

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

JÉSSICA DO NASCIMENTO MINOTTO

**A (I)LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL
PÚBLICA TENDO POR OBJETO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

**CRICIÚMA
2014**

JÉSSICA DO NASCIMENTO MINOTTO

**A (I)LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL
PÚBLICO TENDO POR OBJETO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Jean Gilnei Custódio

CRICIÚMA

2014

JÉSSICA DO NASCIMENTO MINOTTO

**A (I) LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL
PÚBLICA TENDO POR OBJETO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Constitucional, Direito Civil e Processo Civil.

Criciúma, 01 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jean Gilnei Custódio – UNESC - Orientador

Prof. João Raphael Gomes Marinho - UNESC

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó - UNESC

Dedicada a todos aqueles que lutam pelo efetivo

acesso à justiça.

AGRADECIMENTOS

Expresso minha gratidão a todas as pessoas que de forma direta ou indireta contribuíram para a realização deste trabalho, em especial ao meu orientador, professor Jean Gilnei Custódio, por ter ajudado sobremaneira na estruturação deste.

**“A justiça atrasada não é justiça, senão
injustiça qualificada e manifesta.”**

RESUMO

A Lei n. 7.347/85, no ano de 2007, ganhou uma nova redação dada pela Lei n. 11.448/07, a qual incluiu a Defensoria Pública como legitimada para propositura de ação civil pública para tutela de direitos transindividuais. Por entender que a legitimidade dada à Defensoria Pública contraia as finalidades constitucionais da instituição, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, também no ano de 2007, ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.943, requerendo que a Lei n. 11.448/07 seja declarada inconstitucional. Atualmente, ainda não há um entendimento pacificado acerca da (i) legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais, encontrando-se a referida ADI, até a presente data, pendente de julgamento.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Atribuições. Direitos transindividuais. Ação civil pública. Legitimidade. Inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

STF Supremo Tribunal Federal

ART Artigo

LACP Lei de Ação Civil Pública

CDC Código de Defesa do Consumidor

ACP Ação Civil Pública

MP Ministério Público

CF Constituição Federal

CONAMP Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ACESSO À JUSTIÇA, DEFENSORIA PÚBLICA E MINISTÉRIO PÚBLICO.....	12
2.1.DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	12
2.2.DEFENSORIA PÚBLICA E SUAS ATRIBUIÇÕES.....	15
2.3.MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES.....	20
2.4. PECULIARIDADES E SIMILITUDES CONSTITUCIONAIS ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO.....	23
3. OS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	29
3.1. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	29
3.2.DIREITOS DIFUSOS.....	32
3.3.DIREITOS COLETIVOS.....	35
3.4.DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	37
4. A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS DIVERGÊNCIAS ACERCA DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	40
4.1.AÇÃO CIVIL PÚBLICA E LEGISLAÇÃO	40
4.2. A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DIANTE DA LEI FEDERAL N. 11.448/07.....	45
4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –ADI N. 3.943, PROMOVIDA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP.....	46
4.4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DA (I) LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TENDO POR OBJETO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	48
4.4.1 Legitimidade ampla da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública tendo por objeto direitos transindividuais.....	48
4.4.2 Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública apenas quando haja pertinência temática com o interesse de pessoas economicamente necessitadas.....	50

<u>4.4.3 Ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais.....</u>	<u>52</u>
<u>5. CONCLUSÃO.....</u>	<u>56</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>58</u>

1. INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça, nos dias atuais, é considerado o mais básico e fundamental dos direitos humanos, pois sem ele nenhum outro poderia ser efetivamente garantido. A importância deste direito é incontestável, servindo como base de sustentação de todos os demais princípios.

Para que o direito de acesso à justiça fosse efetivamente garantido, a Constituição Federal da República de 1988, elencou o Ministério Público e a Defensoria Pública como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, sendo estas indispensáveis para garantia do acesso à justiça. Porém, apesar das similitudes constitucionais entre as instituições, o constituinte traçou atribuições distintas a cada uma delas.

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são pleiteados através de ação civil pública. Os legitimados para propositura da referida ação estão elencados no art. 5º da Lei n. 7.347/85, pois pelo fato de estarem sendo defendidos direitos transindividuais, não são os próprios titulares do direito que pleiteiam em juízo os seus interesses e sim os legitimados elencados no artigo acima citado.

A Lei que rege a ação civil pública ganhou uma nova redação dada pela Lei n. 11.448/07, a qual acrescentou a Defensoria Pública como uma das instituições legitimadas para defender interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo. Porém, por entender que as atribuições constitucionais da Defensoria Pública não abrangem a tutela de direitos transindividuais, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou perante o STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No entanto, já se passaram mais de sete anos desde a promulgação da lei que incluiu a Defensoria Pública como legitimada ativa para propositura de ação civil pública sem que houvesse um entendimento pacificado acerca do tema, o que prejudica os titulares de direitos transindividuais, pois não sabem a quem podem recorrer para terem seus direitos pleiteados em juízo.

Diante desta problemática, será desenvolvido o presente trabalho, o qual será dividido em três capítulos. Primeiramente será estudado o direito fundamental de acesso à justiça e as atribuições do Ministério Público e da Defensoria Pública. Em seguida serão analisadas as espécies de direitos transindividuais e a ação pela qual são pleiteados os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Posteriormente, buscar-se-á verificar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da (i) legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais.

Para a realização deste trabalho será utilizado o método indutivo, mediante técnicas de pesquisas bibliográficas a respeito de doutrinas, legislação e jurisprudência.

O objetivo do presente trabalho é estudar os entendimentos acerca do tema, para que ao final se possa escolher dentre eles o mais adequado para a solução do embate.

2. ACESSO À JUSTIÇA, DEFENSORIA PÚBLICA E MINISTÉRIO PÚBLICO

Este primeiro capítulo tem por objetivo estudar a evolução do direito de acesso à justiça, garantido nos dias atuais pela Constituição Federal da República de 1988, bem como analisar de que modo a Defensoria Pública e o Ministério Público contribuem para a efetivação deste direito fundamental.

Para que houvesse a defesa e garantia de todos os direitos fundamentais, a Constituição Federal da República estabeleceu mecanismos para que todos, sem quaisquer distinções, pudessem usufruí-los, servindo o direito de acesso à justiça como um pilar de todos os demais direitos.

Visando esclarecer o papel da Defensoria Pública e do Ministério Público para a efetivação da garantia do acesso à justiça, serão trabalhadas as atribuições constitucionais de cada uma delas, destacando-se suas principais diferenças.

2.1.DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça tem sofrido uma grande transformação com o passar dos tempos, passando de uma garantia meramente formal para uma garantia efetiva.

Com a evolução dos direitos fundamentais, se fez necessário que o acesso à justiça fosse efetivamente garantido, para que os demais direitos pudessem ser pleiteados por seus titulares.

No sistema do *laissez-faire*¹, o acesso à justiça era visto como um direito natural, não sendo necessária uma ação do Estado para sua proteção. Sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. As pessoas que não tinham condições financeiras de utilizar plenamente à justiça e suas instituições, não eram preocupação do Estado. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Vislumbra-se que nesta época, o acesso à justiça era garantido apenas aos que pudessem arcar com as custas processuais de uma demanda, sendo ignorados os direitos dos demais cidadãos, ou melhor dizendo, da maioria deles.

¹ Esta filosofia tornou-se dominante durante o final do século XIX e início do século XX. Durante este período defendia-se a não interferência estatal nas relações mercantis, sendo supervalorizado o direito à liberdade. Hoje o sistema *laissez-faire* é o símbolo do liberalismo econômico.

Esta visão individualista passou a ser deixada para trás no momento em que as ações e relacionamentos assumiram caráter mais coletivo do que individual. Exemplifica-se este novo enfoque pela Constituição Francesa de 1946, a qual reconheceu os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades e associações de indivíduos, fazendo-se que fossem realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Segundo os ensinamentos de Cappelletti e Garth:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do Welfarestate têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo cidadãos. (1988, p. 11)

O acesso à justiça passou de uma simples teoria para encontrar reflexo no texto constitucional, representando o esforço dos operadores do direito em alargar a porta da justiça a todos os cidadãos, em especial aos cidadãos excluídos. (NALINI, 2000).

O direito de acesso à justiça está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal da República de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASI, 2014 – a).

Tanto a Constituição Brasileira quanto a dos países em que prevalece o Estado Democrático de Direito, garantem a tutela e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, significando, desta forma, que o direito de acesso à justiça é o mais básico e fundamental dos direitos humanos.

Nas palavras de Gonçalves:

Este princípio antecede em importância os demais em matéria de direitos humanos, porque sem ele nenhum outro pode ser legitimamente garantido. Representa, pois, no Estado Democrático de direito, a base de sustentação de todos os demais princípios. (2000, p. 129).

É importante ressaltar que o acesso à ordem jurídica justa determina que toda demanda levada ao órgão julgador competente, é merecedora de um provimento que resolva o conflito e seja dotada da qualidade justa, ou seja, que se realize um valor de justiça para as partes litigantes. (MORAES, 1997).

Não se pode confundir o direito de acesso à justiça com acesso ao judiciário. O acesso à justiça compreende o acesso a uma ordem de valores fundamentais para o homem, ou seja, o acesso a uma ordem jurídica justa, enquanto que o acesso ao judiciário limita-se ao acesso à justiça enquanto instituição do Estado. (GONÇALVES, 2000, p. 129).

Neste sentido, salienta Cesar:

Dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso a ela não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual. (2002, p. 49).

O direito fundamental de acesso à justiça, crescentemente reconhecido, não é apenas um direito fundamental, mas principalmente, o ponto central da moderna processualística, a qual luta incansavelmente pela igualdade entre as partes litigantes. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Acerca desse entendimento, ensinam Cappelletti e Garth:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1988, p.12) .

Para que o direito de acesso à justiça fosse efetivamente garantido a todos os cidadãos, os países ocidentais adotaram três posições básicas. A primeira posição para a solução do acesso à justiça teve início em 1965, sendo esta referente à assistência judiciária. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países acidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

Os demais posicionamentos para que o acesso à justiça fosse efetivamente garantido, emergiram mais ou menos em uma sequência cronológica. O segundo posicionamento dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, em especial no direito ambiental e no direito do consumidor. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos e coletivos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49).

