

UNIVERSIDADE DE ITÁUNA

Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

DEFENSORIA PÚBLICA E TUTELA COLETIVA:

**A atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no
cenário pós-Emenda Constitucional nº. 80/2014**

Uma nova perspectiva

Denise Cândido Lima e Silva Santos

Itaúna

2014

Denise Cândido Lima e Silva Santos

DEFENSORIA PÚBLICA E TUTELA COLETIVA:

**A atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no
cenário pós-Emenda Constitucional nº. 80/2014**

Uma nova perspectiva

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna/MG, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa “Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais”, no projeto estruturante “Proteção dos Direitos Fundamentais”.

Orientadora: Profa. Dra. Edilene Lôbo

Itaúna

2014

S237d Santos, Denise Cândido Lima e Silva.

Defensoria Pública e tutela coletiva: a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no cenário pós-Emenda Constitucional nº. 80/2014 - uma nova perspectiva / Denise Cândido Lima e Silva Santos. -- Itaúna, MG: 2014.

125 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 118-125.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientadora: Dra. Edilene Lôbo.

1. Direito fundamentais. 2. Acesso à justiça. 3. Processo coletivo. 4. Pertinência temática. 5. Defensoria Pública. I. Lôbo, Edilene; Orientadora. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 347.163

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira

CRB-6/2239



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

“Defensoria Pública e Tutela Coletiva: a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos Coletivos no cenário pós-Emenda Constitucional nº 80/2014 - Uma nova perspectiva”

Dissertação de Mestrado apresentada por **Denise Cândido Lima e Silva Santos**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 14 de novembro de 2014, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada com recomendação para publicação após correções sugeridas pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Professora Doutora Edilene Lôbo
Orientadora – Universidade de Itaúna

Professor Doutor Daniel Firmato de Almeida Glória
Professor Convidado – FUMEC

Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
Universidade de Itaúna

Dedico este trabalho ao Nikolas, com quem sempre pude contar incondicionalmente, e que, com suas emocionantes experiências, me inspirou neste imensurável desafio, não apenas intelectual, mas de vida.

AGRADECIMENTOS

“Não faças do amanhã o sinônimo de nunca, nem o ontem te seja o mesmo que nunca mais. Teus passos ficaram. Olhes para trás... mas vá em frente, pois há muitos que precisam que você chegue para poderem te seguir.” (Charles Chaplin).

Talvez um simples agradecimento seja insuficiente para demonstrar minha gratidão àqueles que contribuíram para o alcance desta vitória.

Inicialmente agradeço a Deus, verdadeiro responsável pela realização deste momento, pelas bênçãos em mim derramadas e pelas graças a mim concedidas.

Aos meus pais, Walter e Mônica, agradeço pelo amor absoluto e irrestrito, por todas as lições, por estarem sempre ao meu lado e por não pouparem esforços para tornar esse e todos os outros sonhos possíveis.

Agradeço à minha família, especialmente à minha avó Geralda e à minha irmã Regina, pelas orações, pelo carinho, pela atenção, pela compreensão, pelo apoio e torcida de sempre.

Ao meu noivo Nikolas agradeço pelo amor, paciência, empenho, dedicação, solidariedade, e, especialmente, por acreditar que eu era capaz quando nem eu mesma acreditava.

Dedico um agradecimento especial à Professora Doutora Edilene Lôbo, por conduzir com paciência, generosidade e sabedoria a brilhante orientação deste trabalho, mesmo diante de todas as intempéries e obstáculos enfrentados.

Por fim, agradeço também aos colegas, mestres e profissionais com os quais convivi, pelos ensinamentos e experiências a mim transmitidos.

"Não há transição que não implique um ponto de partida, um processo e um ponto de chegada. Todo amanhã se cria num ontem, através de um hoje. De modo que o nosso futuro baseia-se no passado e se corporifica no presente. Temos de saber o que fomos e o que somos, para sabermos o que seremos".

(Paulo Freire)

RESUMO

Propõe-se, no presente trabalho, uma reflexão a respeito da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas. A partir do estudo detalhado de institutos próprios do Processo Coletivo, com destaque para a representação adequada e para a pertinência temática, serão traçados os limites impostos pelo senso comum teórico à atuação desta instituição social frente à tutela coletiva. Será demonstrado que a concepção de Defensoria Pública como instituição vocacionada exclusivamente à defesa de necessitados, na acepção econômica do termo, não mais subsiste, diante do clamor social pela ampliação do acesso à justiça e da necessidade de se imprimir máxima eficácia aos direitos fundamentais, conforme exigência do constitucionalismo contemporâneo. Pretende-se, durante a exposição, desconstruir as barreiras erguidas contra o máximo desempenho da Defensoria Pública na defesa de direitos de massa, que se alicerçam em interpretação errônea acerca das funções institucionais da entidade e em equivocada definição dos destinatários do serviço público por ela prestado. O entendimento que se almeja submeter à discussão na comunidade jurídica é o de que a Defensoria Pública, especialmente nos contornos pós-Emenda Constitucional nº. 80/2014, pode e deve defender direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos não só dos “pobres”, mas de todos aqueles que merecem especial proteção do Estado, aqui compreendidos os necessitados, os hipossuficientes e os vulneráveis, econômica, social e organizacionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Acesso à justiça; Processo Coletivo; Representação Adequada; Pertinência temática; Defensoria Pública; Emenda Constitucional nº. 80/14.

ABSTRACT

The present work proposes a reflection on the legitimacy of the Office of Public Defenders for the filing of class actions. From a detailed study of peculiar institutes of the Collective Proceedings, with emphasis on the adequate representation and on the thematic pertinence, will be traced the limits imposed by the theoretical commonsense to this institution's acting in face of the Collective Custody. It will be shown that the conception of the Office of Public Defenders as an institution devoted exclusively to the defense of the needy, in the economic sense of the term, doesn't remain, in view of the social clamor for the extension of access to justice and the necessity of print maximum effectiveness to fundamental rights, as required by the contemporaneous Constitutionalism. The purpose, during this presentation, is to deconstruct the barriers built against the maximum performance of the Office of Public Defenders in defense of collective rights, based on misinterpretation of the institutional functions of the entity and on a wrong definition of the recipients of the public service rendered by her. The understanding that we want to submit to discussion in the legal community is that the Office of Public Defenders, especially on the contours post-Constitutional Amendment no. 80 of 2014, can and should defend diffuse, collective in the strict sense and homogeneous individual rights, not only of poor people, but of all those who deserve special protection of the State, comprehended here the needy, disadvantage groups and vulnerable people, whether economic, social or organizationally.

KEYWORDS: Democratic State of Law; Fundamental Rights; Access to justice; Collective Proceedings; Adequate Representation; Thematic Pertinence; Office of Public Defenders; Constitutional Amendment no. 80 of 2014.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	11
2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1 – O direito fundamental de acesso à justiça	22
2.2 – O direito fundamental de acesso à justiça e a tutela coletiva	31
3 – O PROCESSO COLETIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA	33
3.1 – O acesso à justiça no processo coletivo	39
3.2 – Processo coletivo: uma nova perspectiva	41
3.3 – Ações coletivas: um novo paradigma de processo	44
4 – A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MODELO DO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO	49
4.1 – Principais ponderações.....	51
4.2 – A questão da legitimidade	59
5 – LEGITIMIDADE ATIVA <i>AD CAUSAM</i> X REPRESENTAÇÃO ADEQUADA X PERTINÊNCIA TEMÁTICA	63
5.1 – Legitimidade ativa <i>ad causam</i>	63
5.2 – Representação adequada	64
5.3 – Distinção entre legitimidade ativa e representação adequada	71
5.4 – Pertinência temática	72
6 – A DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	76
6.1 – A Defensoria Pública enquanto instituição de concretização do princípio da igualdade	76
6.2 – Panorama constitucional e infraconstitucional	80
7 – A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS	84
7.1 – Evolução da atuação da Defensoria Pública na esfera coletiva	85
8 – REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NA PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA	89
8.1 – Representação adequada da Defensoria Pública	89
8.2 – A pertinência temática e a atuação da Defensoria Pública	89

8.3 – Hipossuficientes e Vulneráveis: “novos necessitados”, “novas” funções institucionais	94
9 – A DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO PÓS-EMENDA CONSTITUCIONAL 80/14	102
10 – CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1. INTRODUÇÃO

A humanidade vive uma realidade desconcertante. Sempre acostumada a reivindicar sua individualidade, foi conduzida a perceber que a existência singular não é mais suficiente para a solução das demandas do cotidiano. A complexidade das relações sociais vem revelando a necessidade de novos conceitos, novos direitos, novos paradigmas e novos mecanismos.

