órgão de cúpula do Poder Judiciário, *in verbis:*

> E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - DEFENSOR PÚBLICO - DIREITO À INTIMAÇÃO PESSOAL - BENEFÍCIO DA CONTAGEM EM DOBRO DOS PRAZOS PROCESSUAIS - RECURSO DE AGRAVO DEDUZIDO TEMPESTIVAMENTE - PEDIDO DEFERIDO. - O legislador, tendo presentes razões de ordem material e estrutural que oneram o desempenho, pelo Defensor Público, dos relevantes encargos que se inserem na esfera de suas atribuições institucionais, estabeleceu mecanismos compensatórios destinados a viabilizar, em plenitude, o exercício das funções cometidas a esse agente estatal, outorgando-lhe, em conseqüência, (a) a prerrogativa de receber, pessoalmente, a intimação de todos os atos do processo e (b) o benefício de dispor da contagem em dobro dos prazos processuais (Lei nº 1.060/50, art. 5º, § 5º, na redação dada pela Lei nº 7.871/89, c/c a Lei Complementar nº 80/94, art. 44, I; art. 89, I, e art. 128, I), mesmo que se cuide de procedimentos de natureza penal. Precedentes. - Tempestividade do recurso de agravo interposto, considerada, no ponto, a contagem em dobro do prazo recursal. Ordem de "habeas corpus" concedida para determinar a apreciação e o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do recurso de agravo interposto naquela instância judiciária. (STF, Segunda Turma, HC 81019, Julgamento 23.10.01, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009)

Está previsto, ainda, nos art. 44, X; 89, X; e 128, X da LC n° 80/94, o poder de requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Trata-se de uma das principais prerrogativas que os defensores públicos possuem para executar bem suas atividades, porque serve de base para

requisitar elementos de prova, como também pode tentar solucionar extrajudicialmente os conflitos de interesses.

Outra prerrogativa é que o defensor público representa os assistidos, em feito administrativo ou judicial, sem a necessidade de lhe ser outorgada procuração com cláusula *ad judicia*. A natureza jurídica da representação é decorrente da LC n° 80/94 e investidura no cargo. Todavia, poderá ser exigido mandato quando houver a necessidade de outorga de poderes especiais, por exemplo, para requisitar informações sobre dados bancários na hipótese de contratação de empréstimo fraudulento.

2.7. Atribuições do Defensor Público

Não há no texto legal a divisão das atribuições dos defensores públicos. Há uma divisão das funções institucionais da Defensoria Pública em duas categorias: típicas e atípicas.

Desse modo, as típicas representam a maior parte das funções institucionais, as quais direcionam as atividades dos defensores públicos para garantir o acesso à Justiça aos necessitados. Em regra, é a assistência prestada pela Defensoria a todos aqueles que a buscam para auxiliá-los tanto em sede judicial como extrajudicial, em todos os graus, conforme o mandamento constitucional (art. 134 da CF/88).

Já as atípicas são as defesas patrocinadas pela Defensoria Pública em caráter de exceção, tais como ocorre na curadoria especial, nas hipóteses previstas em lei (arts. 9°, 218, §§ 2° e 3°, 302, p. único, 1042, 1.79 e 1.182, § 1°, todos do CPC) e quando um juízo nomeia-a para apresentar a defesa do réu em processo penal, quando ausente ou citado por edital ou até mesmo quando o réu recuse contratar um advogado, embora possua condições financeiras.

Outrossim, com a edição da Lei Federal n° 11.447, de 15 de janeiro de 2007, a Defensoria Pública adquiriu legitimidade para ingressar com ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade, embora antes da referida lei a Defensoria Pública já demandava com ações coletivas com base no Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, conclui-se que a Defensoria Pública veio contribuir para o acesso à Justiça, graças à evolução conceitual de assistência jurídica em todos os graus e recursos a ela inerentes, abrangendo as três ondas renovatórias mencionadas no primeiro capítulo, seja

pelas atribuições típicas ou atípicas, visando a concretizar os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados no rol dos direitos e garantias fundamentais da CF/88.

Capítulo 3 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

SUMÁRIO: 3. Uma breve leitura das raízes da Ação Civil Pública no Brasil. 3.1 Criação da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. 3.2 Leis sobre a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. 3.3 Objeto da Ação Civil Pública. 3.4 Interesses difusos, coletivos (sentido estrito) e individuais homogêneos. 3.5 Legitimidade ativa para propor ACP.

3. Uma breve leitura das raízes da Ação Civil Pública no Brasil

No capítulo a seguir, serão abordados aspectos gerais da Ação Civil Pública, bem como suas origens, finalidades e legitimidade para a propositura de tal demanda de forma objetiva.

3.1. Criação da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985

A criação da Ação Civil Pública teve suas origens a partir da elaboração de um anteprojeto pelos juristas de São Paulo, especialmente por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, todos professores ligados ao Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), e apresentado como tese ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre (julho de 1983). Como relator do projeto, José Carlos Barbosa Moreira remeteu parecer positivo ao anteprojeto, porém com modificações. Este Projeto foi então apresentado à Câmara dos Deputados pelo parlamentar paulista Flávio Bierrenbach.

Logo mais, os membros do Ministério Público do Estado de São Paulo Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram a discussão do anteprojeto original, alterando-o e incluindo novas alterações. (MAZZILLI: 2004, p. 109-110).