O terceiro movimento e mais recente, é o que podemos chamar de enfoque de acesso à justiça, pois inclui os posicionamentos anteriores, bem como vai muito além deles, representando uma tentativa de derrubar as barreiras do acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Neste sentido, Cesar explica:

Uma terceira onde se formou e ainda não se esgotou, na busca de novas alternativas para resolução de conflitos, que não restritas ao ordenamento processual, normalmente exasperador de paixões e conflitos. Isso ocorre, diante da constatação de que somente os mecanismos já citados eram ainda insuficientes ao efetivo acesso à justiça. (2002, p. 65).

Os operadores do direito, ainda buscam, nos dias atuais, derrubar as barreiras que impedem que o direito fundamental de acesso à justiça seja garantido a todos os cidadãos sem qualquer distinção.

A Constituição Federal da República de 1988, em seu título III, dispõe sobre a organização do Estado e em seu capítulo IV elenca o Ministério Público e a Defensoria Pública como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, capazes de fazer cumprir à justiça, juntamente com o poder judiciário, sendo estas instituições indispensáveis para que o acesso à justiça seja realmente um direito de todos.

2.2.DEFENSORIA PÚBLICA E SUAS ATRIBUIÇÕES

As organizações específicas de auxílio jurídico público no Brasil surgiram e tiveram visibilidade histórica entre as três últimas décadas. Tais entes não surgiram repentinamente, tendo suas raízes nos desdobramentos jurídicos e políticos decorrentes dos dilemas e das lutas por cidadania. (LUZ, 2008).

Com a discussão dos meios de acesso à justiça, a partir dos dados coletados no Projeto Florença, contando com as reflexões que ganharam grande notoriedade com o trabalho de Cappelletti e Garth, surgiram também relevantes reflexões sobre as diversas estratégias e meios de promoção de auxílio jurídico a população. Não se tratava propriamente de uma análise

específica dos diversos modelos de serviços legais presentes naquele contexto, mas um indicativo de experiências, algumas inclusive estatais, de meios de viabilização de Assistência Judiciária. (LUZ, 2008, p.65).

No final da década de 1980, houve uma ampliação de garantias e de direitos fundamentais, conforme exposto na Constituição de 1988. Podem ser destacados como fatores que contribuíram fortemente para a abertura da atuação de entidades voltadas para o apoio jurídico popular, a legitimação processual coletiva, a crescente institucionalização dos novos movimentos sociais e o surgimento de correntes críticas na magistratura e na academia. (LUZ, 2008).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição a positivizar a Defensoria Pública, usando a expressão assistência judiciária, ou seja, apesar de positivada a sua atuação era muito restrita se comparada com a que hoje é trazida pela Constituição Federal de 1988.

Constituição Federal de 1934, artigo 113, n.32:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. (BRASIL, 2014 – b).

Já na Constituição Federal de 1937, houve um retrocesso, visto que a assistência jurídica deixou de ser positivada constitucionalmente, porém tal positivação foi restabelecida pela Constituição Federal de 1946, no artigo 141, §35.

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXVI, garante que o Estado terá que prestar assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovarem não possuir recursos financeiros para pagar por um advogado.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (BRASIL, 2014 – b).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à assistência foi consideravelmente ampliado, pois o cidadão passa a ter direito à

assistência jurídica, não mais se restringindo ao judiciário. Positivou-se, portanto, a assistência extrajudicial, bem como o órgão estatal incumbido de prestar essa assistência.

Para a efetivação do direito à assistência jurídica, a Constituição Federal da República, no artigo 134, define a Defensoria Pública como a instituição responsável pela orientação jurídica e pela defesa da população mais carente, sendo esta essencial para o Estado Democrático de Direito.

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, LXXI. (BRASIL, 2014 – a).

Conceitua-se a Defensoria Pública como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, servindo como instrumento do regime democrático de direito, cabendo-lhe a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e defesa judicial e extrajudicial, de direitos individuais e coletivos, titularizados por hipossuficientes econômicos. (MORAES, 1997).

Acerca do tema, assim ensina Moraes:

O artigo 134 da Constituição Federal consagra a Defensoria Pública como uma instituição indispensável ao exercício da função essencial da justiça, destacando-se como a primeira Constituição dos Estados Federais contemporâneos a insculpir a organização, como órgão integrante do Poder Público, assim como o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União. (1997, p.39).

O artigo 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando estabelece que a Defensoria Pública corresponde a uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, devemos entender que a instituição não desenvolve suas atividades apenas no Poder Judiciário, mas, também, perante outros órgãos independentes que exercem, de forma atípica, a função jurisdicional, de forma que a palavra justiça deve ser entendida em sentido amplo. (MORAES, 1997).

A Defensoria Pública tem por finalidade garantir a efetividade do princípio constitucional da igualdade, servindo como um instrumento que possibilita o exercício de direitos fundamentais titularizados por pessoas hipossuficientes, mantendo, desta forma, um vínculo estreito com Estado Democrático de Direito. (MORAES, 1997).

A Defensoria Pública é uma instituição nacional, sendo constituída pela Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal, Defensoria Pública dos Territórios e Defensoria Pública dos Estados, conforme disposto no artigo 2º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública. (MORAES, 1997).

Artigo 2º da Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994:

Art. 2º A Defensoria Pública abrange:

I - a Defensoria Pública da União;

II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

III - as Defensorias Públicas dos Estados. (BRASIL, 2014 – c).

O artigo 3º da Lei Complementar nº 80, de 1994, estabelece três princípios institucionais a Defensoria Pública, sendo eles a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da unidade, estabelece que a Defensoria Pública corresponde a um todo orgânico, tendo todos os defensores a mesma finalidade e os mesmos fundamentos, podendo, portanto, serem substituídos no curso de uma demanda, sem prejuízo para a validade de seus atos. (MORAES, 1997).

Como consequência do princípio institucional da unidade, há a possibilidade de um Defensor Público, no decorrer de um processo, vir a substituir outro, sem prejuízo para a atuação da Instituição ou para a validade do processo, sem que seja estabelecida, no entanto, vinculação de opiniões, já que o Defensor Público que vier a atuar posteriormente poderá possuir opinião, e, conseqüentemente, realizar procedimentos distintos daqueles efetuados pelo Defensor Público que atuou inicialmente. (MORAES, 1997, p.46).

Já o princípio da indivisibilidade, dispõe que a Defensoria Pública, por ser um todo orgânico, não está sujeita a rupturas e fracionamentos, podendo a assistência jurídica ser prestada por defensores diversos sem prejuízo na continuidade da demanda. (MORAES, 1997).

Por fim, está o princípio da independência funcional, o qual dispõe que a Defensoria Pública é uma instituição dotada de autonomia perante os demais órgãos estatais, não sendo afetada por qualquer interferência política e nem mesmo tendo hierarquia perante os demais agentes políticos do Estado. (MORAES, 1997).

Conforme Moraes:

Vale ressaltar que, em face do princípio institucional da independência funcional, os Defensores Públicos, de acordo com a classificação adotada por Hely Lopes Meirelles, são agentes políticos do Estado, ou seja, agentes públicos que executam atribuições determinadas na Constituição Federal,

dependendo, para tal, de independência funcional e outras prerrogativas. (1997, p.47).

As funções institucionais da Defensoria Pública estão elencadas no artigo 4^{da} Lei Complementar n° 80, de 1994 e podem ser divididas em funções típicas e funções atípicas.

Além das funções institucionais da Defensoria Pública elencadas no artigo 4° da Lei Complementar n° 80, de 1994, podem decorrer das Constituições Estaduais e das Leis Complementares Estaduais outras atribuições, já que ao organizar as instituições não deverão limitar-se a repetir as atribuições elencadas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, havendo a possibilidade de criarem novas funções, desde que compatíveis com a finalidade de sua atuação. (MORAES, 1997).

O artigo 4°, da Lei Complementar n° 80, de 1994, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, consagra a promoção de conciliação extrajudicial, quando o defensor deverá atuar como um verdadeiro árbitro, buscando resolver os conflitos das partes envolvidas através da conciliação amigável. (MORAES, 1997).

Outra função institucional da Defensoria Pública dispõe que cabe ao Defensor Público, nos casos em que entender necessário, a propositura da ação penal privada e da ação penal privada subsidiária da pública, visando a tutela dos interesses das pessoas hipossuficientes que lhe procuram. (MORAES, 1997).

Também está entre as funções da Defensoria Pública, a propositura de Ação Civil Pública, visando tutelar direito coletivo ou direito difuso, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes. (MORAES, 1997).

As funções da Defensoria Pública não correspondem a uma numeração exaustiva, bem como não cabe ao Estado apenas disponibilizar o profissional para ingressar com ações perante o judiciário, mas também, principalmente, disponibilizar educação em direitos, bem como promover orientações preventivas e buscar soluções extrajudiciais dos conflitos.

Moraes assim ensina:

O princípio da justiça gratuita encerra o asseguramento da realização do acesso à ordem jurídica justa, ou, conforme a doutrina portuguesa, da proteção jurídica (sem o qual seria meramente teórico), de maneira que o

provimento jurisdicional, como solução formulada pelo órgão jurisdicional competente para o conflito de interesses que lhe foi trazido ao conhecimento, não pode ser negado ou prejudicado pela insuficiência de meios econômicos. (1997, p.14).

A instituição da Defensoria Pública é de extrema importância para que haja a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois através dela as pessoas mais excluídas atualmente, os hipossuficientes econômicos, conseguem a tutela dos seus direitos, mesmo inexistindo recursos financeiros para arcar com os custos de uma demanda judicial.

2.3. MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES

A primeira Constituição a tratar o Ministério Público como uma instituição foi a de 1934, colocando-o em um capítulo a parte, prevendo que a Lei Federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, enquanto as leis locais organizariam o Ministério Público dos Estados.

O artigo 95 da Constituição Federal de 1934, assim dispôs: “o Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais”. (BRASIL, 2014 – b).

A constituição supracitada também cuidou da escolha do Procurador-Geral da República, bem como fixou garantias para os membros do Ministério Público Federal e os primeiros impedimentos dos Procuradores-Gerais.

Por sua vez, na Constituição Federal de 1937, à instituição do Ministério Público sofreu um grande retrocesso, havendo apenas alguns artigos esparsos mencionando a livre escolha e demissão do Procurador-Geral. Porém a Constituição Federal de 1946 voltou a dar relevância à instituição, conferindo-lhe título próprio.