O Direito, “fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”¹, especialmente levando-se em consideração que “o Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social”.²

De fato, como adverte Luís Roberto Barroso, o certo é que:

o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à *interpretação*. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.³

Nessa perspectiva, percebe-se uma reaproximação da Ética e do Direito, na mesma medida em que os valores sociais são materializados em princípios e levados para o próprio Texto Constitucional. A partir daí, princípios há muito constitucionalizados, como a liberdade e a igualdade, passam a conviver com novos valores como a razoabilidade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, todos em constante mutação, assumindo, sempre, novas dimensões.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2.

² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, nº 6, setembro de 2001. Salvador: Direito Público. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em 22 de junho de 2014.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

“A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.⁴

A Constituição de 1988 estabeleceu que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana. O Estado atual é, portanto, pluralista.

Como adverte Kildare Carvalho “[...] a complexidade das relações sociais determinou a necessidade da formação de estruturas diversificadas em grupos em que se divide a sociedade, cada um deles com base ideológica própria [...]”⁵. Além disso, destaca que:

[...] a democracia pluralista que se configura nesse tipo de sociedade, porque formada a partir de grupos sociais de variados matizes ideológicos entre homem e o Estado, constitui fator de descompressão social, na medida em que amplia a participação popular nos mecanismos do poder que se descentraliza por força das reivindicações populares. Fala-se então em pluralismo político, pluralismo econômico, pluralismo religioso, pluralismo cultural, já que o homem passa a participar, simultaneamente, de uma pluralidade de organizações.⁶

A pluralidade do Estado e das relações sociais, decorrentes dessa multiplicidade de organizações, determinou a modificação do eixo central do Direito, até então fixo na ideia de individualidade. Percebeu-se que “com o pluralismo político surgem os interesses coletivos e difusos, os quais deixam de se referir ao Estado para se centrarem nos grupos e na própria sociedade”⁷.

A complexidade dessas relações passou a exigir do legislador constitucional a ampliação das formas de proteção instituídas, especialmente no que se refere ao acesso à justiça. Tal direito fundamental, consagrado expressamente na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XXXV), vem sendo progressivamente reconhecido como guardião da implementação ampla e imediata dos demais direitos.

No rol dos qualificados como fundamentais, destaca-se nesse estudo o direito à assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo Estado a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, inc. LXXIV).

⁴ BARROSO. Luís Roberto; BARCELLOS. Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In Revista latino-americana de estudos constitucionais. Vol. 3, n. 2, jul./dez. de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 176.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 551.

⁶ Idem, p. 551.

⁷ Ibidem, p. 552.

Com os olhos voltados para efetividade do Estado Democrático, do acesso à justiça e da prestação efetiva da assistência jurídica integral, a Constituição da República de 1988 instituiu a Defensoria Pública, qualificando-a como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, fundamentalmente, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Além disso, como forma de ampliar seus alcances, delegou à lei complementar sua organização.

Ao longo dos anos, a simplicidade do Texto Constitucional de 1988 ao dispor sobre Defensoria Pública se prestou a grandes debates na comunidade jurídica, especialmente no que diz respeito à abrangência de sua atuação institucional. O conceito de “necessitado” vem revelando e até impondo dificuldades ao desempenho da missão constitucional dessa Instituição.

Da mesma forma, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal nº 80/94) vem sendo, diuturnamente, alvo de interpretações equivocadas. Essa situação se agravou quando a Lei nº 11.448/07 estabeleceu a Defensoria Pública como legitimada a propor ação civil pública, alterando a redação original da Lei nº 7.347/85.

O desencontro de conceitos e interpretações conduziu a uma conclusão desastrosa no âmbito da proteção dos direitos coletivos em sentido amplo: a sobreposição das vaidades ideológicas institucionais sobre a garantia da máxima proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

Entretanto, o próprio Estado, paulatinamente, se reencontrou com a realidade social em novas vertentes, que estavam a exigir alternativas mais “humanas”, em compasso com a força popular que o legitima.

Exatamente por isso, o texto original da Constituição de 1988, especialmente no que concerne à Defensoria Pública, sofreu modificações profundas em 2004 (EC nº 45) e em 2014 (EC nº 80), consolidando a vertente mais humana e democrática do Estado.

Contudo, mesmo diante da evolução traduzida ao Texto Constitucional, mecanismos criados ao longo do tempo para alijar a Defensoria Pública do contexto de Instituição da sociedade, curadora do direito de acesso à justiça, bem como dos direitos da grande maioria da população, ainda encontram admiradores nos dias de hoje.

Nesse sentido, no tormentoso campo dos direitos coletivos *lato sensu*, dois institutos se revelam carecedores de nova sistematização frente à nova Defensoria Pública,

especialmente nos contornos pós-Emenda Constitucional nº 80/14, quais sejam, a representação adequada e a pertinência temática, que serão objeto de exame nesse estudo.

A análise da conjuntura atual da Defensoria Pública conduzirá a uma nova perspectiva, tanto do ponto de vista das suas funções institucionais, quanto dos destinatários do serviço público por ela prestado, na medida em que o comando legal indica que são merecedores da especial proteção do Estado todos os necessitados, hipossuficientes e vulneráveis.

Objetiva-se com este trabalho provocar uma reflexão sobre o acesso à justiça no Brasil, e evidenciar que a visão da Defensoria Pública como instituição vocacionada exclusivamente à defesa dos “pobres”, não mais se sustenta. Será demonstrado que o conceito de “necessitado” deve ultrapassar as fronteiras econômicas, para que não mais subsistam quaisquer dúvidas em relação a real missão constitucional da Defensoria Pública, que é a guarda de todos aqueles que mereçam especial proteção do Estado, assim previamente classificados em procedimentos internos.

A pesquisa assumirá caráter multidisciplinar, uma vez que várias áreas do Direito, tais como o Direito Constitucional, o Direito Coletivo e o Direito Processual, serão articuladas de forma coerente. Várias técnicas de estudo serão consideradas para a obtenção do resultado pretendido, dentre as quais análise bibliográfica, de artigos científicos e da legislação vigente.

Do ponto de vista estrutural, o presente trabalho contará com nove capítulos, sendo o primeiro apenas introdutório.

Na primeira parte, a pesquisa abordará a relação do Estado Democrático de Direito com a proteção dos direitos fundamentais, com enfoque especial na efetividade do acesso à justiça, já introduzindo, brevemente, o tema-problema.

O texto se desenvolverá no campo dos direitos e do processo coletivo, reconhecendo que as modificações implementadas na sociedade conduziram à necessidade de criação pelo ordenamento jurídico de mecanismos bastantes para a proteção dos direitos massificados. Reconhece-se, ainda, que, não só a criação da ação civil pública se fez necessária, mas também o redimensionamento dos atores inicialmente legitimados para o manejo dos institutos de proteção coletiva.

Os institutos da representação adequada e da pertinência temática em relação à Defensoria Pública serão analisados, com o escopo de defender que os limites por eles impostos precisam ser ampliados, para que se tenha um desempenho institucional de acordo com a nova hermenêutica constitucional.

Apontar-se-á que o problema que afeta a Defensoria Pública permeia tanto a exigência de comprovação da pertinência temática como os limites conceituais que lhe são impostos com o objetivo de impedir sua atuação na esfera coletiva.

Como conclusão principal do estudo, será defendida a desnecessidade de comprovação de pertinência temática por referida Instituição, e, subsidiariamente, caso seja exigida, que baste a afirmação da Defensoria, calcada em procedimentos internos que atestem a condição de necessitados, hipossuficientes e vulneráveis.

Por fim, a conclusão que se apresenta é no sentido de que a Defensoria Pública não só pode como deve defender direitos individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, de todos os necessitados, hipossuficientes e vulneráveis, sejam eles econômica, social ou organizacionalmente, como manifestação da dignidade da pessoa humana e expressão e instrumento do regime democrático.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os denominados “direitos fundamentais” são, reconhecidamente, os mais essenciais direitos inerentes à pessoa humana, ou seja, aqueles voltados a garantir a toda e qualquer pessoa uma vida digna.