Assim, os membros do *Parquet* paulista apresentaram o projeto ao governo federal, e este, encaminhou-o ao Congresso como projeto do Executivo, só que por Mensagem de Governo, cujo trâmite era mais rápido que o anterior (RODRIGUES: 2008, p. 338). Posteriormente, este foi sancionado pelo Presidente da República, transformando-o em Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 e aquele foi anexado a este.

3.2. Leis sobre a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro

A edição da LACP foi um grande avanço no campo jurídico para a sociedade brasileira, notadamente para proteger os interesses difusos e coletivos.

A Exposição de Motivos n° 47, de 04 de fevereiro de 1985, da Lei n° 7.347/85, de 24 de julho de 1985 (LACP), expôs como objeto da lei a propositura de ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso.

Verifica-se que, com o advento da Lei ° 7.347/85, o legislador buscou responsabilizar os causadores de danos para a sociedade, porém já existiam no ordenamento brasileiro leis que buscam a reparação dos prejuízos para grupo de pessoas, patrimônio público, direitos difusos, entre outros.

Neste sentido, como bem ressalta o jovem Professor ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO em sua dissertação de Mestrado, a história das ações coletivas no Brasil se divide em dois momentos: antes e depois da Lei de Ação Civil Pública (2009, p. 72).

Nas palavras de ALCIDES COSTA (Revista de Processo, n° 77, p. 225):

> (...) estas perplexidades decorrem do fato de que, no Brasil, a instituição das ações coletivas a nível amplo e geral não foi precedida de relevantes discussões ou debates a nível doutrinário ou jurisprudencial. Na verdade, o legislador brasileiro, aproveitando-se da experiência estrangeira no trato das ações coletivas, tal como ocorria na Itália, Alemanha e mesmo Estados Unidos, desde logo editou a Lei 7.347, de 1985, a Lei da Ação Civil Pública, inaugurando assim uma nova fase do processo civil, mais afinada com os anseios e a ideologia da época, em que há evidente preocupação com os crescentes conflitos de massa, com os postulados de acesso à justiça, de pacificação social dos conflitos e de afirmação do conceito de cidadania.

As principais legislações sobre o tema, citadas por Sandra Lengruber da Silva (*apud* FERREIRA FILHO-B: 2009, p. 74), em período anterior a criação da LACP são:

- Consolidação das Leis do Trabalho (DL nº 5.452/1943): prevê o dissídio coletivo e respectiva ação de cumprimento;
- Lei nº 3.164/1957, complementada pela Lei nº 3.052/1958: legitimavam o Ministério Público e as entidades prejudicadas para propositura de ações contra enriquecimento ilícito de agentes públicos;
- Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965): legitima o cidadão para a tutela jurisdicional de determinados direitos difusos referentes à anulação de atos lesivos e à indenização de prejuízos causados ao patrimônio público;
- Decreto nº 83.540/1979: disciplinou a propositura, pelo Ministério Público, de ação de responsabilidade civil por danos decorrentes de poluição por óleo;
- Lei nº 6.938/1981: ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente;

- Lei Complementar nº 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público): o art. 3º, III, instituía como função do Ministério Público promover a ação civil pública.

Assim, nota-se que a Lei de Ação Civil Pública surgiu no ordenamento brasileiro para inaugurar a regulamentação sobre as ações coletivas. A partir de então que outras normas foram criadas (FERREIRA FILHO-B: 2009, p.74), inclusive a Lei Maior de 1988, para integrar e sistematizar a hermenêutica dos institutos que tratam acerca dos interesses coletivos em sentido largo, tais como:

- Lei nº 7.853/1989, proteção das pessoas portadoras de deficiência;
- Lei nº 7.913/89, defesa dos investidores do mercado de títulos e valores mobiliários;
- Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);
- Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC)[16];
- Lei nº 8.492/1992, chamada "Lei de Improbidade Administrativa".
- Lei n° 10.257/2001, defesa coletiva da ordem urbana;
- Lei n° 10.741/2003, defesa das pessoas maiores de sessenta anos;
- Lei n° 11.340/2006, defesa contra a violência doméstica.

Ressalte-se que, apesar das leis esparsas sobre a admissibilidade da ACP, ainda não existe um Código de Processo Coletivo Brasileiro. Entretanto, já existem anteprojetos[17] que buscam apontar diretrizes sobre institutos específicos que o tradicional Código de Processo Civil não há como aplicar no âmbito dos direitos coletivos, p. ex., os efeitos da coisa julgada.

3.3. Objeto da Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública constitui um dos principais meios de defesa dos interesses coletivos no Direito brasileiro.

A Lei n° 7.347/85 utilizou a denominação "Ação Civil Pública" para nomear a ação para a tutela de interesses ou direitos transindividuais, podendo ser ajuizada por diversos co-legitimados ativos enunciados taxativamente pela lei.

---

[16] O CDC trouxe em seu bojo, as distinção dos conceitos de direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos. Tais definições serão tratadas no tópico 3.4 deste capítulo.

[17] Os Projetos de Código de Processos Coletivos são: a) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antônio Gidi; b) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – UERJ (DIDIER Jr., 2009, p. 62-62).

Assim, o que se pretende tutelar através da ação civil pública é proteger, além do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, quaisquer outros interesses transindividuais, ou ainda, interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e de interesses coletivos (individuais homogêneos), conforme distinção no tópico a seguir.