Na Constituição Federal de 1988, foi conferido à instituição ministerial um dos mais expressivos papéis que fazem com que este órgão tenha um vínculo estreito com a garantia do acesso à justiça, sendo o de lhe incumbir o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, podendo promover as medidas necessárias para sua garantia. (MAZZILLI, 1998).

O surgimento do Ministério Público com essa maior abrangência, se deu para que fosse possível preservar valores democráticos, bem como para assegurar

um equilíbrio tanto na fase pré-processual, como dentro da própria legislação. Essa instituição passa a ser dotada de autonomia e independência funcional, sendo constitucionalmente destinado para garantir a defesa da ordem jurídica. (MAZZILLI, 1998).

No capítulo IV, a Constituição Federal da República dispõe acerca das funções essenciais à justiça, trazendo na seção I, as disposições sobre a instituição do Ministério Público.

O artigo 127, da Constituição Federal de 1988, assim dispõe:

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 2014- a).

Com a redação disposta no artigo supracitado, o Ministério Público passou não só a poder, mas principalmente a dever ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, da defesa de direitos indisponíveis e da garantia do próprio contraditório penal. (MAZZILLI, 2007).

Acerca do tema, assim explica Mazzilli:

Com a disciplina ora advinda da própria Constituição democrática de 1988, a lei complementar e, com maior razão, a ordinária, não podem contrariar a vocação institucional do Ministério Público; assim, não se lhe pode negar a promoção da ação penal pública ou recusar a iniciativa ou intervenção em qualquer feito em que se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis, bem como interesses difusos ou coletivos, considerados em sentido lato. (2007, p.106).

Os princípios institucionais do Ministério Público estão dispostos no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, sendo eles a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

O princípio institucional da unidade dispõe que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a mesma direção, enquanto o princípio da indivisibilidade significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, segundo a forma estabelecida na lei. (MAZZILLI, 2007).

Já o princípio da autonomia funcional, garante autonomia à instituição do Ministério Público perante os demais órgãos estatais, não sendo os membros do Ministério Público subordinados por nenhum outro agente político do Estado.

Nas palavras de Mazzilli:

O Ministério Público é órgão constitucional independente. Após longa evolução constitucional, sua função deixou de ser de auxiliar do governo, mas de cooperadora com a justiça. (2007, p.144).

Segundo o artigo 128 da Constituição Federal da República de 1988, a instituição do Ministério Público abrange o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A atuação do Ministério Público, nos dias atuais, é muito abrangente. Cabe-lhe na esfera criminal a apuração dos delitos e a responsabilização dos seus autores, desempenhando esse papel com liberdade de convicção, não só podendo, mas devendo agir em favor do réu, pedindo sua absolvição, quando este lhe parecer inocente. (MAZZILLI, 1998).

O Ministério Público possui um papel muito importante também na esfera civil, tendo suas funções nesta área crescido significativamente nos últimos tempos. (MAZZILLI, 1998).

Nas palavras de Mazzilli:

As ações que o Ministério Público pode propor não são apenas aquela meia dúzia de hipóteses mais conhecidas e frequentemente citadas na doutrina mais tradicional, como a ação de nulidade de casamento ou o pedido de interdição. Trata-se, antes, de mais de uma centena delas, conforme levantamentos que temos feito. Pode ainda ser um órgão interveniente, em duas hipóteses. A primeira, nos processos em que, diante da qualidade de uma parte, deva zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou suprir alguma forma de inferioridade (p. ex., intervém pela qualidade da parte quando se verifica no processo a presença de incapaz, índio, fundação, massa falida, acidentado do trabalho). A segunda hipótese ocorre, enfim, como órgão interveniente, quando pela natureza da lide, possa existir um interesse público a zelar (p. ex., em mandado de segurança, ações que envolvam questões de família, de disposições de última vontade, de estado etc.). (1998, p.15).

Pode-se dizer que toda a atuação do Ministério Público é finalística, pois sempre age em defesa de pessoas, ou de grupos de pessoas, ou de toda a sociedade. Essa atuação não é diferente na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pois nesse caso a atuação do Ministério Público está evidenciada pela finalidade interventiva. (MAZZILLI, 1998).

Em doutrina, tem-se procurado sistematizar em três as causas interventivas da instituição ministerial em juízo: a) defesa de hipossuficientes, quando visa a compensar o desequilíbrio das partes (acidentados do trabalho, favelados, grupos indígenas); b) defesa de interesses indisponíveis (ligados, de forma absoluta ou relativa, a uma pessoa ou a uma relação jurídica, como a defesa de incapazes ou a atuação nos feitos atinentes à nulidade de casamento); c) defesa de interesses globais da coletividade (a defesa dos interesses difusos ou coletivos, como na ação penal, nas ações ambientais ou na defesa de grande parcela de consumidores). (MAZZILLI, 1998, p.16).

As funções institucionais do Ministério Público devem se atentar em zelar pelos interesses sociais ou individuais indisponíveis, bem como zelar pelos interesses difusos ou coletivos, dependendo para sua atuação ora da natureza do objeto jurídico da demanda, ora da qualidade de uma das partes. (MAZZILLI, 1998).

Os Promotores de Justiça estão sempre contribuindo para a distribuição da Justiça, seja na área preventiva, com a finalidade de pacificação social e composição extrajudicial de conflitos, seja na fase posterior à violação da lei, normalmente perante o judiciário. (MAZZILLI, 1998).

O papel do Ministério Público surgiu para assegurar os valores democráticos, entretanto, somente um Estado plenamente democrático poderá interessar um Ministério Público forte e independente, dotado de autonomia e independência funcional. Essa instituição está longe de ter um papel apenas destinado a colaborar com a prestação jurisdicional do Estado, desenvolvendo suas funções também na esfera extrajudicial e até mesmo em uma atividade cautelar.

2.4. PECULIARIDADES E SIMILITUDES CONSTITUCIONAIS ENTRE A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal da República de 1988, no seu capítulo IV, título IV, elenca lado a lado a Defensoria Pública e o Ministério Público como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado. Porém, apesar de encontrarem-se lado a lado, cada instituição possui suas peculiaridades.

Tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública possuem os mesmos princípios institucionais, sendo ambas as instituições regidas pelos princípios da unidade, indivisibilidade e autonomia funcional.

Assim dispõe o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal:

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

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. (BRASIL, 2014 – a).

Já os princípios institucionais da Defensoria Pública, encontram-se previstos no artigo 3º da Lei Complementar n. 80, de 1994: “São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. (BRASIL, 2014 – c).

Outra similitude entre as instituições está inserida pelas garantias aos membros da Defensoria Pública e aos membros do Ministério Público, as quais são bem parecidas.

As garantias dos membros da Defensoria Pública encontram-se dispostas no, incisos, do artigo 43, da Lei Complementar n. 80, de 1994:

Art. 43. São garantias dos membros da Defensoria Pública da União:

I - a independência funcional no desempenho de suas atribuições;

II - a inamovibilidade;

III - a irredutibilidade de vencimentos;

IV - a estabilidade; (BRASIL, 2014 - c).

Por sua vez, as garantias dos membros do Ministério Público, estão previstas nas alíneas, do inciso I, do artigo 128, da Constituição Federal da República:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (BRASIL, 2014 – a).

Outra similitude entre as instituições encontra-se presente nas vedações aos membros da Defensoria Pública e aos membros do Ministério Público, estando tais vedações dispostas aos promotores nas alíneas do artigo 128, II, da Constituição Federal e aos Defensores Públicos dispostas no artigo 46 da Lei Complementar n. 80, de 1994.

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (BRASIL, 2014 – a).

Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

I - exercer a advocacia fora das atribuições institucionais;

II - requerer, advogar, ou praticar em Juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão;

III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

IV - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

V - exercer atividade político-partidária, enquanto atuar junto à justiça eleitoral. (BRASIL, 2014 – c).

Porém, apesar das similitudes acima mencionadas, cada uma das instituições possui peculiaridades ligadas principalmente às suas missões constitucionais, onde cada uma, da sua forma, ajuda a garantir um Estado Democrático de Direito.

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1998, assim dispõe sobre a função do Ministério Público: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (BRASIL, 2014 – a).

O Ministério Público tem funções ativas e funções interventivas, ora elencadas na Constituição Federal, ora dispostas nas leis. Algumas dessas funções são judiciais e outras extrajudiciais, sempre visando à defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social. (MAZZILLI, 2007).

Acerca das funções dos membros do Ministério Público, assim ensina Mazzilli:

Embora detenha hoje o Ministério Público centenas de atribuições, seu ofício, sob o aspecto básico, se destina a:

- a) Promover em juízo a ação penal pública, ou, em outras palavras, promover a acusação penal pública. A acusação penal não se trata de mera

denúnciação, mas sim de uma imputação formal a alguém, com a correspondente responsabilidade de propor-se a provar essa imputação, dentro das regras do devido processo legal;

b) Promover em juízo a ação civil pública, no zelo de interesses gerais da coletividade, como em matéria de defesa do meio ambiente ou de interesses transindividuais de consumidores, ou de defesa do patrimônio público e social;

c) Intervir em juízo na defesa de pessoas ou grupos de pessoas que sofram de alguma limitação de gozo ou de exercício de direitos (incapazes, deficientes, idosos, indígenas etc.), ou ainda intervir em juízo na defesa de interesses indisponíveis ou do interesse público primário (o bem geral). Nessa função interventiva, tem papel não só consultivo, mas também ativo, com ampla iniciativa probatória e recursal;

d) Investigar diretamente danos a interesses que lhe incumbam defender, por meio do inquérito civil e outros procedimentos a seu cargo;

e) Zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição;

f) Realizar audiências públicas e expedir recomendações, nas áreas de suas atribuições funcionais;

g) Exercitar o controle externo da atividade policial. (MAZZILLI, 2007, pg. 36 e37).

Já a missão constitucional da Defensoria Pública, encontra previsão no artigo 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. (BRASIL, 2014 – a).

As funções institucionais da Defensoria Pública estão dispostas no artigo 4º, da Lei Complementar n. 80, de 1994:

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

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;

XII - (VETADO);

XIII - (VETADO);

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. (BRASIL, 2014 – c).