Não obstante o conceito de “vida digna” ser indefinidamente amplo, fato é que os direitos que visam a sua garantia são de importância indiscutível, ensejando máxima proteção e efetivação, não apenas no âmbito interno de cada Estado, como também no cenário internacional.

O século XVIII é tido como o tempo de amadurecimento dos direitos fundamentais, ainda que não tenham se apresentado em toda sua plenitude e complexidade, em toda sua extensão. No século XIX, os direitos passaram por uma fase de construção intelectual, especialmente os sociais, que nessa época ganharam destaque, na transição do Estado Liberal para o Estado Social. Por derradeiro, o século XX, que se inclui na Idade Contemporânea, foi o momento de ampliação da proteção a esses direitos, bem como à pessoa concretamente considerada.

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano do direito constitucional e da ciência política: é o “Estado da justiça material; é o Estado da transformação com justiça da realidade social; é o Estado da tutela jurídica integral, ampla e irrestrita, a Direito Individual e a Direito Coletivo”⁸.

Nesse novo Estado, pautado pela solidariedade coletiva, a política passa a ser o meio de realização dos direitos, especialmente dos fundamentais.

Diversamente das Constituições brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, contém a mensagem de transformação da realidade social. Tal elemento constitucional contém princípios e diretrizes que orientam a construção de um constitucionalismo específico para o Estado brasileiro: da ampla tutela dos direitos fundamentais e sua máxima efetividade, seja no plano individual, seja no plano coletivo.

Trata-se de um diferencial muito grande, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito, [...], constitui o Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, de direitos individuais e coletivos. O Estado rompe com o dualismo que

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 414.

separava Estado da sociedade e se insere na sociedade, como representação da sua evolução e organização.⁹

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo da Constituição e, por essa razão, possuem eficácia irradiante para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a todos as demais pessoas individuais ou coletivas. Eles funcionam como diretrizes da ordem jurídica constitucional e de seus respectivos modelos explicativos.

O art. 3º da Constituição de 1988 traz em seu bojo uma série de compromissos que se perfazem em objetivos da República Federativa do Brasil, os quais são tidos como valores supremos a serem perseguidos e alcançados com o escopo de efetivamente transformar a realidade social.

Do princípio da *solidariedade*, arrolado no referido art. 3º, I, extraem-se inúmeros direitos fundamentais, entre eles os direitos à diferença dos idosos, dos índios, dos portadores de necessidades especiais, das crianças e adolescentes etc. A ideia retrógrada de que o art. 3º seria mero compromisso, sem vinculação, contraria a nova hermenêutica constitucional, que vê a Constituição como um construir, como um conjunto de valores inalienáveis e inderrogáveis pelo arbítrio dos autoritários ou pela omissão dos descompromissados. Se a Constituição contém uma normatividade que irradia todo o sistema, não há dúvida de que essa normatividade concretizante adquire muito mais força cogente em relação aos princípios fundamentais, com destaque para os arrolados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁰

Nesse contexto, o Direito assume função de excepcional importância, transformando a realidade social, diferentemente do que acontecia nas Constituições dos Estados Liberal e Social. Desta forma, a legitimidade transformadora do Estado Democrático de Direito, e do Direito em si, surge da própria Constituição.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganham contornos jamais vistos nas Constituições brasileiras anteriores. Tal documento representa a consagração de conquistas jurídicas, sociais e políticas, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais.

Indubitavelmente, uma das maiores inovações trazidas pela Constituição de 1988 foi a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos direitos e garantias fundamentais. A atual Constituição dispôs de modo mais específico sobre os direitos fundamentais em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, composto de cinco

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de.; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção direitos fundamentais individuais e coletivos. Vol. 02. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 223.

¹⁰ Idem, p. 224.

capítulos: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Capítulo II – Dos Direitos Sociais (arts. 6º ao 11), Capítulo III – Da Nacionalidade (arts. 12 e 13), Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16) e Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17). Observa-se que a Constituição colocou direitos individuais e direitos coletivos no mesmo patamar de proteção.

Em vez de utilizar o termo “pessoa”, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo “Direito Coletivo”, inclusive no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos coletivos. [...].

O fato de o Direito Coletivo, em sentido amplo, pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional *Direito Coletivo* (Título II, Capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido restrito e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o direito coletivo positivado no País, [...].¹¹

A atribuição do mesmo grau de importância a direitos individuais e direitos coletivos acabou por desenvolver uma nova interpretação dos direitos fundamentais, que vem determinando o surgimento de uma nova *summa divisio* constitucionalizada relativizada, encontrando-se no topo o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal, a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual, quanto de normas de Direito Coletivo.¹² A nova proposta não objetiva a formulação somente de novos conceitos e classificações, mas, especialmente, impõe a mudança dos paradigmas em torno da própria interpretação e aplicação da ordem jurídica.

Nesse contexto, em razão do tamanho da importância reconhecida aos direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como pelo constitucionalismo brasileiro moderno, que definir o que seriam tais direitos fundamentais se torna uma árdua e complexa tarefa.

Inúmeras são as definições e classificações encontradas na doutrina acerca do que seriam os direitos fundamentais. Para ilustrar, há quem diga que referidos direitos são fruto de evolução de realidades que se contrapõem, como Estado e pessoa, autoridade e liberdade.

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de.; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção direitos fundamentais individuais e coletivos. Vol. 02. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 229-231.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361:

Outros defendem que os direitos fundamentais são originários de lutas e reivindicações da sociedade, provida de condições materiais para tanto.

Nas palavras de Jose Afonso da Silva:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido da pessoa humana.¹³

Sem a pretensão de desmerecer qualquer conceito ou conteúdo dos direitos fundamentais, bem como sem a intenção de esgotar o tema, será adotada a definição mais comum, que a doutrina convencionou chamar de “dimensões” de direitos fundamentais.

Há quem entenda existirem apenas três dimensões de direitos¹⁴. Outros, entretanto, anunciam a existência de quatro¹⁵ e, até mesmo, cinco¹⁶ dimensões.

A primeira dimensão é a dos *direitos individuais* ou *negativos*, ou seja, aquela desenvolvida no período do Estado Liberal, em que o Estado possuía dever de abstenção para proteger o indivíduo e sua liberdade.¹⁷

A segunda dimensão é a dos *direitos econômicos e sociais*, que se estabeleceu no período de transição do Estado Liberal para o Estado Social, com a substituição do dever de abstenção do Estado por deveres de dar, fazer e prestar, mediante ações positivas, no intuito de garantir a igualdade social.¹⁸

A terceira dimensão é a dos *direitos transindividuais*, ou seja, aqueles que possuem múltipla titularidade, mas que não pertencem a um indivíduo isoladamente considerado, que se desenvolveu na vigência do Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito, momento

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 64-65.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571-572.

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 302.

¹⁷ “Os direitos de primeira geração, classificados como direitos civis e políticos considerados negativos porque exigem do Estado sua abstenção, foi universalizada através da Revolução Francesa e encontram-se, hoje, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, obtendo a aprovação na XXI Assembléia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966. Sua validade internacional se deu em 23 de março de 1976. Tratando-se então de liberdades públicas, essa geração encontrou, ao longo da história, problemas relacionados com os arbítrios governamentais”. (TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003, p. 37).

¹⁸ “(...) a expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos (...), na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52).

em que os direitos de solidariedade e fraternidade se destacam em relação aos demais.¹⁹ Nesse tipo de Estado, os mecanismos jurídicos e políticos são orientados, em seu conjunto, pelo respeito, proteção e promoção da pessoa humana, traduzidos na sua vida com dignidade. A tutela da dimensão individual ou a da simples solidariedade/igualdade já não são mais suficientes para traduzir o respeito e a proteção dos direitos fundamentais. Nessa dimensão ocorre o rompimento com a titularidade exclusivamente individual, pelo que a tutela passa a abranger pessoas indetermináveis ou indeterminadas.²⁰

Com efeito, a tutela dos direitos transindividuais ou de terceira dimensão, transcende os conceitos até então considerados, para abarcar todo e qualquer direito, expresso ou implícito, que, num determinado ordenamento jurídico, represente os valores máximos nas conquistas histórico-evolutivas, não apenas do indivíduo isoladamente considerado, como também de toda a coletividade, que giram em torno do próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, que é exatamente o direito à vida e sua existência com dignidade.