3.4. Interesses difusos, coletivos (sentido estrito) e individuais homogêneos

Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

HUGO NIGRO MAZZILLI faz a distinção acerca dos interesses coletivos em sentido lato, a partir da LACP com a menção do CDC quanto a sua origem: a) se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato, mas o dano é individualmente indivisível (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa[18]), têm-se interesses difusos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível (como os consumidores que se submete à mesma cláusula ilegal em contrato de adesão), têm-se interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados determináveis, com interesses divisíveis, é a origem comum da lesão (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com o mesmo defeito), têm-se interesses individuais homogêneos (2004, p 48/49).

Para tornar mais fácil a visualização dos institutos, colaciona-se o quadro abaixo que bem esclarece a diferença entre eles:

[18] Ressalta-se a decisão proferida pela Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo que deferiu parcialmente em sede de liminar na ação cautelar preparatória de ACP, promovida pelo Ministério Público Federal, a obrigação para que a Rede Globo exibisse um esclarecimento à população acerca das formas de contágio do vírus da AIDS, definidas pelo Ministério da Saúde, durante a exibição da 10ª edição do programa "Big Brother Brasil", até o dia 30 de março de 2010. O fato se deu em virtude de que um dos participantes afirmou: "hetero não pega AIDS, isso digo porque eu conversei com médicos e eles me disseram isso (...)". Disponível em: http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/BBB_liminar_Aids%206642-51.pdf/view. Acesso em 28 de maio de 2010.

Critério / Interesse	Subjetivo	Objetivo	Origem
Interesses Difusos	Os titulares são pessoas indetermináveis	Objeto é indivisível	Os titulares estão ligados por circunstância de fato, sem vínculo jurídico prévio entre si
Interesses Coletivos *stricto sensu*	Os titulares são pessoas indeterminadas (mas determináveis) pertencentes a um grupo, categoria ou classe	Objeto é indivisível	Os titulares estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre si ou com a parte contrária
Interesses Individuais Homogêneos	Os titulares são pessoas perfeitamente individualizadas ou indeterminados, mas determináveis	Objeto é divisível	Os titulares estão ligados por circunstâncias de fato, ou por uma prévia relação jurídica base

Em contrapartida, já existe uma corrente favorável à extinção dessa classificação, pois na prática torna-se difícil a individualização dos institutos. Neste sentido, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO se posiciona:

> Os direitos transindividuais não são estáticos e não admitem uma classificação definitiva. São direitos dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação.
> Embora seja algo desejável, do ponto de vista teórico e sistemático, na prática a classificação proposta pelo CDC tem se mostrado catastrófica. Vários problemas têm surgido a partir da dificuldade de adaptação desses conceitos herméticos às situações concretas.
> Apenas para citar um exemplo, podemos referir a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público no caso do reajuste das mensalidades escolares[19].
> Desde o ajuizamento da demanda, mais de cinco anos se passaram até que o Supremo Tribunal Federal resolvesse, por maioria, que o *Parquet* estava legitimado para tanto.
> Cinco anos para se atestar a presença de uma condição para o regular exercício do direito de ação.
> (...)
> O legislador, em 1990, trabalhou com conceitos jurídicos indeterminados, com normas em aberto e, com isso, criou toda essa confusão.
> Realmente, não faz muito sentido a opção de avocar a responsabilidade de definir e classificar um instituto e não apresentar uma delimitação objetiva e clara sobre o mesmo.
> O problema é potencializado, na medida em que os Tribunais demonstram, por muito tempo, extrema dificuldade em trabalhar com os novos conceitos e não há ainda uma estrutura que permita a aplicação de regras à jurisdição coletiva.
> (...) talvez fosse o caso de o legislador abandonar a classificação no plano material (do direito civil) e adotar uma classificação no plano processual, de modo a conceber apenas duas espécie de ação, de acordo com a divisibilidade do valor a ser percebido e, consequentemente, de acordo com o destinatário do valor a ser percebido a título de indenização (o fundo, no primeiro caso, e os lesados, no segundo) (2008, p. 177-180 *in* A Defensoria Pública e os Processos Coletivos)

[19] RE n° 163.231-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa – Informativo n° 234 do STF, disponível na internet no seguinte endereço: HTTP://www.stf.jus.br/

De fato, a imprecisão terminológica dos termos acaba confundindo os juristas e operadores do direito. O que diferenciará no caso concreto será o ponto de vista a ser observado. Assim, no mesmo caso poderá ter os três tipos de direitos ou interesses transindividuais, como se percebe nos exemplos mostrados pela doutrina, nos seguintes dizeres:

> Constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: *a)* interesses coletivos em sentido estrito (a *ilegalidade* em si do aumento), que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); *b)* interesses individuais homogêneos (a *repetição do indébito*, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); *c)* interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os *futuros alunos*, que são um grupo indeterminável)
>
> Outro exemplo, ainda. Tomemos um aumento ilegal de prestações de um consórcio. 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 mais cotas: a ilegalidade será a mesma para todos (interesse coletivo). Entretanto, *será divisível a pretensão de repetição do que se tenha pagado ilegalmente a mais*; tendo havido pagamentos, os prejuízos serão individualizáveis (interesses individuais homogêneos). Sem dúvida, na mesma ação civil pública, será possível pedir não só a nulidade do aumento ilegalmente aplicado, a ser decidida identicamente para todos os integrantes do grupo (interesse coletivo), como também a repetição do indébito, que já de favorecer cada integrante do grupo, de forma divisível e individualmente variável (interesses individuais homogêneos). (MAZZILLI: 2004, p. 56)

Portanto, conclui-se que a discussão entre a diferença dos conceitos está diretamente ligada a questão da legitimidade ativa para ajuizar ações coletivas, pois dependendo do interesse a ser tutelado o legitimado será aquele que possua relação aos seus fins. Entretanto, não parece razoável a diferença entre as denominações dadas pelo legislador, haja vista a mutação dos conceitos de acordo com a experiência social[20].