As principais diferenças entre as duas instituições, encontram-se nas funções institucionais de cada uma delas, visto que ao Ministério Público, cabe essencialmente garantir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, enquanto que a principal função da Defensoria Pública, a qual encontra previsão na Constituição Federal, é a defesa

dos interesses dos hipossuficientes economicamente, sendo esta a finalidade de sua criação.

3. OS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Neste segundo capítulo, buscar-se-á analisar os direitos transindividuais, sempre destacando a importância dessa tutela coletiva nos tempos atuais, em que o aparato jurisdicional busca cada vez mais proporcionar acesso à justiça, bem como economia e celeridade processual.

Os interesses transindividuais são classificados em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. No decorrer deste capítulo serão estudadas cada uma dessas espécies, as similitudes que as une a as peculiaridades que lhes distinguem.

É de extrema importância sabermos identificar cada uma dessas espécies, pois as peculiaridades processuais são muitas, sendo exemplos disso a coisa julgada, que a depender das espécies será *erga omnes* ou *ultra partes* e a reparação do dano causado, que poderá ser revertido a um fundo fluído ou até mesmo executado por cada lesado.

3.1. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Assim que as pessoas deixaram de se preocupar apenas com as relações individuais, dando importância à coletiva, o direito viu a necessidade de proteção a esses novos anseios, os quais fugiam à antiga fórmula credor/ devedor, dando início à proteção dos direitos transindividuais.

Inicialmente a doutrina se viu com sérias dificuldades para definir conceitos a esses novos direitos. Alguns juristas, diante dessa grande problemática, afirmavam que os direitos coletivos eram personagens misteriosos. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

Os direitos transindividuais encontram-se situados entre o interesse público e o interesse privado. Esses direitos são compartilhados por grupos, classes ou categoria de pessoas, sendo interesses que excedem o âmbito individual, fugindo da figura tradicional de autor e réu, porém não chegam propriamente a constituir interesse público. (MAZZILLI, 2012).

Os direitos coletivos são divididos em três espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos. Para a doutrina, há os direitos essencialmente coletivos, sendo estes os direitos difusos e

os direitos coletivos e os direitos acidentalmente coletivos, sendo este os direitos individuais homogêneos. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Atendendo a essa realidade e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais já iniciada pela LACP, o CDC passou a distingui-los segundo sua origem: a) se o que une interessados determináveis que compartilhem interesses divisíveis é a origem comum da lesão (p. ex., os consumidores que adquirem produto de série com o mesmo defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível (como os consumidores que se submetem a mesma cláusula ilegal em contrato de adesão), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) 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), temos interesses difusos. (MAZZILLI, 2012, pg. 51).

Para caracterizar os interesses transindividuais, sob o ponto de vista processual, não basta o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. O que os caracteriza, acima de tudo, é a necessidade de que o acesso individual dos lesados ao Judiciário seja substituído por acesso coletivo, deste modo o resultado do processo coletivo não só evita decisões contraditórias, como também conduz a uma solução mais célere e eficiente em proveito de todo o grupo lesado. (MAZZILLI, 2012).

Dentro dos interesses transindividuais, há direitos que envolvem uma categoria determinável de pessoas, sendo estes os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos, como também há direitos compartilhados por grupos de pessoas em que os titulares deste direito são indeterminados e indetermináveis, como nos interesses difusos. (MAZZILLI, 2012).

Esses interesses coletivos, diante da sua transcendência, merecem ser tutelados coletivamente para que haja maior acesso à Justiça, não devendo apenas ser tutelados de maneira individual, visto que isso prejudicaria os titulares destes direitos.

Enquanto nos conflitos individuais a controvérsia restringe-se a interesses propriamente individuais, nos conflitos coletivos o objeto da lide são interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, estabelecendo-se uma controvérsia sobre os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas. (MAZZILLI, 2012).

Outra característica marcante na tutela dos interesses transindividuais está na conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos, pois enquanto nos

conflitos individuais a lide se estabelece entre autor e réu, nos conflitos coletivos temos grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si, como a de um grupo que com o interesse de ter um meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, enquanto que as pessoas beneficiadas com a manutenção desta fábrica requerem que ela continue aberta para a sua própria subsistência. (MAZZILLI, 2012).

Outra característica que difere os interesses individuais dos interesses coletivos está na legitimação. Nos conflitos individuais o titular do direito a ser defendido é, em regra, aquele que pede a prestação jurisdicional, enquanto que nos interesses coletivos o autor da ação defende interesses alheios, os quais são compartilhados por grupos, classes ou categoria de pessoas. (MAZZILLI, 2012).

Na tutela dos interesses difusos e coletivos a indenização ao dano causado é revertida para um fundo fluído, de utilização flexível na reparação do interesse lesado, enquanto que na tutela dos interesses individuais homogêneos o produto da indenização será repartido entre os integrantes do grupo, visto que nesta espécie de direitos transindividuais os titulares destes são pessoas determinadas ou determináveis. (MAZZILLI, 2012).

Como mencionado anteriormente, os legitimados ativos para propor ação civil pública não são os titulares do direito objetivado na lide, motivo pelo qual se faz necessário que os efeitos da decisão ultrapassem os limites das partes processuais, ao contrário do que ocorre com a coisa julgada nas ações individuais, nas quais os efeitos da decisão restringem-se as partes do processo.

O princípio da economia processual é à base dos interesses transindividuais. Na tutela coletiva é possível discutir em uma só ação o direito de um grupo, classe ou categoria de pessoas, o que evita julgamentos contraditórios, que denigrem a administração da justiça, pois pessoas em situações idênticas acabam recebendo soluções díspares. Outro viés deste princípio está nas despesas processuais, o que evita que lesados abandonem a defesa de seu direito por dificuldades financeiras. (MAZZILLI, 2012).

Cumprе salientar que identificar cada uma das espécies de interesses transindividuais é de extrema importância, a fim de que os operadores do direito solucionem com maior segurança os casos concretos, pois cada uma destas espécies possui peculiaridades processuais, como por exemplo, a coisa julgada.

3.2.DIREITOS DIFUSOS

O artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, conceitua os direitos difusos como aqueles de natureza indivisível, com titulares indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato.

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

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (Brasil, 2014 - d).

Os direitos difusos são transindividuais, metaindividuais, supraindividuais, pertencentes à coletividade, não sendo possível serem mensurados individualmente. A natureza deste direito é indivisível na medida em que só podem ser considerados como um todo, sendo os titulares deste direito pessoas indeterminadas e indetermináveis, não havendo a possibilidade de identificá-los um a um. Estes titulares são ligados por circunstâncias de fato, não havendo qualquer vínculo jurídico entre eles.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., exemplificam os direitos difusos da seguinte forma:

[...] v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa. (2010, pg. 74).

Os direitos difusos, se comparados com o interesse geral ou público, apresentam dimensão coletiva mais estendida, pois enquanto o interesse geral ou público têm a balizá-los certos valores, os interesses difusos, por sua vez, ensejam posicionamentos diversos, de conteúdo cambiante. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

Assim ensina Mancuso:

Desse modo, os interesses difusos "excedem" ao interesse público ou geral, configurando-se no quinto e último grau daquela ordem escalonada, notabilizando-se por um alto índice de desagregação ou de "atomização", que lhes permite referirem-se a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo. (2013, p. 92).

Em sua obra, o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli, compara os direitos difusos dos demais direitos, exemplificando cada um deles. Vejamos:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como os de consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse geral da coletividade com um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria de tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como os interesses dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora). (2012, pg.53).

São características dos direitos difusos a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração efêmera, contingencial. (MANCUSO, 2013).

Em regra, para que os interesses sejam juridicamente protegidos se faz necessário que guardem uma relação necessária com a sua titularidade, sendo suscetíveis de tutela estatal apenas aqueles em que sejam relevantes a ordem jurídica e pertencentes a um titular determinado, visto que nesta hipótese será possível aplicar uma sanção para o caso de não serem respeitados. (MANCUSO, 2013).

Os interesses difusos fogem a regra, visto que seus titulares são indeterminados e indetermináveis, não tendo como parâmetro para a sua proteção a titularidade, mas sim a relevância do interesse, ou seja, sua transcendência social, como parâmetro para a tutela processual. (MANCUSO, 2013).

Assim leciona Mancuso:

Altera-se, assim, fundamentalmente o esquema tradicional: a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas do fato do interesse concernir a toda coletividade ou ao menos a um segmento dela, por aí se justificando o trato coletivo do conflito. (2013, pg. 98).

Outra característica marcante dos interesses difusos é a indivisibilidade do objeto, não sendo suscetíveis de participação em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos, ou seja, a satisfação de um só implica na satisfação de

todos os titulares, assim como a lesão de um só implica na lesão de todos os demais titulares. (MANCUSO, 2013).

Com efeito, no caso de um aeroporto supersônico em vias de instalar-se em local inadequado, verifica-se que o interesse difuso contrário à sua instalação poderá ser exercido via ação popular, por meio de um dos habitantes do local ou, via ação civil pública, pela comunidade, desta feita representada por associações; de qualquer modo, o eventual sucesso da ação espalhará benefício em face de todos os envolvidos, e não somente daquele indivíduo ou daquela entidade que se dispôs a operar como paladino da comunidade; do mesmo modo, o fracasso da investida judicial frustrará, a um tempo, os portadores judiciais e os cidadãos que perfilhavam o mesmo entendimento. Daí, essa nota da indivisibilidade. (MANCUSO, 2013, p. 103).

Os interesses difusos são interesses indivisíveis, pois embora pertençam a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não é possível determinar a quem pertence este direito, muito menos a parcela destinada a cada um destes integrantes do grupo. (MANCUSO, 2013).

A intensa litigiosidade interna advém basicamente pelo fato dessas pretensões metaindividuais não derivarem de um vínculo jurídico e sim de situações de fato, muitas vezes até ocasionais. Por não se tratarem de direitos subjetivos violados e sim de interesses relevantes, verifica-se que diversas posições, por mais contrastantes que sejam, a princípio parecem ser sustentáveis. Não há um parâmetro jurídico que me permita preliminarmente avaliar a posição certa e a errada. (MANCUSO, 2013).

Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado "sambódromo", o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba. Algo semelhante se passa, presentemente, com a polêmica sobre a inversão de dinheiro público na construção e reforma de estádios, visando a Copa do Mundo de Futebol, no Brasil, em 2014. (MANCUSO, p. 107).