Doutrina mais moderna vem apontando, ainda, a existência da quarta e da quinta dimensões de direitos. Estão incluídos na quarta geração aqueles direitos relacionados com a biotecnologia, bioética e regulamentação da engenharia genética, estando, aqui, inseridos os “novos direitos”, com as seguintes características: natureza jurídica polêmica, complexidade, interdisciplinaridade, falta de sistematização normativa, relacionados diretamente com a vida humana. Por fim, na quinta dimensão de direitos estão reunidas as denominadas “tecnologias de informação”, guardando relação com o ciberespaço e com a realidade virtual em geral, que possuem como características a complexidade, artificialidade, carência de regulamentação normativa, etc.²¹

Desta forma, verifica-se que a evolução dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela evolução da sociedade que reflete o modelo de Estado.

¹⁹ “Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do home-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53).

²⁰ “Nos direitos de terceira dimensão ocorre ainda a internacionalização dos direitos fundamentais, recebendo uma proteção que ultrapassa as fronteiras dos Estados, como o direito ao desenvolvimento e a defesa do consumidor, sendo exigências propostas pela comunidade internacional, como anseios, desejos e finalidades na coexistência pacífica dos seres humanos”. (TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003, p. 42).

²¹ “(...) longínquo está o tempo da positivação desses direitos, pois compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”, isto é, a quarta e quinta dimensão de direitos, está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo, seja ele interno ou internacional”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526).

Outra classificação que encontramos com frequência na doutrina, e que será também destacada neste trabalho, ante sua especial importância para a adequada compreensão do tema aqui tratado, é aquela que subdivide os direitos e garantias constitucionais fundamentais em sentido formal e material.

Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou mesmo conteúdo e quanto à função e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos.²²

Os direitos fundamentais em sentido formal são aqueles que possuem previsão expressa no texto constitucional, e são dotados da protecção jurídica a ela relacionada.

Os direitos fundamentais em sentido material, por sua vez, não são apenas aqueles declarados de forma expressa, estabelecidos e atribuídos pelo legislador constituinte, mas, muito além disso, são os direitos resultantes da própria concepção de Constituição, do sentimento jurídico coletivo e da ideia de Direito, especialmente quando analisados sob o enfoque do Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo.²³

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa de 1988 reconhece tanto os direitos fundamentais em sentido formal, quanto os em sentido material, tendo em vista o teor da cláusula aberta sobre os direitos e garantias constitucionais prevista em seu art. 5º, § 2º, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim sendo, verifica-se que a admissibilidade de reconhecimento e tutela de direitos fundamentais que não constem expressamente do texto constitucional foi vontade do próprio

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7-8.

²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais : uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

legislador constitucional, sendo que não se pode ignorar a existência de inúmeros outros direitos fundamentais decorrentes do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda falando sobre os direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico, cumpre destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais, que se completa com a força irradiante e vinculante dos mesmos, se traduz na obrigatoriedade de obediência, tanto dos modelos teóricos explicativos da dogmática jurídica, como da ação do legislador, do administrador e do juiz. Tal aplicabilidade imediata não é atributo somente de direitos fundamentais em sentido formal, ou expressamente previstos. Os direitos fundamentais materialmente concebidos possuem, da mesma forma, por manifesta “vontade constitucional”, aplicabilidade imediata. Ademais, a aplicabilidade imediata e a eficácia vinculatória geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais têm plena incidência tanto em relação ao Direito Individual como em relação ao Direito Coletivo.

Isto posto, a ordem jurídica adequada é aquela que garante e impõe a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais como núcleos essenciais de uma Constituição democrática como a brasileira de 1988. Interpretação em sentido oposto conduziria a um desprestígio do próprio Texto Constitucional, traduzindo um retorno ao velho paradigma hermenêutico constitucional, no sentido de ser a Constituição mera carta política.

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica.²⁴

2.1. O direito fundamental de acesso à justiça

²⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 63.

Ressalta Miguel Reale que “aos olhos do homem comum, o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”²⁵.

Apesar da realidade da regra, um novo momento, construído na essência humana, retoma seu rumo calcado em um hodierno senso comum, que é a crença do homem no homem.

Com essa inovadora perspectiva, a Constituição de 1988 concentra uma vasta gama de direitos e garantias. O cidadão, que há muito tempo havia sido esquecido pela dialética jurídica, se transforma em sujeito de direitos e garantias, detentor de proteções variáveis em face do Estado e de seu semelhante.

O ordenamento jurídico, que antes poderia ser arruinado por um simples conflito de regras, passa a ser mutável e aberto, alicerçado em princípios, na busca do almejado dinamismo.

Nessa realidade incontestável, descortina-se o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na emblemática norma do artigo 1º da Constituição de 1988, norma esta que traz em si toda a carga de esperança de um povo que anos de ditadura não conseguiram sufocar. Juridicamente, delinea todo o arcabouço brasileiro, devendo, por isso mesmo, servir de fonte primária para qualquer interpretação constitucionalmente adequada.

Nas sábias palavras de Alexandre de Moraes:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente ao ser humano, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações aos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todos os seres humanos.²⁶

Sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana²⁷.

De fato, os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos em rol não exaustivo na Constituição, são importantes instrumentos de realização da pessoa humana. Os programas

²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 39.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84.

criados pela Constituição, em decorrência dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, objetivam criar políticas públicas que tenham por fim a plena realização do homem.

Também se relacionam aos direitos e garantias fundamentais e visam à completa realização da pessoa humana as seguintes prescrições constitucionais: a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, referida anteriormente; a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; previsão da ação civil pública para a defesa do ambiente, patrimônio político e social e de outros direitos difusos e coletivos, rompendo com o sistema de taxatividade até então em vigor em sede de ação civil pública; o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade; a ampliação do objeto material da ação popular; a tutela do meio ambiente; dentre outras.

É inquestionável que, no contexto do constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem iluminar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. Todavia, a simples previsão abstrata de direitos, por si só, não é suficiente para atender aos anseios de um Estado que se diz Democrático e de Direito. É necessário que o Estado também possua aparato para assegurar de pronto a proteção de tais direitos para aquele que a invocar. A existência de direitos só se justifica na possibilidade prática de sua realização.

De fato, o direito à tutela judicial efetiva tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação e realização.²⁸

É nesse contexto que se insere o acesso à justiça, que representa o maior desafio à efetivação dos direitos fundamentais.

O direito de acesso à justiça está consagrado na Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Costuma-se afirmar que esse inciso veicula o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

O art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica²⁹, incorporado ao direito pátrio em 1992, preceitua, semelhantemente, que “toda pessoa tem direito de ser ouvida com as garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)”.

Pesquisando na doutrina, verifica-se que não existe uma noção muito clara e unânime do que seja o “acesso à justiça”. Isto porque inúmeros são os conceitos e definições encontrados para descrever o que seria tal instituto.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth argumentam que o “acesso à justiça” serve para definir duas finalidades básicas do sistema jurídico – deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam justos tanto para os indivíduos quanto para a sociedade –, pelo qual as pessoas reivindicam do Estado a solução de seus conflitos.³⁰

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim,

a extensão do acesso à justiça pode ser concebida a partir de três enfoques básicos: como acesso à tutela jurisdicional dos direitos (acesso aos Tribunais), o acesso à tutela jurisdicional ou não dos direitos (acesso a mecanismos de solução de conflitos) e acesso ao Direito (acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável).³¹

Para Kazuo Watanabe, o acesso à justiça não se exaure no mero acesso ao Poder Judiciário, haja vista que o mesmo não pode ser estudado apenas nos tímidos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes.³²

Kildare Carvalho leciona que a garantia de acesso à justiça “é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário”.³³

Seja como for, o entendimento que tem se consolidado na doutrina é no sentido de que o acesso à justiça se traduz no acesso a uma ordem jurídica justa e implementável,

²⁹ Internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direito Humanos de 22 de novembro de 1969.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

³¹ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

³² WATANABE, Kazuo. *Acesso a justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 460.

englobando tanto a tutela jurisdicional propriamente dita, quanto os mecanismos alternativos de solução de conflitos.³⁴

De fato, na expressão “acesso à justiça” está compreendido o resguardo de todo e qualquer direito que seja violado ou seja ameaçado, não bastando para sua proteção a simples possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, sendo, também, necessária a garantia de efetiva proteção material desses direitos.