[20] Nessa baila, tem-se a revogação dos crimes de sedução (antigo art. 217) e de adultério (antigo art. 240), pela Lei n° 11.106/05. Edgard Magalhães Noronha (2003, p. 125) expôs o seguinte: "(...) Considere-se que mais de quarenta anos são decorridos do advento do Código e que, em regra, a mulher de hoje não é mais a inexperiente e crédula daquela época. A evolução dos costumes opera-se rapidamente. A imprensa, o cinema, o teatro, o rádio e a televisão, alguns, como se vê, portas adentro do lar, trazem, hoje, à mulher, bem cedo, conhecimento, percepção, senso da realidade etc., de que antes não gozava, ou, pelo menos, só mais tarde vinha a adquirir". O que se pretende demonstrar é que os conceitos jurídicos são mutáveis, conforme será visto no próximo tópico 3.5.

3.5. Legitimidade ativa para propor ACP

Na Exposição de Motivos da Lei n° 7.347/85, percebe-se que houve a preocupação acerca de quem seria legitimado a representar os interesses que não são individualizados, pertencentes a um grupo, a uma comunidade ou à sociedade.

Destarte, utilizou-se a concepção de legitimidade do processo civil tradicional e apontou o Ministério Público como legitimado a defender os interesses difusos na conformidade da Lei Complementar n° 40, de 14 de dezembro de 1981, que trata da ACP como função institucional do MP.

Mencionou, ainda, a referida exposição acerca da Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente dispondo em seu §1° do art. 14 que o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

No entanto, importou-se a ideia de ACP no modelo norte-americano anterior à modificação de 1966 contida na Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure* que conferiu às associações com representatividade a defenderem, em juízo, os interesses difusos. Neste sentido, MARCELO ABELHA RODRIGUES esclarece o seguinte:

> Inicialmente, trouxemos de lá os dois primeiros modelos existentes na *class action* norte-americana (Regra 23, B(1) e B(2)), o que *grosso modo*, corresponderia à tutela dos direitos difusos e coletivos. Com a maturidade e experiência alcançados ao longo de 5 anos de exercício da LACP, verificou-se que a terceira modalidade de *class action* do direito norte-americano já poderia ser introduzida no nosso país (Regra 23, B(3)) e aí, por via do CDC art. 91 ao 100), inclui-se no ordenamento jurídico brasileiro optou por inspirar-se no modelo americano anterior à reforma de 1966, quando então se dividia a *class action* de acordo com o tipo de interesse tutelado. Entretanto, lá nos EUA perceberam que a referida classificação mais confundia que esclarecia e por isso, em 1966, sofreu reformulação para acabar com a tripartição anterior. Diga-se que há uma tendência aqui no Brasil – retratada no anteprojeto de processo coletivo – em acabar com a distinção teórica entre os "tipos de interesses" atribuindo um tom mais prático e pragmático à demanda coletiva, à semelhança do que fez o legislador americano em 1966 (2008, p. 337).

Assim, nota-se que a LACP teve influência norte-americana para a criação de mecanismos que visam à responsabilização por danos causados a coletividade em geral.

Ressalte-se, outrossim, que a própria Exposição de Motivos já admitiu a possibilidade de propositura de ações cautelares (antecedentes ou incidentais) para assegurar o provimento jurisdicional.

Os legitimados para propor Ação Civil Pública ou ações coletivas não são titulares propriamente ditos dos interesses transindividuais cujo objeto está em discussão.

Cumpre destacar que as ações coletivas em geral visam dar uma maior segurança jurídica para evitar decisões diversas proferidas pelos tribunais, pois em casos de situações fáticas e jurídicas semelhantes, mas com desfechos diferentes. Além disso, o princípio da economia processual é outro destaque para ações coletivas, tendo que abarcará diversos processos em cursos ou que poderiam ser alvos da Justiça, porém os efeitos das decisões irão beneficiar os demais prejudicados pelos efeitos da coisa julgada *erga omnes*.

No que se refere à legitimidade para agir em ação civil pública, deve ser promovida tão somente pelas pessoas taxativamente consignadas no texto legal, diferentemente do que ocorre com seu objeto, cujo rol apresentado pela lei é tão somente exemplificativo. Dessa maneira, tratando-se de rol taxativo, não é possível a sua ampliação por força de interpretação extensiva ou analógica. Desse modo, atribui-se a legitimidade para o ajuizamento de Ação Civil Pública, com alterações dada pela Lei n° 11.448/2007, nos seguintes termos:

> Art. 5° Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
> § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
> § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.
> § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)
> § 4.° O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990)
> § 5.° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)
> § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nª 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp 222582 /MG - STJ)

Com efeito, a Lei ° 11.448/2007 incluiu a Defensoria Pública como co-legitimada ativa para propositura de Ação Civil Pública, a qual será analisada no próximo capítulo.

Por fim, impede-se ressaltar que qualquer um dos legitimados pode ingressar com ações coletivas visando à tutela dos direitos coletivos em sentido largo. No entanto, cabe duas ressalvas acerca das associações, as quais devem observar as alíneas *a* e *b*, do disposto no inciso V, do art. 5° da Lei n° 7.347/85.