Os interesses difusos são interesses mutáveis, visto que não derivam de uma situação jurídica base, mas sim de situações de fato, modificando-se em simetria com essas situações. Esses interesses podem desaparecer, de modo a acompanhar a extinção da situação fática, como também podem reaparecer futuramente. (MANCUSO, 2013).

Aí, aliás, uma diferença entre os interesses e os direitos: aquelas, oriundas do plano fático ("existência-utilidade") tendem a repetir-se e a transformar-se indefinidamente; estes, presos ao plano ético-normativo, não têm a mesma plasticidade e esgotam sua função a partir do momento em que outorgam uma situação de vantagem a seu titular, ou inovam na ordem jurídica, criando, extinguindo ou modificando o *status quo ante*. (MANCUSO, p. 110).

Diante do exposto, pode se afirmar que dentre as espécies de direitos transindividuais os direitos difusos são os mais amplos, pois além de terem titulares indeterminados e indetermináveis, o objeto da lide é indivisível, pertencente a todo o grupo, sendo impossível mensurar a lesão de cada um e consecutivamente a indenização devida a cada titular.

3.3.DIREITOS COLETIVOS

Os direitos coletivos em sentido estrito foram classificados pelo Código de Defesa do Consumidor, como direitos transindividuais, de natureza indivisível, tendo como titular grupo, categoria ou classe de pessoas, sendo estas indeterminadas, mas determináveis enquanto grupo, categoria ou classe, ligadas por uma relação jurídica base.

Assim dispõe o artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; (Brasil, 2014 - d).

Além dos interesses coletivos em sentido amplo, o Código de Defesa do Consumidor introduziu também um conceito mais restrito de direitos coletivos, sendo estes denominados de direitos coletivos em sentido estrito. Nesta espécie os interesses são transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, ligados por uma relação jurídica base comum. (Mazzilli, 2013).

Assim ensina e exemplifica Mazzilli:

Cabe, também aqui, uma advertência. Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada que une o grupo. Exemplifiquemos com uma cláusula ilegal em contrato de adesão. A ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. (2013, p. 55).

A principal diferença entre os interesses difusos e os interesses coletivos é a determinabilidade e consequente coesão como grupo, categoria ou classe anterior ao dano, elemento que se verifica nos direitos coletivos em sentido estrito e não ocorre nos direitos difusos. Portanto, o que importa para a tutela jurisdicional é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, visto que a tutela se revela indivisível, não estando à ação coletiva a disposição dos indivíduos titulares deste direito. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

Nesta espécie de interesses, a coisa julgada terá efeitos para além das partes, porém será limitada ao grupo, categoria, ou classe, conforme dispõe o artigo 103, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Os autores dos processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto tramita a ação coletiva, podendo, ainda, excluir-se da ação coletiva, com a continuidade de suas ações individuais, nos moldes do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Assim como nos interesses difusos, os interesses coletivos também apresentam certa conflituosidade, porém bem menos intensa e de outra natureza. A conflituosidade nos interesses coletivos se torna mais circunscrita porque somente um grupo determinado e qualificado pela pertinência temática é portador legitimado desses interesses, enquanto que nos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos e a mobilidade e fluidez do objeto ampliam expressivamente a área conflituosa. (MANCUSO, 2013).

Assim como nos interesses difusos, os interesses coletivos possuem objeto indivisível, porém, distinguem-se não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Enquanto que os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, os interesses coletivos

pertencem a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma relação jurídica básica. (MAZZILLI, 2012).

Os interesses coletivos também possuem similitudes com os interesses individuais homogêneos, pois ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis. A principal diferença entre essas espécies está na divisibilidade do interesse, visto que apenas os interesses individuais homogêneos são divisíveis. (MAZZILLI, 2012).

Assim explica Mazzilli:

Exemplifiquemos com uma ação coletiva que vise à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão. No caso a sentença de procedência não irá conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse de ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito). (2012, pg. 56).

Apesar das similitudes com os interesses difusos e individuais homogêneos, os direitos coletivos em sentido estrito possuem características bem marcantes. Esta espécie de interesses ou direitos são transindividuais na medida em que se manifestam em razão da própria coletividade, abrangendo uma quantidade de pessoas determinada ou determinável. Nestes direitos há um vínculo associativo entre os interessados ou entre estes e a parte contrária. Destaca-se, ainda, que os interesses coletivos possuem uma potencial e abrangente conflituosidade, sendo indivisível o interesse tutelado. (BRANDÃO, 1996).

Em comparação com as demais espécies de interesses transindividuais, é possível vislumbrar que apenas nos interesses coletivos em sentido estrito a relação que une os titulares do direito é jurídica, enquanto que nos interesses difusos e individuais homogêneos a relação que une os titulares é fática.

3.4.DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, os interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, classe ou categoria de pessoas, sendo os titulares deste direito pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, oriundos de circunstâncias de fato.

O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é desnecessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que ele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais. (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2013, pg. 80).

Assim como os interesses difusos, os interesses individuais homogêneos originam-se de circunstâncias de fato. Entretanto, as similitudes acabam por aqui, visto que os titulares dos interesses difusos são indetermináveis e o objeto de seu interesse é indivisível, enquanto que nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis e o objeto da lide é divisível.

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como numa ação civil pública que visasse a combater uma cláusula abusiva em contrato em contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só. Ao contrário, se a ação civil pública versasse interesses coletivos, em sentido estrito (p. ex., a nulidade da cláusula contratual), deveria ser decidida de maneira indivisível para todo o grupo. (MAZZILLI, 2012, pg. 57).

Não são apenas os direitos coletivos em sentido estrito que possuem origem numa relação jurídica comum. Nos interesses difusos e nos individuais homogêneos também há uma relação jurídica subjacente, entretanto, nos interesses coletivos em sentido estrito a lesão advém diretamente da relação jurídica, enquanto que nos interesses difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é suscitada apenas como causa pedir. (MAZZILLI, 2012).

As principais características que envolvem o conceito de interesses individuais homogêneos: a) cuida de um tratamento coletivo para interesses ou direitos que podem ser perfeitamente defendidos por instrumentos do processo civil tradicional; b) abrange uma série de indivíduos identificados ou identificáveis; c) não há relação base entre os interessados, estando eles ligados pela circunstância de os seus interesses decorrerem de uma causa comum; d) sua proteção também decorre de uma profunda modificação da litigiosidade que se manifesta na sociedade atual. (BRANDÃO, 1996, pg. 97).

A criação desta espécie de direitos transindividuais é de extrema importância, visto que sem ela seria impossível tutelar coletivamente direitos individuais com dimensão coletiva em razão da sua homogeneidade, decorrente da massificação/ padronização das relações jurídicas e lesões daí decorrentes. Esta categoria representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade de tutelar coletivamente direitos individuais com dimensão coletiva. Esta espécie tende a realizar com afetividade a Justiça frente aos reclames da vida atual. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

A possibilidade de determinar os titulares dos direitos individuais homogêneos não altera a possibilidade e pertinência da sua tutela coletiva. O tratamento molecular, nas ações coletivas, é o traço distintivo entre essa espécie e os direitos individuais. A vantagem desse tratamento uno para direitos pertencentes a um grupo é evidente, visto que proporciona economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

Após o surgimento da lesão, que tem origem comum, o grupo de titulares de direitos individuais homogêneos é criado por ficção legal, sendo essa comunhão na ancestralidade da lesão o que torna homogêneo o direito individual. Uma das principais diferenças dessa espécie de direitos transindividuais está na possibilidade de, em liquidação e execução da sentença coletiva, o percentual devido a cada vítima poder ser individualizado. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

Na maioria das vezes a tutela coletiva posterior à lesão, chamada de tutela repressiva, será para direitos individuais homogêneos, enquanto que a tutela coletiva preventiva, também chamada de inibitória, para evitar um dano, terá como objeto direitos difusos ou coletivos, conforme o caso. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Esta espécie de direito transindividual demonstra a preocupação dos legisladores frente aos problemas atuais da sociedade e do próprio judiciário. Essa categoria garante acima de tudo acesso à justiça, economia processual e celeridade na solução dos conflitos.

4. A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS DIVERGÊNCIAS ACERCA DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Neste terceiro e conclusivo capítulo será estudada a ação civil pública, na qual são pleiteados os direitos transindividuais. A Lei n. 7.347/85, que rege a referida ação, prevê as hipóteses de cabimento da ação civil pública, os legitimados ativos para propositura da demanda, os efeitos da coisa julgada, entre outras regras inerentes a esta ação.

Será estudada também, a nova redação dada pela Lei Federal n. 11.448/07, a qual legitimou a Defensoria Pública como legitimada ativa para propositura de ação civil pública.

Por conta dessa nova redação dada a Lei n. 7.347/85, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ingressou com a ADI n. 3.943, requerendo que a lei Federal n. 11.448/07 seja declarada inconstitucional, excluindo a Defensoria Pública do rol de legitimados para propositura de ação civil pública.

Por conta das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, analisaremos os três principais entendimentos acerca do tema. Este estudo será de extrema importância para que ao final possamos nos posicionar sobre qual entendimento é o mais adequado para garantia do efetivo acesso à justiça, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal da República.

4.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E LEGISLAÇÃO

As ações que tutelam a defesa dos direitos da coletiva, no último século, adquiriram a configuração constitucional de direitos fundamentais, havendo menções acerca delas no artigo 5º, incisos XXV, LXX, LXXIII e artigo 129, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988.

A lei 7.347 de 24 de julho de 1985 usou a denominação ação civil pública para se referir à ação que visa tutelar os direitos transindividuais. Na referida lei estão previstas as hipóteses de cabimento da demanda, os legitimados para a propositura da ação, os efeitos da coisa julgada, entre outras peculiaridades referentes a esta ação.

A ação civil pública regida pela Lei n. 7347/85, assim como a ação popular e o mandado de segurança, é uma espécie de ação coletiva. Para que seja considerada uma ação coletiva é necessário o cumprimento de alguns requisitos, sendo eles: tutela direta ou indireta de interesse público primário, legitimação extraordinária e adequada representação dos substitutos, coisa julgada diferenciada, maior amplitude da conexão e um direito coletivo como causa de pedir. (ZANETI JUNIOR; GARCIA; 2010).

Principalmente pelo fato de tutelarem direitos transindividuais, o legislador se preocupou em estabelecer regras diferenciadas para as ações coletivas. Estas regras, como é o caso da coisa julgada e da indisponibilidade da demanda, visam, acima de tudo, proteger os titulares do direito pleiteado.