O acesso à justiça vem sendo progressivamente reconhecido como sendo um dos mais sublimes direitos fundamentais, haja vista ser o grande precursor e responsável por fazer valer os demais direitos, quando não estiverem sendo implementados como determina a Constituição: de forma ampla e imediata.

Em verdade, o real escopo da garantia constitucional de acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade”³⁵.

Nesse diapasão, o direito de acesso à justiça se projeta para além de garantia constitucional, sendo elevado a direito humano, sendo certo que sua compreensão vem sendo alterada diante de uma postura constitucionalizada.

“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”³⁶.

Sendo direito humano, não mais se admite que o acesso à justiça fique limitado a uma mera resposta de um Juiz.

O acesso à Justiça é considerado um direito humano e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma Justiça efetiva e transparente, a democracia está em risco e o desenvolvimento sustentável não é possível. Assim, a ampliação do acesso à Justiça no Brasil é uma contribuição certa no sentido da ampliação do espaço público, do exercício da cidadania e do fortalecimento da democracia.

A democratização do acesso à Justiça não pode ser confundida com a mera busca pela inclusão dos segmentos sociais ao processo judicial. Antes disso, cabe conferir condições para que a população tenha conhecimento e apropriação dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais

³⁴ WATANABE, Kazuo. *Acesso a justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

para sua inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, assistência social, etc., bem como para melhor harmonização da convivência social.³⁷

Neste contexto, pode-se admitir que o acesso à justiça não está vinculado à mera propositura de ação judicial, mas se coloca como verdadeira garantia de acesso a uma completa prestação jurisdicional e a todos os mecanismos e direitos que compõem a assistência jurídica prevista na Constituição.

Acessar a justiça significa, nesses termos, equacionar pretensões sem a própria atuação da justiça forense, com direito de acesso à ordem jurídica, inclusive, extrajudicial. Não se concebe mais um Estado que tenha nas frias prateleiras dos Fóruns o único mecanismo de justiça. Não foi por acaso que a Constituição de 1988 expressou em seu texto formas amplas de acesso à justiça.

De todo o exposto, infere-se que o direito ao acesso à justiça, realmente, se revela como verdadeiro e genuíno direito fundamental.

Em que pese a existência de outros métodos de acesso à justiça, é indubitável que o acesso ao Judiciário, através da propositura de ação, ainda é o método mais utilizado pela sociedade para buscar a efetividade de seus direitos, violados ou ameaçados.

O acesso à justiça apresenta-se como a mais elementar garantia do processo e da própria jurisdição, porquanto materializa a garantia constitucional de que o cidadão obterá dos poderes constituídos o respeito de seus direitos e à pronta restauração daqueles que lhe forem violados.³⁸

Assegurar, porém, o pleno alcance de uma ordem jurídica justa e efetiva tem se demonstrado um dos maiores desafios do processo na atualidade. Ainda vislumbram-se grandes obstáculos à implementação dos direitos, notadamente em razão da falta de efetividade do processo e da própria jurisdição, uma vez que recorrer ao Poder Judiciário não é sinônimo de alcance do resultado almejado ou de uma prestação jurisdicional efetiva.

A visão do direito processual como direito individual ou destinado a reger relações individuais ou patrimoniais apresenta-se como um dos fatores que dificulta o acesso a uma ordem jurídica justa. A ineficiência do sistema jurisdicional clássico, baseado em um processo extremamente individualista e formalista vem, contudo, cedendo espaço a uma nova realidade. A mesma evolução da sociedade que levou ao surgimento dos “novos direitos”,

³⁷ Conceito de “acesso à justiça”, elaborado pelo Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?ViewID={DA9EC2A8-2D0D-4473-A4DDDF9D33C8DE5D}¶ms=itemID={640776D8-01FE-4982-BE54-5F62739DB986};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>. Acesso em 20 de junho de 2014.

³⁸ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 26-27.

caracterizados principalmente pela transindividualidade, vem, de forma admirável, revigorar a jurisdição brasileira, transformando o processo em uma garantia adequada a ampliar e democratizar o acesso à justiça.

Na busca incessante por garantir a todos o pleno exercício deste direito fundamental, nas últimas décadas, os países ocidentais iniciaram reformas em seus sistemas legais. Tais reformas, surgidas a partir da década de 60, foram ocorrendo de forma semelhante, mas segundo uma ordem cronológica diferenciada, tendo sido efetivadas em momentos distintos e perfeitamente delimitados, o que levou Cappelletti e Garth a denominarem-nas de “ondas” do acesso à justiça³⁹.

A primeira onda renovatória se caracteriza pela facilitação do acesso à justiça às classes sociais menos favorecidas, com o enfrentamento das dificuldades impostas pela condição de miserabilidade de grande parte da população, através de mecanismos de implantação de programas de assistência judiciária gratuita e isenção de custas e despesas processuais.

Citando Gomes Neto, Alberto Carneiro Marques diz que

o primeiro obstáculo material a ser superado para a implantação de programas de acesso à justiça é o econômico, porquanto a falta de recursos financeiros pode levar os menos favorecidos a renunciarem aos seus direitos ante o elevado custo do processo, representado pelos emolumentos judiciários, honorários de advogado, etc.⁴⁰

No Brasil, o grande marco dessa onda foi a edição da Lei nº 1.060/50, que estabeleceu normas para concessão da assistência judiciária aos necessitados. Além disso, a determinação constitucional de que o Estado deve garantir “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Art. 5º, LXXIV, da CF/88), e a criação das Defensorias Públicas, concedendo-lhes maior autonomia (Art. 134, da CF/88), também caracterizam essa primeira onda renovatória.

A segunda onda renovatória do acesso à justiça consistiu na tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. A preocupação com a necessidade de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos causou grande repercussão teórica e prática no processo civil clássico, na medida em que a busca pela maior efetividade desses “novos” direitos, desencadeou a reformulação do sistema processual.

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31.

⁴⁰ GOMES NETO, José Mario Wanderley. apud MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 37-38.

do ar, numa determinada região – é preciso que haja um "representante adequado" para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.⁴¹

O maior avanço trazido por tal “onda” foi a criação do microsistema processual de tutela dos direitos de massa⁴², do qual fazem parte a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, regulados pelas Leis 4.717/65, 7.347/85 e 8.078/90⁴³.

Por fim, a terceira “onda” do acesso à justiça se traduz em uma concepção mais ampla do próprio acesso à justiça.

Antes das duas primeiras “ondas”, o acesso à justiça poderia se resumir exclusivamente em acesso ao Judiciário. Todavia, o progresso alcançado pelas reformas anteriores culminou na imprescindibilidade de alargamento da concepção do acesso à justiça: de simples possibilidade de submissão de um conflito a julgamento perante um juiz, o acesso à justiça ganha o contorno de acesso a uma ordem jurídica justa, de valores e direitos igualitários para todos.

Essa terceira reforma engloba alteração na estrutura do próprio Poder Judiciário, bem como a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos (mediação, conciliação, etc.), além da criação de órgãos extrajudiciais de defesa dos consumidores.

Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁴⁴

No contexto da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, voltada especialmente para os avanços trazidos pela inserção dos direitos coletivos nesse âmbito de proteção, a ação deve ser interpretada como direito fundamental capaz de tornar efetivo o também direito constitucional fundamental de acesso à justiça, entendida não apenas como acesso ao Judiciário (propositura de ação/submissão de conflito), mas também, e especialmente, a uma ordem jurídica justa e igualitária.

A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material. Mas todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 50.

⁴² Ver artigo 21 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson.; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.355.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 67.

fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, isto é, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais.⁴⁵

O papel da jurisdição é justamente garantir “condições processuais” para proporcionar maior efetividade aos direitos fundamentais, situando-se, portanto, num ponto intermediário entre o ativismo e a restrição da atividade judicial, buscando incrementar cada vez mais o princípio democrático e a concretização dos direitos fundamentais.