Capítulo 4 - A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

SUMÁRIO: 4. Considerações iniciais. 4.1 Evolução legislativa. 4.2 ADI 3943: discussão quanto à inconstitucionalidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP. 4.3 O conceito de hipossuficiente e necessitado à luz da constituição. 4.4 Existe uma possível sobreposição das atribuições da Defensoria Pública com o Ministério Público?

4. Considerações iniciais

A legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública ainda é objeto de discussão pela doutrina e tribunais. É um tema controvertido que requer uma análise acerca da aplicação das leis, bem como na possível fuga das atribuições institucionais prevista pela CF/88.

Nos capítulos anteriores, foi visto o acesso à Justiça, sob a ótica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a respeito das barreiras que constituem verdadeiros obstáculos para se ter uma eficácia plena do alcance da pretensão jurisdicional, logo mais, foi visto aspectos gerais da Defensoria Pública e em seguida foi tratado sobre a Ação Civil Pública.

No presente capítulo, será visto sobre a evolução legislativa sobre o tema, a ADI 3943 que versa sobre a possível inconstitucionalidade do artigo que garantiu a Defensoria Pública a legitimidade para propor ACP, o conceito de necessitado à luz da constituição, por fim, será tratado sobre a possível sobreposição das atribuições com o Ministério Público.

4.1. Evolução legislativa

Inicialmente, deve-se ressaltar que a Lei n° 7.347, que trata da Ação Civil Pública, foi editada em 24 de julho de 1985. Ao ser criada a lei não foi previsto a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP, restringindo-se ao Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação.

Naturalmente, a Lei de Ação Civil Pública (1985) foi anterior à promulgação da Constituição (1988), assim, não havia previsão da legitimidade ativa para que a Defensoria Pública constasse no rol dos legitimados, podendo, então, ser incluída a *posteriori* (2007).

Para os que defendem acerca da ilegitimidade argúem que a CF/88 não previu no art. 134 e parágrafos a possibilidade de ajuizar ACP, assim como o fez para o Ministério Público no art. 129, III c/c §1°.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que dedicou um Título (III) inteiro à defesa dos direitos coletivos em juízo, ampliando o campo de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao definir seu emprego a todos os direitos ou interesses difusos e coletivos, e criando uma nova classe de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente versados apenas a título particular, mas podendo ser conduzidos coletivamente perante a justiça civil, em função de sua homogeneidade e da origem comum, que nomeou direitos individuais homogêneos.

Vale salientar que o art.82 do Código do Consumidor novamente não previu a defesa dos interesses e direitos dos consumidores a título coletivo pela Defensoria Pública, no entanto, possibilitou as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código.

A edição da LC n° 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública, estabelecendo normas gerais, não previa, em seu título originário, expressamente a legitimidade da DP para tutelar os interesses coletivos[21].

Dessa forma, havia o entendimento de que a Defensoria Pública não detinha legitimidade para tutelar os direitos ou interesses transindividuais.

Entretanto, após vários anos, a Lei n° 11.447, de 15 de janeiro de 2007, acrescentou ao art. 5° no inciso II, a legitimidade da Defensoria Pública para propor a Ação Civil Pública, principal e ação cautelar.

Desde então, uma nova corrente veio favorecer a propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública.

4.2. ADI 3943: discussão quanto à inconstitucionalidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n° 3943)[22], impugnando a

[21] Quando surgiu a Lei Complementar n° 80/94, o inciso que disponha sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo Federal. Portanto, não havia, até a edição da LC n° 132/09, previsão legal

legitimidade extraordinária da Defensoria Pública em relação ao referido dispositivo, alegando violação aos arts. 5°, LXXIV, e 134, ambos da Constituição da República, pois "a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira", não sendo possível a atuação na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Entretanto, a doutrina refuta veementemente a ADI 3943.

Os argumentos de defesa são:

a) a promoção da ACP pelo MP não afasta a legitimidade de terceiros, isto é, a Constituição Federal de 1988 não assegurou competência privativa para ajuizar ACP, conforme previsto no §1°, do art. 129, "A legitimação do Ministério Público para ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei";

b) a Ação Civil Pública pode ser promovida, inclusive, em litisconsórcio ativo facultativo, com os outros legitimados da Lei 7.347/85;

c) da possibilidade da Defensoria Pública celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um órgão público. (DIDIER Jr. e ZANETTI Jr.: 2009, P.213).

Ademais, para ratificar a constitucionalidade do dispositivo, a Lei Complementar n° 132/2009 introduziu no art. 4° da Lei Complementar nº 80/1994 a legitimidade ativa como função institucional da Defensoria Pública para "promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes".

Com a edição da LC n° 132/09 a discussão sobre a constitucionalidade parece perder sentido. Negar a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP é negar o acesso à Justiça a milhares de pessoas indetermináveis, inclusive as hipossuficientes, que dela necessitem.

Conforme exposto no capítulo 1, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já acentuaram a problemática da barreira dos legitimados para a defesa dos direitos difusos (em sentido amplo), ou seja, não é uma questão de fácil consenso ou compreensão.

Outro ponto que merece relevo constitucional é o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Aqui, PEDRO LENZA faz uma crítica sobre a forma indireta

---

[22] Em consulta realizada pelo sítio eletrônico do STF, em 03 de junho de 2010, a ADI 3943 está no gabinete da Rel. Min. Carmen Lúcia. Em relação ao mérito da ADI ainda não foi julgado. Dentre as informações recentes, tem-se o indeferimento do pedido da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN na condição de *amicus curiae* por ausência de pertinência temática, como também em face da limitação de atuação à defesa de interesses diretos da categoria dos bancos (Decisão de 18/2/2010, *DJE* nº 36, divulgado em 26/02/2010). Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2548440>.

de apresentação da garantia ao direito à jurisdição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), nos termos do art. 5°, XXXV, da CF/88. Isto porque, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos como Itália, Alemanha, Portugal, Espanha e na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc., a expressão terminológica veio sedimentar o amplo conceito do termo "direito", sejam eles privados, público ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), e não se restringindo ao direito individual. (2009, p. 698).