O artigo 5º da Lei. 7347/85 traz em seus incisos os legitimados para propor ação civil pública:

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

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

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

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

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

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

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 12.966, de 2014). (BRASIL, 2014 - e).

Ou seja, a legitimação para propositura de ação civil pública é plumária e mista. Plumária porque a lei prevê mais de um legitimado e mista porque temos órgãos estatais e privados entre os legitimados. (ZANETI JUNIOR; GARCIA, 2010).

Conforme exposto acima, a legitimação para propor ação civil pública não é ordinária como nos processos individuais, visto que não será o titular do direito subjetivo que terá legitimidade para ingressar com a demanda. A legitimação no caso de ACP é extraordinária, pois o direito subjetivo será defendido por um terceiro, em nome próprio.

A legitimação extraordinária poderá ocorrer por representação ou por substituição processual. No primeiro caso é necessário que o titular do direito subjetivo autorize a representação, já no segundo independe de autorização. O STF decidiu que a legitimação nos processos coletivos independe de autorização, tratando-se, portanto, de substituição processual. (ZANETI JUNIOR; GARCIA, 2010).

Após a verificação da legitimação pelo ordenamento jurídico, é feito um controle judicial da adequada representação, verificando se o substituto processual apresenta condições de desenvolver de maneira adequada a defesa em juízo do direito pleiteado pela coletividade. Busca-se, portanto, que a classe/ grupo ou categoria esteja bem representada nas demandas coletivas, por um legitimado que exerça efetivamente a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR. 2010).

Vencida esta etapa, o juiz irá analisar a existência dos requisitos exigidos a subsunção da situação fática em uma das hipóteses de cabimento previstas em lei. Nesta decisão são definidos os contornos do grupo, bem como a natureza coletiva da ação proposta. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2013).

A existência do processo coletivo será adequadamente comunicada aos membros do grupo, em regra, através da publicação de editais. Essa comunicação tem por objetivo proporcionar ao legitimado extraordinário a fiscalização da condução do processo, bem como proporcionar o direito de sair da incidência da decisão coletiva. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010).

Os artigos 6º e 7º da Lei n. 7347/85 preveem o dever funcional de informar o Ministério Público, órgão curador da sociedade, sobre fatos que constituam objeto de ação civil pública.

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis. (BRASIL, 2014 - e).

A competência para processar e julgar a ação coletiva está prevista no artigo 2º, *caput*, da Lei 7347/85, bem como no artigo 93, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. (BRASIL, 2014 - e).

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. (BRASIL, 2014 - d).

Conforme previsto nos artigos acima transcritos, quando o dano for de esfera local, a competência será no foro do lugar onde ocorreu o dano, porém, se o dano for nacional ou regional será competente para processar e julgar a demanda o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Ainda, se o dano tiver ocorrido em mais de foro, porém não for o caso de dano regional, a demanda poderá ser ajuizada em qualquer uma das comarcas em que o dano incidiu.

Os princípios que balizam o processo coletivo permitem ao órgão jurisdicional que seja mais flexível em relação ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito da demanda e, assim, legitimar sua função social, que é pacificar com justiça na busca da efetivação dos valores democráticos. Esta flexibilização busca assegurar que questões meramente formais não embacem a finalidade do processo. (ZANETI JUNIOR; GARCIA, 2010).

O processo coletivo, diferentemente do processo individual, traz a ideia de indisponibilidade do interesse público. Contudo, esta obrigatoriedade não é integral, devendo ser feito um juízo de oportunidade e conveniência para o ajuizamento da ação coletiva. Esta indisponibilidade traduz a preocupação do microssistema no efetivo ajuizamento e na continuidade das ações coletivas. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

A ação civil pública é regida por normas e princípios próprios, aplicando-se residualmente o Código de Processo Civil quando surgir um problema na aplicação da lei. Ou seja, antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete

deverá examinar o conjunto legislativo que constitui o microssistema. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013).

O artigo 13, *caput*, da Lei n. 7347/85, determina que o produto arrecadado nas ações civis públicas ou coletivas destina-se a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (BRASIL, 2014 - e).

Contudo, nem todo o produto arrecadado na demanda será destinado ao fundo acima mencionado, podendo, em alguns casos, destinar-se à reparação de lesões individuais homogêneas.

A ação civil pública pleiteia a reparação integral do dano, visando recuperar o direito lesado, sendo apenas em último caso pleiteado a indenização pelo dano causado ao invés da recuperação do bem lesado.

É importante mencionar que a ação civil pública rege-se pelo princípio da não-taxatividade, não sendo possível limitar as hipóteses de cabimento de ação coletiva. Desta forma, qualquer direito coletivo poderá ser demandado em juízo, sendo inconstitucionais as limitações levadas a efeito tanto pela jurisprudência quanto pela legislação infraconstitucional. (ZANETI JUNIOR; GARCIA, 2010).

Na ação civil pública, o Poder Judiciário, possui poderes amplos e deve atuar independentemente de iniciativa das partes para a busca do processo real e a efetividade do processo coletivo.

Os doutrinadores Zaneti Junior e Garcia, assim ensinam acerca do tema:

Tal sistema concede poderes instrutórios amplos, autorizando o julgador: 1) determinar *ex-officio* a produção de toda a prova necessária ao alcance da verdade processual; 2) conceder liminar, com ou sem justificação prévia (art.12 da lei n. 7.347/85); 3) conceder a antecipação de tutela com ou sem requerimento da parte (art. 84, § 3º, da lei n. 8.078/90; 4) conceder medidas de apoio previstas no art. 84, § 3º, da lei n. 8.078/90, para assegurar o resultado prático equivalente. (2010, p. 22 e 23).

Outra peculiaridade da ação civil pública está na extensão da coisa julgada. O artigo 103 da Lei n. 8.078/90, define em seus incisos a extensão da coisa julgada em cada uma das espécies de direito coletivo.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (BRASIL, 2014 – d).

Conforme dispõe o artigo acima transcrito, nas hipóteses em que se pleiteiam interesses difusos e individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* e quando a ação tutelar direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada será *ultra partes*.

Outra regra que compõe o devido processo coletivo é de que os titulares de direitos individuais não serão prejudicados, mas tão somente beneficiados pela decisão coletiva. Fica garantido ao titular do direito coletivo, em caso de procedência da ação civil pública, utilizar a decisão favorável em seu processo individual, desde que comprove a identidade fática de situações. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010).

Ainda, conforme dispõem os incisos do artigo 103 da Lei n. 8.078/90, não haverá coisa julgada quando o julgamento for de improcedência por falta de provas, podendo ser reproposta a demanda.

Todas as regras elencadas no presente tópico demonstram com clareza a preocupação do legislador em buscar que a tutela dos direitos coletivos fosse realizada de maneira efetiva, buscando com que os litígios coletivos fossem solucionados de maneira célere e lisa.

4.2. A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DIANTE DA LEI FEDERAL N. 11.448/07

A Lei Federal n. 11.448/07 alargou o rol de legitimados para a propositura de ação civil pública, incluindo no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, a Defensoria Pública.

Conforme disposto no artigo acima citado, além do Ministério Público, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, fundação, sociedade de

economia mista e associações, a Defensoria Pública também possui legitimidade para propor ação civil pública.

A legitimação para propositura de ação civil pública é concorrente e disjuntiva. Concorrente, porque há mais de um sujeito de direito autorizado a tutelar em juízo o direito pertencente à coletividade. Disjuntiva, porque cada entidade legitimada a exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados. (ZANETI JUNIOR; GARCIA, 2010).

Antes da nova redação dada pela Lei Federal n. 11.448/07, o entendimento majoritário, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, não era favorável a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Existiam apenas duas possibilidades de a Defensoria Pública ajuizar ACP. Uma delas seria a Defensoria Pública atuar como representante judicial. Nesta hipótese a Defensoria estaria apenas representando um legitimado. Por exemplo, quando uma associação hipossuficiente, que tivesse legitimidade no caso concreto para ajuizar ACP, procurasse a Defensoria Pública para lhes representar em juízo. Neste caso, a petição inicial terá a associação como representada pelo Defensor Público subscritor da peça. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2010).

Outra possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ACP antes da nova redação decorria do artigo 82, III, da Lei n. 8.078/1990. Este artigo prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo que despersonalizados, para a defesa dos direitos dos consumidores. Neste caso, o autor da ação seria um órgão da Defensoria Pública. Ressalta-se que essa possibilidade de insere no conjunto dos microssistemas da tutela coletiva, podendo, desta forma, ser estendida para todas as possibilidades de ajuizamento de ações civis públicas. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2013).

Porém, a nova redação dada pela Lei n. 11.448/07 trouxe muitas discussões no campo jurisprudencial e doutrinário, pois muitos sustentam que a referida lei é inconstitucional, pois fere as finalidades constitucionais traçadas à Defensoria Pública.

4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –ADI N. 3.943, PROMOVIDA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP

A CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) ajuizou no ano de 2007, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, contestando o artigo 5º, II, da Lei 7.347/1985, com redação dada pela Lei n. 11.448/2007, que legitimou a Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Alega a CONAMP, na referida ADI, que a nova redação dada pela Lei 11.448/2007 contraria os artigos 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal. Isso porque a Constituição Federal criou a Defensoria Pública para prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes, sendo assim, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser individualizados, identificados, para que seja possível verificar se o titular do direito pleiteado é hipossuficiente.

Ocorre que, conforme exposto no segundo capítulo do presente trabalho, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são transindividuais, não havendo, portanto, como a Defensoria Pública atuar na tutela desses direitos. Segundo a CONAMP admitir que a Defensoria Pública possa ajuizar ação civil pública implicaria em deformar a figura da instituição desenhada pela lei fundamental.

Alega, ainda, que legitimar a Defensoria Pública no ajuizamento de ação civil pública não irá incrementar o acesso à justiça, pois segundo a CONAMP não é preciso que existam diversos legitimados para propor ACP e sim que haja legitimados capazes de defender os direitos transindividuais de maneira efetiva.