Ao criar a jurisdição, no quadro de suas instituições, visou, o Estado, garantir que as normas de direito substancial, contidas no ordenamento jurídico, efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja, que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que a lei deseja. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).⁴⁶

As decisões judiciais devem se preocupar, inicialmente, em ser tutela jurídica preventiva, de forma a evitar que a lesão aos direitos e garantias fundamentais ocorra. Entretanto, não sendo possível, devem se constituir em provimentos jurisdicionais efetivos, capazes de compensar e punir a lesão ou ameaça a tais direitos e garantias. Além disso, devem ser decisões possíveis de serem executadas, sempre levando em consideração a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, bem como sua prioridade em relação à proteção e efetivação.

Os procedimentos judiciais devem ser eficazes e priorizar a efetiva proteção e implementação dos direitos fundamentais. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter.⁴⁷

O Direito atual é o direito da efetividade, da concretização. A fase é a do acesso à justiça como direito de acesso a uma ordem jurídica justa e adequada. Sendo assim, a necessidade de adequar a função jurisdicional às novas exigências constitucionais e sociais é que determinou o surgimento da tutela jurisdicional coletiva, com a criação de mecanismos próprios e adequados à tutela efetiva dos direitos emergentes de relações massificadas.

Nessa linha, o direito processual coletivo proporciona, sem dúvidas, a ampliação do ideal de acesso à justiça, na medida em que com uma única ação, é possível alcançar um

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 84.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. 1930, p. 110 apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270.

número indeterminado de beneficiários, titulares de tantos quantos sejam os direitos ameaçados ou lesados.

2.2. O direito fundamental de acesso à justiça e a tutela coletiva

O estudo sobre os direitos e garantias fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito, mormente no que se refere ao reconhecimento dos direitos de terceira dimensão (“direitos transindividuais”) e à compreensão do acesso à justiça como direito fundamental responsável por fazer valer todos os demais direitos, já direciona ao tema central deste trabalho.

O Estado Democrático de Direito está voltado, finalisticamente, ao respeito, proteção e promoção da pessoa humana, o que, essencialmente, significa que o Estado e o Direito existem para proporcionar aos indivíduos a vida com dignidade. Não obstante, no atual contexto global – jurídico, político, social e tecnológico – não há como conceber o indivíduo, sua vida e interesses, de modo dissociado da vida e dos interesses da comunidade, da nação ou da humanidade.

A partir do surgimento dos direitos transindividuais, cuja titularidade, como o próprio nome sugere, não é de um indivíduo, isoladamente considerado, senão de uma coletividade, tornou-se inexecutável a efetivação de direitos e garantias fundamentais através, tão somente, da tutela de direitos individuais. Num modelo de Estado em que a solidariedade e a fraternidade são valores que, entre outros, se destacam como luzes irradiantes para o sistema, é impossível ignorar o viés coletivo dos direitos.

Tratando-se, contudo, indistintamente, de direitos individuais e de direitos coletivos, a única conclusão exata e irrepreensível a que se pode chegar é a de que a simples previsão de direitos, ainda que numerosos, não basta para a realização dos objetivos de um Estado Democrático de Direito. Como afirmado alhures, a existência de direitos só se justifica quando a sua concretização é, pragmaticamente, viável.

Num sistema jurídico que pretende assegurar e não apenas anunciar os direitos de todos, o direito fundamental de acesso à justiça ganha especial relevância, se apresentando como mecanismo de reivindicação e efetivação de direitos. Sendo encarado como acesso à tutela jurisdicional (acesso aos Tribunais), como acesso a outros meios de pacificação social ou como acesso ao Direito, amplamente considerado (acesso à ordem jurídica justa), o acesso

à justiça transpõe a fronteira de direito fundamental para elevar-se ao patamar de direito humano, essencial e intrínseco a qualquer pessoa que pretenda alcançar, em plenitude, a sua dignidade.

Como visto, a busca pela ampliação e concretização desse direito humano e fundamental fez com que o mundo jurídico experimentasse o movimento das ondas renovatórias do acesso à justiça, que culminaram, no Brasil, na criação da Defensoria Pública (reflexo da primeira onda renovatória), como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e da defesa dos necessitados, e no desenvolvimento de um microsistema processual de tutela dos direitos e interesses de massa (reflexo da segunda onda renovatória), destinado a suprir as lacunas do processo civil clássico no que tange à proteção de direitos coletivos.

No polêmico palco do processo coletivo, entra em cena, neste trabalho, como protagonista, a Defensoria Pública. Entre os entes legitimados à propositura de ações coletivas, a Defensoria Pública é digna de realce porque é instituição que atua na defesa dos direitos e interesses coletivos de todos aqueles que merecem especial proteção do Estado, estando aqui compreendidos os necessitados, os hipossuficientes e os vulneráveis.

Não obstante, da aplicação à Defensoria Pública de institutos próprios do direito processual coletivo – notadamente a representação adequada e a pertinência temática – resultaram, ao longo do tempo, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais incompatíveis com a real missão constitucional dessa instituição. Sobretudo hoje, se considerados os traços gerais estabelecidos pela Emenda Constitucional nº. 80/2014, as referidas interpretações equivocadas impõem balizas à atuação coletiva da Defensoria Pública que não foram idealizadas pelo Constituinte.

Num contexto em que o acesso à justiça e a máxima proteção e efetividade dos direitos fundamentais são expressões de ordem, revela-se, pois, um contrassenso. Convencionou-se atribuir à Defensoria Pública o papel de instituição vocacionada exclusivamente à defesa dos “pobres” – necessitados econômicos –, inclusive no que se refere à tutela de direitos coletivos. Esse aforismo, repetido quase que como um mantra, precisa ser desconstruído, tendo em vista a necessidade premente e patente de ampliação do acesso à justiça, que é via de concreção de todos os outros direitos fundamentais.

Delineia-se, portanto, desde já, o cerne desta pesquisa, que é descortinar o verdadeiro papel da Defensoria Pública frente à tutela coletiva, compatibilizando as finalidades para as quais essa instituição foi criada com a nova hermenêutica constitucional.

3. O PROCESSO COLETIVO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O Direito Romano é considerado o berço do estudo da natureza jurídica do processo. Tal estudo teve por referência primordial a atividade jurisdicional, haja vista serem a jurisdição, o processo e a ação elementos essenciais da teoria geral do processo, estabelecendo entre o processo e a jurisdição uma relação direta e objetiva.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o processo é, na grande maioria das vezes, analisado exclusivamente sob o aspecto jurisdicional, não havendo grandes concepções acerca de sua aplicabilidade às outras funções Estatais.

Muitas são as teorias desenvolvidas para analisar a natureza jurídica do processo, a partir de uma compreensão normativa, dentre as quais estão a do processo como contrato⁴⁸, quase-contrato⁴⁹, relação jurídica⁵⁰, instituição jurídica⁵¹, situação jurídica⁵², processo como

⁴⁸ Ao discorrer sobre a teoria do processo como contrato, Ada Pellegrini Gronover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, lecionam que: “Essa teoria, em voga nos séculos XVIII e XIX, principalmente na doutrina francesa, liga-se à ideia romana do processo, invocando-se a seu favor, inclusive, um texto de Ulpiano (D. XV, I, 3º, 11). E Pothier, um dos principais defensores dessa doutrina, colocava o pacto para o processo (*litiscontestatio*) no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do *contrato social*. [...] Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a *litiscontestação*). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 297).

⁴⁹ A teoria do processo como “quase-contrato” teve como precursores Arnault de Guényvau e Savigny, que partiram da premissa de que o processo “não era um contrato, que pressupõe vontade livre, sendo algo semelhante a um contrato, algo como se fosse um contrato, embora contrato não fosse” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 152). Além disso, “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78).

⁵⁰ A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Bülow em 1868 em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais*, tendo sido posteriormente aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Cintra, Grinover e Dinamarco, etc. Inspirado em Búlgaro, Bülow defendeu a autonomia do processo ante o conteúdo do direito material, estabelecendo que uma das partes processuais tinha o poder de exigir a conduta da outra. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 76).

⁵¹ O principal seguidor desta teoria é Guasp, que ganha alguns adeptos, tais como o espanhol Menendez-Pidal, e Coutore, que posteriormente abandona esta corrente teórica. “A instituições são formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. São modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade e que se reputa tão importantes que qualquer procedimento contrário a eles resulta numa sanção específica. [...] O defeito desta teoria, [...] está no impreciso conceito de instituição, pois tudo pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição [...] razão não há para substituir-se a noção de relação processual por aquela de instituição” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 155, 157).