Caso seja declarado inconstitucional o inciso II acrescentado ao art. 5° da Lei n° 7.347/85 estar-se-á impedindo o acesso à Justiça, bem como se violando o princípio constitucional do direito de ação (art. 5°, XXXV, da CF/88).

Por outro lado, percebe-se uma forte tendência nos anteprojetos de um Código de Processo Coletivo no sentido de estender a legitimidade para o cidadão, assim como ocorre na Ação Popular, e também a Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, indubitavelmente a inovação da legislação no que tange a legitimidade da Defensoria Pública, só veio a confirmar uma tendência que ocorria desde a edição do Código de Defesa do Consumidor quando possibilitou a qualquer ente que vise a tutelar os interesses coletivos a ingressar com ações coletivas, incluindo-se nesse mister a Defensoria Pública[23]. Assim, já se propugnava pela legitimidade ativa da DP pelo código consumerista, não havendo, desse modo, a inconstitucionalidade do art. 5°, II, da Lei n° 7.347/85.

4.3. O conceito de hipossuficiente e necessitado à luz da constituição

A corrente que refuta a inconstitucionalidade da Defensoria Pública para ingressar com ACP afirma que há fuga ou desvio de finalidade da instituição.

Nesse diapasão, mister se faz analisar o conceito de hipossuficiente e necessitado.

[23] Importante destacar as lições de FREDERICO RODRIGUES VIANA DE LIMA ao lembrar "a redação do projeto que deu origem à Lei Complementar 80/94 continha um comando que permitia a propositura de ações coletivas pela Defensoria Pública. O mandamento legal, contudo, recebeu o veto do Presidente. (...) O veto presidencial se fundou em duas razões: (a) as associações não seriam consideradas *necessitadas;* (b) a ação civil pública é instrumento de defesa e interesses coletivos e difusos, não podendo ser estendida sua legitimidade à Defensoria Pública, que se incumbiria de patrocinar unicamente direitos e interesses individuais" (2010, p. 228)

Segundo o dicionário jurídico[24], hipossuficiente é a pessoa de escassos recursos econômicos, de pobreza constatada, que deve ser auxiliada pelo Estado, incluindo-se assistência jurídica. Este conceito está ligado à ideia transmitida pelo art. 5°, LXXIV da CF/88, que diz "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Já o conceito de necessitado[25] é considerado como alguém auxiliado pela Defensoria Pública que tem sido concebida como instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5, LXXIV.

Entretanto, a necessidade deve ser analisada do ponto de vista organizacional, sendo este o principal fundamento para que a DP seja parte legitima a ingressar com uma ACP, pois o conceito constitucional de insuficiência de recursos não se resume a insuficiência econômica, mas também a insuficiência organizacional[26], cultural e social. Conforme acentua ADA PELLEGRINNI GRINOVER em seu parecer, a pedido da ANADEP, na ADI 3943, esclarece sobre a hipossuficiência organizacional:

> Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça - de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (2010, p.14).

Logo, a Defensoria Pública é parte legitima para propor demandas coletivas em razão não apenas dos hipossuficientes de recursos financeiros, mas todos aqueles que são desprovidos de conhecimentos técnicos, hipossuficiência organizacional, social e cultural.

Há de ressaltar ainda que não deve ser utilizado o conceito de hipossuficiência de recursos do Processo Civil Individual no Processo Civil Coletivo. Assim, conforme visto no capítulo anterior, muitos institutos não podem ser simplesmente transcritos sem a devida adequação no âmbito dos processos coletivos, como por exemplo, os efeitos *ex nunc* e *ex tunc* e *inter partes* e *erga omnes*.

---

[24] Dicionário compacto jurídico. Deocleciano Torrieri Guimarães, organização. 12ª ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 112.

[25] Conforme o dicionário do Aurélio, "é aquele a quem faltam as coisas necessárias à vida; muito pobre; indigente". Disponível em: http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Necessitado. Acesso em 16 de junho de 2010.

[26] Necessitados do ponto de vista organizacional são aqueles que se enquadram em situação de vulnerabilidade na sociedade por características não financeiras, p. ex., os consumidores.

Ademais, saliente-se que a Defensoria Pública possui funções atípicas como nos casos de curadoria especial e a defesa em processo penal, onde não se analisa o critério da insuficiência financeira. Caso assim fosse, então a atuação da defensoria nesses casos seria inconstitucional, o que não é caso.

Por isso, restringir a conceituação de necessitado como sendo a hipossuficiência de recursos econômicos para os processos coletivos não se mostra razoável.

A jurisprudência tem entendido que para a atuação da Defensoria Pública nos processos coletivos é limitada à existência de relação com os interesses dos necessitados, podendo apontar para qualquer tipo de interesse transindividual, inclusive os difusos, haja vista que não há necessidade destes corresponderem inteiramente a interesses dos necessitados.