Cita-se aqui, um trecho da ADI n. 3943:

A luta será vencida não tanto pelo número de armas que se tenham, mas pela estratégia que se venham a desenvolver. Nesse ponto, o legislador também não apurou adequadamente os meios para consecução dos fins, sucumbindo ao apelo fácil – e compreensível – do argumento pró-direitos. Não planejou como deveria nem previu que seu intento transportava o próprio gérmen da implosão. Corremos o risco de novas formas de conflitos interorgânicos e de desperdício de energias humanas e estatais sem ganhos adicionais para a cidadania. (CONAMP, p. 14).

Em síntese, esses são os motivos pelo qual a Associação dos Membros do Ministério Público requer que seja declarada inconstitucional a nova redação dada pela Lei 11.448/2007.

Vale lembrar que o julgamento da citada ADI ainda não ocorreu, não havendo nem ao menos previsão para tanto. O processo que chegou ao STF em 2007 e tem como relatora a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

4.4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DA (I) LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TENDO POR OBJETO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A nova redação dada pela Lei n. 11.448/2007, inovou ao acrescentar a Defensoria Pública como legitimada para ajuizar ação civil pública. Porém, convém frisar, que não houve nenhuma mudança no texto constitucional acerca das atribuições da Defensoria Pública.

Diante disto, apesar de a Defensoria Pública estar expressamente incluída no rol dos legitimados para ajuizar ação civil pública, as divergências acerca do tema ainda estão longe de serem dirimidas.

A jurisprudência e doutrina majoritária firmam entendimento no sentido de que a Defensoria Pública não possui legitimidade universal à propositura de ação civil pública. Porém, há aqueles que sustentam que a legitimidade da Defensoria Pública deva ser ampla, para que seja garantido maior acesso à justiça.

4.4.1 Legitimidade ampla da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública tendo por objeto direitos transindividuais

Após a nova redação dada Lei n. 11.448/2007, a qual incluiu a Defensoria Pública como uma das instituições legitimadas para propositura de ACP, não só a Associação Nacional dos Defensores Públicos, como também diversos juristas e doutrinadores, sustentam que a legitimidade da Defensoria Pública é ampla, visto que a lei que lhe legitimou, em nada restringiu sua atuação.

Segundo este entendimento, a Defensoria Pública pode ajuizar Ação Civil Pública para defender direitos individuais homogêneos, direitos coletivos em sentido estrito e até mesmo direitos difusos, não sendo necessário que os titulares do direito pleiteado sejam pessoas hipossuficientes.

Esse foi o entendimento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A Defensoria Pública da União tem legitimidade para promover ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho visando à defesa de interesses individuais homogêneos, quando desrespeitados direitos sociais assegurados pelo ordenamento jurídico, nos termos do art. 5º, II, da Lei 7.347/85, combinado com o art. 4º, VII, da Lei Complementar nº 80/94 e o art. 81, III, do CDC. Recurso provido no item. (...) (TRT-4 - RO: 7431720105040812 RS 0000743-17.2010.5.04.0812, Relator: JOSÉ FELIPE LEDUR, Data de Julgamento: 29/06/2011, 2ª Vara do Trabalho de Bagé). (BRASIL, 2014 – f).

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOSITURA DE DEMANDA COLETIVA NA DEFESA DE DIREITOS DOS CONSUMIDORES. SENTENÇA ANULADA. A quaestio juris consiste em saber se a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública objetivando a defesa dos interesses de coletividade de consumidores de serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, residentes na comunidade Asa Branca, localizada às margens da Avenida Salvador Alhende no Recreio dos Bandeirantes, nesta Cidade. Filio-me ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e também por esta E. Corte, segundo o qual a Defensoria Pública tem legitimidade para propor Ação Civil Pública que tenha como objeto a proteção e defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade. Sentença anulada com determinação do regular prosseguimento do feito. PRECEDENTES DO STJ E DO TJRJ. APELO PROVIDO NA FORMA DO ARTIGO 557, § 1º-A DO CPC. (TJ-RJ - APL: 3300140320118190001 RJ 0330014-03.2011.8.19.0001, Relator: DES. JORGE LUIZ HABIB, Data de Julgamento: 25/04/2012, DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL). (BRASIL, 2014 – g).

Não foi outro o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª

Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ENSINO SUPERIOR. REINGRESSO AUTOMÁTICO. POSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que a Defensoria Pública da União requer que os estudantes do Curso de Geografia da UFRN tenham direito ao reingresso automático para outra modalidade do curso ao se formarem - licenciatura ou bacharelado -, nos moldes do que previa a Resolução nº 75/2000 do CONSEPE, direito que restou extinto a partir de janeiro de 2008, consoante decisão do Colegiado do Curso de Geografia, através da Resolução nº 02/07, de 05 de novembro de 2007, que produziu efeitos retroativos com relação aos alunos submetidos à regência da norma anterior; 2. Em que pesem algumas divergências relativas à legitimidade da Defensoria Pública na propositura de ação civil pública, diversos julgados dos tribunais pátrios já vêm admitindo essa possibilidade; 3. No caso concreto, o direito de redirecionamento automático para outra modalidade do curso ao se formar, qual seja, licenciatura ou bacharelado, já integrava a esfera de direitos daqueles que ingressaram na graduação antes da alteração envidada pela

Resolução nº 02/07, e daí não ser possível fazer retroagir essa norma para alcançar os casos dantes já aperfeiçoados; 4. Assim, deve a sentença ser reformada unicamente para que a Resolução nº 02/07 não se aplique aos acadêmicos do Curso de Geografia da UFRN que ingressaram na graduação antes de seu advento; 5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF-5 - AC: 200984000012070, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 29/10/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: 13/11/2009). (BRASIL, 2014 – h).

Em todas as decisões acima transcritas, verifica-se que a legitimidade ativa da Defensoria Pública foi reconhecida de maneira ampla. Isso porque não havia pertinência temática entre os direitos pleiteados e as finalidades constitucionais traçadas à Defensoria Pública.

Convém frisar que esse entendimento não é unânime. É possível vislumbrar isso também nas jurisprudências citadas, pois os processos apenas chegaram na 2ª instância porque foram interpostos recursos das decisões de 1º grau, as quais decidiram pela ilegitimidade da Defensoria Pública naqueles casos.

4.4.2 Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública apenas quando haja pertinência temática com o interesse de pessoas economicamente necessitadas

Uma das correntes seguidas tanto por doutrinadores quanto pelos juristas, dispõe que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública se dará apenas quando for pleiteado o direito de titulares hipossuficientes.

Segundo esta corrente, inicialmente há de se analisar as atribuições conferidas pelo texto constitucional à Defensoria Pública. Estas disposições encontram-se previstas nos artigos 134 e 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, conforme estudado no primeiro capítulo do presente trabalho.

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. (BRASIL; 2014 - a).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (BRASIL, 2014 - a).

Diante da leitura dos artigos acima transcritos, observa-se que a função dada pelo texto constitucional à Defensoria Pública é a de suprir a capacidade postulatória daqueles que não possuem condições financeiras de contratar um advogado particular.

Sabe-se que todo o sistema normativo deve obedecer aos parâmetros traçados pela Constituição Federal, sendo assim, seja qual for a atribuição dada pela norma infra legal à Defensoria Pública, ela terá que ser compatível com os limites traçados pelo constituinte.

Embasados nos fundamentos acima expostos, muitos doutrinadores e juristas entendem que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ACP se restringe à defesa dos direitos e interesses dos hipossuficientes.

Neste sentido ensinam os doutrinadores Frídie e Hermes:

Para que a Defensoria Pública seja considerada como “legitimada adequada” para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas “necessitadas”, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de Playstation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. (2013, p. 222)

Este também foi o entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/1985 com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007) deve ser apreciada à luz da Constituição Federal, ou seja, a Defensoria Pública da União poderá tutelar interesses transindividuais em juízo, que se enquadrem nas situações descritas nos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134, da CF. 2. Hipótese em que a Defensoria Pública da União está postulando em defesa dos candidatos, que respondem a inquérito policial ou que foram condenados por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado, interessados em participar do concurso público regido pelo Edital n. 001/2008. Não há restrição a direitos de necessitados, decorrente da situação de carência, mas restrição ao acesso, de necessitados ou não, a concurso público, baseada no princípio da presunção de inocência. Não se tratando de restrição ou lesão de direito relacionada ao estado de carência, não tem a defensoria pública legitimidade ativa para o processo coletivo. 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF-1 - AC: 776 BA 0000776-14.2009.4.01.3300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de

Julgamento: 25/10/2010, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.54 de 08/11/2010). (BRASIL, 2014 - i).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSES DE CANDIDATOS DE CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. AGRAVO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. 1. Trata-se de Agravo em Medida Cautelar, incidental à ação civil pública nº. 2007.80.00.007139-0, promovida visando obrigar a UNIÃO a realizar todas as fases da primeira etapa do Concurso Público para o provimento de cargos de Policial Rodoviário Federal em todas as capitais do País, e não somente nas capitais das regiões Norte e Centro-oeste, conforme prevê o edital do certame. 2. Conquanto a Lei nº. 11.448/07 tenha alterado o art. 5º da Lei nº. 7.374/85 de modo a reconhecer a legitimidade à Defensoria Pública para promover ação civil pública, não assegurou a mesma, a propositura de ação civil pública sobre qualquer matéria, sobretudo quando extrapole a sua função institucional, que é defender os direitos e interesses das pessoas hipossuficientes, conforme previsto no art. 134, da Constituição Federal de 1988. 3. Assim, como as decisões do STF proferida em sede do controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante e eficácia erga omnes, por força da decisão proferida na ADI-MC 558/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/08/1991, DJ 26/03/1993, p. 5001, Ement., Vol. 01697-02, p. 00235, a Defensoria Pública somente terá legitimidade para promover ação civil pública quando evidenciada a hipossuficiência dos titulares do direito ou interesse coletivo ou individual. 4. Em síntese, não cabe à Defensoria Pública promover a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos de candidatos em concurso público que não são necessitados, como o fez, no caso em tela, mas tão somente a defesa dos necessitados, por ser esta sua função institucional (art. 134 c/c o art. 5º. LXXIV, ambos da Constituição Federal de 1988). Precedente do STJ: EDRESP 200500386890 - (734176 RJ) - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 28.09.2006 - p. 203. 5. Agravo Interno conhecido, mas improvido. (TRF-5 - MCTR: 2420 AL 0093939142007405000001, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Substituto), Data de Julgamento: 05/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 14/07/2008 - Página: 265 - Nº: 133 - Ano: 2008). (BRASIL, 2014 - j).