⁵² Criticando a teoria do processo como relação jurídica, Goldschmidt desenvolve a teoria do processo como situação jurídica. Segundo o entendimento do autor, não se podia admitir que “o processo fosse uma relação jurídica, porque não concebia a existência de relação (nexo) entre as partes e o juiz e nem entre as próprias

procedimento realizado em contraditório⁵³, teorias constitucionalistas⁵⁴ e neo-institucionalista⁵⁵, dentre outras, sendo que, a partir da análise de todas elas, notadamente no que diz respeito às funções desempenhadas pelo Estado, a que tem sido adotada pela doutrina processualista clássica é a do processo como relação jurídica, não obstante possuir suas mazelas.

A doutrina da relação jurídica processual nasceu na Alemanha há pouco mais de um século e tem hoje ampla aceitação em toda a literatura do mundo romano-germânico. Embora a ideia já andasse pela doutrina do processo, dela não se tinha senão mera intuição e foi apenas no século passado que se observou a sua existência — ressaltando-se que se trata de relação nitidamente distinta da de direito substancial, da qual difere, em seus pressupostos, em seu objeto e em seus sujeitos.⁵⁶

O modelo de processo como relação jurídica construiu-se embasado na ideia de que ele nada mais é que um enlace normativo entre duas pessoas, quais sejam, autor e réu, através do qual um pode exigir do outro o cumprimento de uma obrigação. O processo seria, portanto,

partes” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 158), razão porque sua teoria, vem atribuir ao processo a condição de situação jurídica, reconhecida e estabelecida por lei. “O conceito de situação jurídica se diferencia do de relação processual; este, não se acha em relação alguma com o direito material que constitui o objeto do processo, enquanto que aquele designa a situação em que a parte se encontra a respeito do seu direito material, quando o faz valer processualmente”. (GOLDSCHMIDT, James. 1936, pág. 9 apud MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 174-175).

⁵³ Foi Elio Fazzallari quem melhor identificou esse fenômeno, definido por ele como sendo uma *sequência lógica de atos voltados à produção de um ato (ou resultado) final*, o que definiu como ‘procedimento’. Fazzallari destacou a existência de uma modalidade especial de procedimento, a qual se caracteriza pelas possibilidades simétricas e equilibradas de participação dos destinatários do ato final na referida sequência, influenciando o próprio conteúdo do ato final. São essas possibilidades, às quais Fazzallari nominou de *contraditório*, que conferem uma estrutura dialética ao procedimento. Por sua vez, essa dialeticidade do procedimento estruturado (segundo o contraditório) foi denominada pelo autor de *peninsular de processo*. (FAZZALLARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 4. ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1986, p. 69 e ss).

⁵⁴ Um dos precursores desta teoria, Ítalo Andolina leciona que o “processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios de reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84-85).

⁵⁵ Tendo como ponto de partida as demais teorias apresentadas sobre a natureza jurídica do processo, Rosemiro Pereira Leal desenvolve a teoria neo-institucionalista do processo, segundo a qual o processo “[...] não se estabelece pelas forças imaginosa e naturalmente naturais de uma sociedade ou pelo poder de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, mas se impõem por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o êxito fundamental da previsibilidade das decisões. [...] A Teoria Neo-Institucionalista preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer povo) do processo legiferante nas bases insuantes e constituintes da legalidade, vem como na atuação e modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *TGP – Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson Job, 2005, p.102, 105).

⁵⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. Vol. 1. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95.

um vínculo de sujeição entre o sujeito ativo e o passivo, que permite ao primeiro exigir do segundo uma determinada conduta, impondo a este a obrigação de realizá-la.

Entretanto, em que pese a teoria predominantemente adotada na comunidade jurídica ser a do processo como relação jurídica, optou-se por desenvolver este trabalho tendo como referência a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, uma vez que a mesma se apresenta como sendo a mais coerente com o objeto deste estudo. Isto porque, como será demonstrado mais adiante, a Defensoria Pública possui como principal finalidade institucional garantir que seus assistidos tenham condições, em amplos aspectos, de participar da construção do provimento final de um processo em simétrica paridade com a(s) outra(s) parte(s). Ela é a Instituição responsável por representar aqueles que não têm condições (econômicas ou organizacionais) de estar em juízo, senão através dela, garantindo-se a igualdade processual entre as partes.

Essa teoria do processo aplicável ao Estado, qualquer que seja a natureza da função por ele desempenhada, surge com a obra do italiano Elio Fazzalari, intitulada *Istituzioni Di Diritto Processuale*⁵⁷.

Aroldo Plínio Gonçalves⁵⁸, partindo da crítica realizada por Elio Fazzalari à teoria do processo como relação jurídica, demonstra que tal teoria já não se mostra suficiente para explicar o processo no atual contexto jurídico. Isto porque, em todas as hipóteses em que se poderia falar em relação jurídica, o que há é uma conexão de normas que determinam a conduta dos indivíduos, e não um vínculo de sujeição⁵⁹. Conforme explica, o problema em se admitir o processo como relação jurídica é afirmar que existe entre as partes um poder sobre a conduta alheia⁶⁰. De fato, não é possível em um processo que uma parte possa, juridicamente, impor à outra a prática de um ato processual⁶¹.

Nesse sentido, citando Fazzalari, Aroldo Plínio explica que o que de fato existe entre as partes no processo são faculdades (ato gerado por uma vontade implícita), poderes (ato gerado por uma vontade declarada) e deveres (ato de cumprimento da norma).⁶² A norma

⁵⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni Di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1989.

⁵⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

⁵⁹ KELSEN, Hans. apud GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 68-69.

⁶⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 76-77, 83.

⁶¹ Idem, p. 83-84.

⁶² Ibidem, p. 85.

jurídica é, pois, admitida como “cânone de valoração da conduta”⁶³, conduta esta que será considerada como lícita se se enquadrar como faculdade ou poder, ou ilícita, se se enquadrar como dever, sendo que a posição do sujeito em relação à norma é que permite que se fale em posição subjetiva. Essa posição subjetiva se traduz na posição de vantagem de um sujeito em relação ao outro, decorrente de disposição contida na norma, a qual se apreende pelo objeto de seu comportamento. Assim sendo, quando existem consequências legais para a inexecução de um comportamento determinado pela norma, surge a figura do ônus⁶⁴.

Nessa órbita, o autor considera o processo como um conjunto de situações subjetivas, caracterizadas como posições dos sujeitos em relação à norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas, o que não se confunde com a teoria do processo como situação jurídica.

Partindo dessa premissa, Aroldo Plínio explica, também, a relação entre processo e procedimento, superando o formalismo e o tecnicismo que por muito tempo predominaram. Ultrapassando a ideia de que o processo é a simples forma pela forma, ou mero instrumento voltado para o alcance de uma finalidade específica, e, baseando-se nos ensinamentos de Elio Fazzalari, o autor apresenta a relação entre processo e procedimento como uma relação de inclusão⁶⁵.

O autor elucida os conceitos de processo e procedimento já conhecidos, porém inova no sentido de defender que o processo se caracterizará como espécie do gênero procedimento, pela participação dos interessados na preparação do provimento final, juntamente com seu autor próprio – o Estado⁶⁶, isto é, aqueles que terão sua esfera particular atingida pelo provimento a ser emanado terão a oportunidade de participar de sua elaboração.

O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, qual seja, o procedimento⁶⁷. O que, entretanto, difere o processo e o procedimento é o contraditório⁶⁸. Nesse sentido, haverá processo sempre que o procedimento for realizado garantindo-se às partes participar na construção do provimento em simétrica paridade, como destinatários do mesmo⁶⁹. Em outras palavras, existirá processo sempre que

⁶³ FAZZALARI, Elio. apud GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 10.

⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90-91.

⁶⁵ Idem, p. 56-57.

⁶⁶ Ibidem, p. 96.

⁶⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 96.

⁶⁸ Idem, p. 96.