É interessante notar que o STF já entendeu que a Defensoria Pública pode ajuizar ações coletivas. Nesse compasso, na ADI-MC 558/RJ, rel. o Min. Sepúlveda Pertence, entenderam-se como função institucional da Defensoria Pública "a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos para agir em defesa dos hipossuficientes". Entretanto, há ressalva de que a Defensoria Pública não dispõe de exclusividade para agir em defesa dos hipossuficientes. Assim, no que diz respeito aos direitos indisponíveis, o *Parquet* também possui legitimidade para agir, segundo se depreende no RE AgR 554.088, Rel. Min. Eros Grau, *DJ*,20.6.2008, citada no estudo sobre o Ministério Público exposto (BRANCO: 2009, p. 1047, *vide* nota de rodapé 31)

Entretanto, defende-se no presente trabalho a ampla possibilidade de atuação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública, pois de um jeito ou de outro, haverá um eventual interesse de pessoas necessitadas quando se refere a interesses difusos, p. ex., danos ambientais em uma represa atingindo as comunidades ribeirinhas. A não ser nos casos que se torne nitidamente exposto ou flagrante a impossibilidade de atuação da Defensoria Pública para tutelar os interesses individuais homogêneos de pessoas que reclamam, p. ex., de poluição sonora emitida por uma boate em um bairro de classe alta. Outrossim, existe os emblemáticos casos em que não se admite a possibilidade de se ajuizar ação coletiva em favor dos usuários de carros de luxo com defeito de fabricação que possam causar acidentes. Propugna-se que a Defensoria Pública nesse caso poderia ter legitimidade, pois em havendo possibilidade de atingir terceiros, como nos casos de transeuntes, em condições desfavoráveis e suscetíveis de sofrer acidentes. Dessa forma, o operador do direito

deve analisar o caso concreto com acuidade, não se restringindo a estrita legalidade do diploma legal, mas com uma visão macro ou potencial lesão a pessoas hipossuficientes.

Portanto, a Lei Complementar n° 132/09 ao inserir como parte legítima a ingressar com ACP, visa-se tutelar a coletividade de um modo geral, assim como, todos os hipossuficientes não apenas de recursos, mas também do ponto de vista organizacional, nele incluindo-se social, cultural e jurídico.

4.4. Existe uma possível sobreposição das atribuições da Defensoria Pública com o Ministério Público?

Para concluir, há que se verificar acerca de sobreposição de atribuições entre as instituições.

Essa questão soa com um tom de vaidade entre as instituições, esquecendo-se que os principais interessados são as pessoas que prescinde de algum recurso, seja ele financeiro, jurídico, social, econômico ou cultural.

Deve-se garantir do poderoso instrumento que é a Ação Civil Pública *lato sensu* para defender os interesses das crianças, adolescentes, idosos, consumidores, contra violência doméstica, dos portadores de deficiências, do meio ambiente, etc.

Assim, como forma de coibir tais agressões aos direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos, não há sobreposição de atribuições. Conforme defendido por DIDIER Jr. e ZANETTI a Ação Civil Pública pode ser proposta, até mesmo, em litisconsórcio ativo facultativo, com outros legitimados, por exemplo, Ministério Público e Defensoria Pública.

Não há pretexto para se negar tal legitimidade. O bem maior ou a tutela jurídica invocada é para garantir o acesso à Justiça com eficácia.

Por fim, é oportuno ressaltar as lições processualistas contemporâneos, como ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, em redação anterior a edição da Lei Complementar n° 132/2009, já defendia a tese da legitimidade ativa da Defensoria Pública, bem como já considera a hipótese de exclusão da legitimidade do Ministério Público para que este possa desempenhar seu papel principal como *custos legis*, evitando assim que no mesmo processo atue como parte e fiscal da lei, de forma a garantir a sua imparcialidade (CÂMARA: 2007, p. 50 *in* A Defensoria Pública e os Processos Coletivos).

CONCLUSÕES

> "A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir" (*A luta pelo direito de Rudolf Von Ihering, 2004, p.1*)

A Defensoria Pública é uma instituição relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Entretanto, a visão de disponibilizar serviços jurídicos no Brasil, tem seus primeiros movimentos com as Constituições de 1934 e 1946. Em seguida, temos o avanço com a edição da lei n° 1.060/50, garantindo aos pobres na forma da lei a isenção das custas processuais, desde que não prejudique o sustento de sua família.

Nessa senda, pode-se perceber que o conceito abarcado em meados do séc. XX era de assistência judiciária, ou seja, a garantia do direito de ação para todos. Assim, visualiza-se a primeira onda renovatória do Projeto de Florença na assistência judiciária para os pobres para ser ter o "Acesso à Justiça", na tentativa de eliminar as desigualdades sociais.

Com a inauguração da Constituição Democrática houve uma evolução conceitual de "assistência judiciária" para "assistência jurídica" que abrange não apenas o acesso ao judiciário, como também, a possibilidade de resolver conflitos por meio de composição extrajudicial, p. ex., mediação e arbitragem, conciliação e aconselhamento ou assessoramento jurídico para a parte hipossuficiente financeiramente.

Porém, antes da criação do novo texto constitucional foi editada a Lei n° 7.347/85, ainda sob o regime ditatorial. No entanto, o Brasil já conseguiu ultrapassar a barreira da primeira onda renovatória, passando a promover as ações coletivas (segunda onda renovatória) através Ação Civil Pública, cujo enfoque foi dado no curso do presente trabalho.

Após a jovem instituição ter sido criada com o advento da Carta Política de 1988, somente conseguiu alcançar a terceira onda renovatória a partir da LC n° 132/09 que possibilitou dentre as atribuições dadas pela LC n° 80/94, a de resolver conflitos pela via administrativa, isto é, por meio de composições extrajudiciais.