Conforme o entendimento estudado no presente tópico, a legitimidade da Defensoria Pública se restringe as suas atribuições definidas pela Constituição Federal. Segundo esta corrente, é inadmissível que uma lei ordinária fixe funções incompatíveis com as já traçadas pelo texto constitucional.

4.4.3 Ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais

Segundo esta corrente, a Defensoria Pública não tem legitimidade para propor ação civil pública, isso porque a Constituição Federal de 1988 traçou as

finalidades da instituição, sendo estas finalidades incompatíveis com a tutela de direitos coletivos.

A Defensoria Pública deve analisar a sua vocação a partir do perfil constitucional traçado para ela. Esse perfil está disposto no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, vejamos:

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. (BRASIL, 2014 – a).

Ainda, o inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal da República, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 2014 - a).

Em análise as normas constitucionais acima transcritas, percebe-se que a finalidade traçada pelo constituinte à instituição foi a de prestar assistência judiciária aos necessitados, sendo esta atribuição essencial para a garantia do efetivo acesso à justiça.

Desta forma, já que o constituinte incumbiu-lhe a defesa dos direitos subjetivos dos necessitados, não há como reconhecer que a instituição possa ser legitimada a tutelar direitos coletivos, atribuição que a constituição já definiu como sendo do Ministério Público.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL, 2014 - a).

Segundo este entendimento, o fato de a instituição possuir funções atípicas, não deve trazer a ideia de que possa ajuizar ação civil pública para tutelar direitos transindividuais, isso porque, conforme o artigo acima transcrito, já existe um órgão legitimado para esse tipo de tutela.

Ocorre que, o §1º, do artigo 129, da Constituição Federal, dispõe que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. (BRASIL, 2014 - a).

Porém, segundo os adeptos desta corrente, o fato de a Constituição prever que a legitimidade do MP não é privativa, não gera a ilação de que pode ser

atribuída a uma pessoa ou órgão estatal a superposição dessa sua atividade. Para eles, o objeto da CF foi permitir que essa defesa pudesse ser exercida por outros órgãos ou pessoas jurídicas, exigindo, para tanto, que haja pertinência temática. (CONAMP).

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público é adepta deste entendimento, para eles as pessoas atendidas pela Defensoria Pública devem ser ao menos individualizáveis, identificáveis, para que se saiba que a pessoa atendida pela instituição não possui recursos financeiros para contratar um advogado particular. (CONAMP).

Segundo esta corrente, a Defensoria Pública pode atuar apenas como representante processual de um legitimado, não sendo possível, em nenhuma hipótese, atuar como substituto processual.

Neste sentido foi o voto da Desembargadora Albergaria Costa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFENSORIA PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA - RECONHECIMENTO. Nos termos do art. 5º, II, da Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a Defensoria Pública possui legitimidade ativa para propositura de Ação Civil Pública na defesa dos interesses individuais e coletivos. V.V. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO A MENORES. DEFENSORIA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. **A Defensoria Pública não pode ajuizar a ação em nome próprio para defender o interesse individual de outro sujeito de direito, pois, ao assim proceder, deixa de atuar como assistente - conforme função constitucional que lhe foi atribuída - e passa a agir como parte, em substituição processual do hipossuficiente.** Recurso conhecido e desprovido. (TJ-MG - AI: 10105120234593002 MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 09/05/2013, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/05/2013). (Não grifado no original). (BRASIL, 2014 - k).

A desembargadora, que no julgamento do acórdão acima transcrito atuava como relatora, teve seu voto vencido pelo voto dos demais desembargadores da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Porém, convém transcrever os fundamentos utilizados pela desembargadora em seu voto.

Primeiramente, é preciso registrar que a Defensoria Pública é instituição criada para prestar "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art.5º, LXXIV, CR/88), ou seja, para aqueles não possuam disponibilidade financeira para contratar um advogado particular.

Por isso, entendo que a Defensoria Pública não pode ajuizar a ação em nome próprio para defender o interesse de outro sujeito de direito, pois, ao assim proceder, deixa de atuar como assistente - conforme função

constitucional que lhe foi atribuída - e passa a agir como parte, em substituição processual do hipossuficiente. (BRASIL, 2014 - k).

Os fundamentos do voto da Desembargadora Albergaria Costa, fazem parte dos principais argumentos utilizados por essa corrente, porém, não são os únicos.

Alegam, ainda, que a divisão de poderes e atribuições entre as organizações tem como finalidade aperfeiçoar-lhes o desempenho. Se essa divisão não for claramente definida pode trazer incertezas e confusões, prejudicando o alcance dos objetos visados.

Convém frisar que, o argumento de que a legitimidade dada a Defensoria Pública contribui para o efetivo acesso à justiça, é muito bem rebatido por essa corrente. Para eles o efetivo acesso à justiça é garantido quando haja um legitimado que possua instrumentos suficientes para defender da melhor forma os direitos de quem lhes procure e não quando haja diversos legitimados, pois pode acontecer de nenhum deles serem capazes de defender efetivamente os direitos pleiteados por aquele indivíduo.

Em síntese, os argumentos utilizados por este entendimento são de que as finalidades traçadas pela Constituição à Defensoria Pública são incompatíveis com a tutela de direitos coletivos; que já existe um legitimado para tutelar em juízo esses direitos; que é preciso haver uma divisão clara entre as finalidades de cada instituição, sob pena de prejudicar o alcance dos objetivos visados; que a Defensoria Pública pode atuar apenas como representante de um legitimado hipossuficiente e que a legitimidade dada a Defensoria Pública não contribui para o efetivo acesso à justiça.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho monográfico, tornou-se possível verificar que as divergências acerca do tema estão longe de serem dirimidas. Portanto, é de extrema importância que ADI ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público seja votada com urgência.

Apenas com a votação da referida ADI será possível garantir o direito fundamental de acesso à justiça aos titulares dos direitos transindividuais, pois mais importante do que contarem com diversos legitimados para pleitearem seus interesses em juízo é saber a quem podem recorrer.

No mais, diante de todos os entendimentos estudados, foi possível verificar que cada um deles possuem pontos positivos e negativos, que necessariamente devem ser levados em consideração antes que seja tomada uma decisão acerca do tema.

Ao entender que a Defensoria Pública possui legitimidade ampla, estaríamos alargando o rol de legitimados para tutelarem em juízo direitos transindividuais, o que, em tese, faria com que o acesso à justiça fosse garantido de maneira mais efetiva. Porém, ao assim decidir, poderíamos estar correndo o risco de contrariar as finalidades constitucionais da instituição, visto que não seria necessário que os direitos transindividuais tutelados tivesse ligação com a tutela de direitos pertencentes a indivíduos hipossuficientes.

Se optarmos por decidir que a Defensoria Pública possui legitimidade para propor ACP apenas quando haja pertinência temática, estaríamos respeitando as finalidades constitucionais traçadas à instituição sem lhe retirar a legitimidade, porém, ainda assim correríamos o risco de estarmos contrariando a constituição, pois segundo alguns juristas e doutrinadores, o constituinte não criou a Defensoria Pública para defender direitos alheios em nome próprio, conforme ocorre com a tutela de direitos transindividuais.

Seguindo o entendimento de que a Defensoria Pública não tem legitimidade para propor ACP, certamente estariam sendo respeitados os limites constitucionais traçados à instituição, porém, o risco que estaríamos correndo seria o de não garantir de maneira efetiva o acesso à justiça aos titulares de direitos transindividuais, principalmente no que tange aos titulares de direitos individuais

homogêneos, visto que o Ministério Público apenas poderá tutelar esses direitos em juízo quando haja relevância social.

No mais, espera-se que, ao julgar a ADI promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, os ministros do STF levem em consideração todos os prós e contras acerca do tema, para que ao final, a decisão tomada seja a melhor para todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.>
Acesso em: 04 de março de 2014 – a.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em:
03 de abril de 2014 – b.

_____, **Lei complementar n. 80**. Promulgada em 12 de janeiro de 1994.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm> Acesso em:
03 de abril de 2014 - c.

_____, **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078. Promulgada em 11 de setembro de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acessado em 15 de abril de
2014 – d.

_____, **Lei n. 7.347**. Promulgada em 24 de julho de 1985. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acessado em 20 de abril de
2014 – e.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Recurso Ordinário n. 7431720105040812 RS 0000743-17.2010.5.04.0812. Relator: José Felipe Ledur. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19949020/recurso-ordinario-trabalhista-ro-7431720105040812-rs-0000743-1720105040812>> Acessado em: 05 de maio de 2014 – f.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação n. 3300140320118190001 RJ 0330014-03.2011.8.19.0001. Relator: Jorge Luiz Habib. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613620/apelacao-apl-3300140320118190001-rj-0330014-0320118190001-tjrj>> Acessado em: 05 de maio de 2014 – g.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Cível n. 200984000012070. Relator: Paulo Roberto de Oliveira Lima. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23511206/ac-apelacao-civel-ac-200984000012070-trf5>> Acessado em: 05 de maio de 2014 – h.

_____. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Apelação Cível n. 776 BA 0000776-14.2009.4.01.3300. Relator: Daniel Paes Ribeiro. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17377444/apelacao-civel-ac-776-ba-0000776-1420094013300>> Acessado em 10 de maio de 2014 – i.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Agravo Interno em Medida Cautelar n. 2420 AL 0093939142007405000001. Relator: Frederico Pinto de Azevedo. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8222099/agravo-interno-na-medida-cautelar-mctr-2420-al-0093939142007405000001-trf5>> Acessado em 10 de maio de 2014 – j.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Agravo de Instrumento n. 10105120234593002. Relatora: Albergaria Costa. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115510289/agravo-de-instrumento-cv-ai-10105120234593002-mg>> Acessado em 10 de maio de 2014 – j.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

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

CONAMP. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943**. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/Proposies%20Legislativas/Attachments/73/adin%203943%20parecer%20PGR.pdf>>. Acessado em: 10 de maio de 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 5 ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

_____. **Curso de direito processual civil**. 8 ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

GONÇALVES, Edilson Santana. **O Ministério Público no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2000.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Acesso à justiça e o Ministério Público.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Assistência jurídica, Defensoria Pública e o acesso à jurisdição no Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o acesso à justiça.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZANETI JUNIOR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos.** Bahia: Jus Podivm, 2010.