Assim, depois de examinar sistematicamente o complexo tema do acesso à Justiça, da exposição acerca da instituição da Defensoria Pública, da análise da Ação Civil Pública e a compreensão da legitimidade do nobre órgão defensório para propor ACP, permitem tirar as seguintes conclusões:

> 1. Com o surgimento da Lei Federal n° 11.448/07, que acrescentou o inciso II ao art. 5° da Lei n° 7.347/85, não pairam dúvidas sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública;
>
> 2. Não se pode negar a legitimidade da DP, pois estaria impedindo o acesso à Justiça aquelas pessoas que não possuem condições de ajuizar sequer uma demanda individual seja por falta de recursos financeiros, jurídicos, sociais e organizacionais;
>
> 3. Permite-se garantir a efetividade do acesso à justiça, viabilizando não apenas as tutelas individuais, como também os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos enaltecendo a segunda onda renovatória elucidada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth;
>
> 4. Em relação à inconstitucionalidade arguida na ADI n° 3943/2007, são imprescindíveis outros fundamentos que justifiquem a retirada da legitimidade da Defensoria Pública e a restrição da competência privativamente do *parquet* para ajuizar Ação Civil Pública. Não há razão para que a CONAMP ter ajuizado a ADI em face da suposta inconstitucionalidade do inciso II da LACP, senão também deveria ter proposta Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra os outros legitimados da Lei n° 7.347/85;
>
> 5. A propositura de Ação Civil Pública pela Defensoria Pública como forma de garantia do acesso à Justiça afirma-se pela inserção pela LC 132/09 que atribuiu a legitimidade da Defensoria Pública ao dispor no art. 4°, inciso VII, da LC n° 80/94, como função institucional a promoção de ação civil pública e de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Ante tais razões, efetivamente, é indiscutível o reforço propiciado pelas legislações infraconstitucionais permitindo que o Estado exerça sua obrigação constitucional de garantir o acesso à Justiça das pessoas hipossuficientes não apenas de recursos financeiros, mas também do ponto de vista organizacional para fazer frente às despesas dos honorários advocatícios e custas processuais. Nessa conjuntura, a Defensoria Pública como instituição una mostra-se como um dos elementos fundamentais na afirmação judicial e extrajudicial dos direitos humanos e, consequentemente, fortalecendo o Estado Democrático de Direito, tendo em vista sua atuação como instrumento de defesa da parte mais necessitada da sociedade junto ao Poder Judiciário, na realização e consolidação dos direitos fundamentais.

Portanto, pugna-se que a Defensoria Pública poderá ajuizar ACP para defender todos os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas para efetivar o acesso à Justiça, e não apenas individual.

Referências

A Defensoria Pública e os Processos Coletivos. Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007 (2008). Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil* (2006). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marilia Gonçalves. *Acesso à Justiça: em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública* (2004). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet / COELHO, Inocêncio Mártires / MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* (2009). 3ª Edição. São Paulo: Saraiva.

Brasil. III Diagnóstico - Defensoria Pública no Brasil. Brasília : Ministério da Justiça, 2009.

___. Lei Complementar Federal n° 80, de 12 de janeiro de 1994. Brasília : Ministério da Justiça, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (1988). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris.

Chayes. "*The Role of the Judge in Public Law Litigation*". O Papel do Juiz nos conflitos de Direito Público. *In.* Havard Law Review, v. 89, 1976, p. 1041-1048. Nota 90 *in* CAPPELLETTI e GARTH: 1988, p. 50.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. Revista de Processo. São Paulo, n. 77, p. 225.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual* (2008). Volume 1. Bahia: Editora Juspodivm.

DIDIER JR., Fredie. e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* (2009). Volume 4. 4ª Edição. Bahia: Editora JusPodivm.

FERREIRA FILHO-A, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional* (2003). 30ª Edição. São Paulo: Saraiva.

FERREIRA FILHO-B, Roberval Rocha (2009). *Ação de classe em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça.* Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à Justiça: da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira* (2009). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

GALANTER. "afterword: Explaining Litigation". *In*: *Law and Society Review*, v. 9, 1975, p. 347, 360. *Apud* Cappelletti e Garth. Acesso à justiça. 1988, p. 25.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. *As Prerrogativas da Defensoria Pública em Face da Lei n° 7.871 de 08/11/89, in* Revista de Direito da Defensoria Pública VI/130.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública* (2001). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: http://www.anadep.org.br/. Acesso em 06.06.2010.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito* (2004). 23ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional* (2010). 4ª Edição. Bahia: Editora Juspodivm.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* (2009). 13 Edição. São Paulo: Saraiva.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana. *Defensoria Pública* (2010). Bahia: Editora JusPodivm.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* (2004). 17ª Edição. São Paulo: Saraiva.

MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato da instituição*. Artigo dos Defensores Públicos da União. Acesso em 21 de maio de 2010. http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf

MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública* (1999). São Paulo: Malheiros.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* (2003). Volume 3. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública in Ações Constitucionais* (2008). 3ª Edição. Organizador Fredie Didier jr. Bahia: Editora JusPodivm.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice* (1996). Rio de Janeiro: Cortez.

SILVA, Sandra Lengruber. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004. p. 32-34. *In* Ferreira Filho-B: 2009, p. 74.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Carentes de Justiça* (2001). Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Ano 13, n° 17, PP. 127-146. *Apud* Cleber Francisco Alves: 2006, p. 232.