⁶⁹ FAZZALARI, Elio. apud GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98.

for assegurada às partes a garantia, a liberdade, de participarem de sua construção em simétrica paridade, ainda que esta não seja efetivamente exercida. Lado outro, haverá procedimento quando inexistir participação assegurada às partes na construção do provimento, revelando-se exercício arbitrário da função.

A garantia do contraditório, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, representa a possibilidade de um provimento jurisdicional mais adequado, capaz de configurar tutela jurisdicional mais específica e eficiente, considerando que as partes buscam, através do processo, a proteção de seus direitos.

Nesse contexto, o processo representa a esperança de solução para a inefetividade de direitos, que se acham ameaçados, lesados e inaplicáveis, porque a introdução democrática, pelo ordenamento constitucional, de debates entre as partes, precedentes à decisão, garante um provimento jurisdicional mais adequado⁷⁰. Ainda que o contraditório não ocorra efetivamente, propiciá-lo é, de fato, constitucional e democrático, destacando-se, aqui, novamente, o papel desempenhado pela Defensoria Pública.

Assim, conforme bem demonstrado por Aroldo Plínio, seguindo os brilhantes nortes da crítica de Elio Fazzalari no que se refere à doutrina processual, o processo, na atualidade, se faz como “agente de transformação social”, na medida em que se perfaz nos ditames da norma, desenvolvida em um cenário no qual o Direito se faz, da mesma forma, transformador, ante a ampliação das garantias sociais.

⁷⁰ Acerca da construção dialógica do provimento, destaca-se a Teoria Discursiva de Habermas. A teoria de Habermas sobre a construção racional dos sujeitos é baseada na medição da racionalidade dos indivíduos pela linguagem e comunicatividade, estruturada em três elementos: o objetivo, o subjetivo e o social. Na Teoria da Ação Comunicativa, o estudo da filosofia é sempre realizado com base na razão. Referida teoria explora uma sociologia das relações interpessoais, ou seja, uma sociologia da ação comunicativa em que o universo subjetivo, a ação política e a razão dos indivíduos, se constituam em pilares para a formação e revitalização da esfera pública na busca do crescimento social. A ação comunicativa, que se traduz na linguagem, permite a articulação de valores, elaboração de normas e questionamento dos mesmos, configurando importante forma de relacionamento entre os sujeitos. Significa dizer que, segundo Habermas, a resolução dos conflitos humanos deve se pautar em discussões racionais – comunicação livre e crítica, e evolução material equilibrada com as exigências do meio ambiente. Sua principal preocupação seria, em resumo, o restabelecimento dos vínculos entre o socialismo e a democracia. Nesse contexto, Habermas defende a coexistência na sociedade de duas esferas: o sistema e o mundo da vida. O sistema seria a reprodução material regida pela lógica instrumental, ou seja, adequação dos meios aos fins, incorporada nas relações hierárquicas – poder político, e de intercâmbio – economia. O mundo da vida seria a esfera de reprodução simbólica, através da linguagem, dos significados que compõem a visão de mundo, quer se refiram aos fatos objetivos, às normas sociais ou aos conteúdos subjetivos. O agir comunicativo e o entendimento mútuo são grandes aliados na busca por ações mais adequadas para a defesa da democracia no cenário político, com crítica à repressão, censura, e outras medidas que visem, de alguma forma, oprimir o diálogo dentro da sociedade. Em resumo, o que Habermas pretende, através de uma leitura original da Teoria Discursiva da Ação, é uma reanálise teórica da soberania do povo e dos direitos fundamentais, com a redefinição do papel e do lugar do Direito na sociedade. Isto é, como o Direito, que se instrumentaliza através de um processo que se origina da relação de cumplicidade entre os direitos humanos e a soberania política dos cidadãos, poderá estabelecer-se como normativo. (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade I e II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.).

O direito processual deve ser concebido como instrumento de transformação da realidade social. É necessário hoje, portanto, o seu enfoque dentro do contexto social; só assim será possível alcançar a sua legitimidade instrumental com a observância dos valores principiológicos do Estado Democrático de Direito.⁷¹

O acesso à justiça, direito constitucional fundamental do Estado Democrático, tem exigido dos intérpretes, notadamente os da ciência processual, um olhar crítico.

Conforme já dito alhures, a simples previsão abstrata do direito de acesso à justiça, bem como de todos os demais direitos materiais, torna-se letra morta se despida de mecanismos adequados para torná-los eficientes e aplicáveis.

Já se mencionou neste trabalho que o direito de acesso à justiça não se resume apenas à possibilidade de mover uma ação judicial numa repartição forense, mas, muito além disso, representa a participação na construção de uma ordem jurídica e adequada, com todos os meios e instrumentos postos à disposição dos cidadãos para a solução de seus conflitos. Registrou-se, também, que apesar da existência de inúmeros meios de solução de controvérsias, o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário ainda é tido como o meio mais eficiente (ao menos ao primeiro exame) para a solução das lides. As decisões judiciais ainda são consideradas como garantia de que o Estado fará valer os direitos a todos garantidos e assegurará seu respeito e obediência.

É nesse contexto que o processo ganha contornos significativos. De simples sequência de atos processuais ou ritos, ele se transforma em garantia fundamental para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

[...] falar em acesso à justiça como novo método de pensamento pressupõe o rompimento com a neutralidade positivista, que impede a justiça de ser justiça, o direito de ser direito, a democracia de ser democracia. Impõe, assim, a concepção dinâmica, portanto aberta, do Direito, concepção essa que, transmutada para o direito processual, o torna um instrumento de realização de justiça por intermédio dos escopos jurisdicionais.⁷²

Foi para atender a essa nova perspectiva de processo que a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Sendo o processo uma garantia fundamental para a concretização do direito de acesso à justiça, o aparelho judicial precisa apresentar resultados concretos, suficientes e tempestivos, aptos a efetivar tais direitos.

⁷¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 05.

⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.

A compreensão dos teóricos do processo como relação jurídica, acerca desse dispositivo, vem exemplificada desta forma:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.⁷³

Entretanto, não há que se falar em efetividade do processo, mas do aparelho judicial, este sim, que precisa ser capaz de cumprir integralmente sua função sócio-político-jurídica, atingindo em plenitude todos os seus escopos constitucionais⁷⁴. Todavia, as mazelas do minimalismo da função judicial têm resultado em sobrecarga, que tem impossibilitado a efetividade da justiça, em razão da morosidade no julgamento das causas e da ineficiência das prestações jurisdicionais. Atento a isso, o legislador pátrio não poupou esforços em recepcionar as inúmeras reformas ocorridas no sistema processual, com o objetivo de efetivar o princípio constitucional de acesso à justiça.

Percebeu-se a necessidade de utilização de mecanismos que variassem de acordo com o direito material tutelado, priorizando-se a adoção de procedimentos diferenciados, adequados às particularidades de cada pretensão deduzida. Nessa conjuntura, as ações coletivas têm se mostrado adequados instrumentos processuais em socorro do Poder Judiciário na luta pela implementação do acesso à justiça, na medida em que as inúmeras ações individuais passam a ser substituídas por ações coletivas, que ampliam e potencializam os efeitos da tutela jurisdicional, concedendo maior efetividade ao provimento judicial, notadamente em razão dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada.

3.1. O acesso à justiça no processo coletivo

Como já demonstrado, o direito de acesso à justiça nada mais é que do que a implementação da função atribuída ao Estado de solucionar os conflitos sociais, com presteza,

⁷³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. Vol. 1. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 303.

⁷⁴ *Idem*, p. 319.

celeridade, eficiência e de forma adequada por meio do devido processo legal.⁷⁵ Não obstante, obstáculos a serem diuturnamente rompidos, a morosidade da justiça e a falta de efetividade da jurisdição, contrariam os ideais de justiça de um Estado que se diz democrático.

Certo é que a simples previsão legal ou mera possibilidade de exercício do direito de ação não significa a plena realização e efetivação dos direitos abstratamente assegurados pelo ordenamento jurídico. O acesso ao Poder Judiciário, por si só, não significa realizar de forma concreta, tempestiva e eficiente o acesso à justiça, não sendo, por isso mesmo, garantia de solução à violação ou ameaça a um direito. Como dito, tal direito ultrapassa as barreiras do Judiciário, ampliando-se para incluir todos os mecanismos judiciais e extrajudiciais que sejam capazes de dirimir os conflitos sociais. É por isso que se pode afirmar que a judicialização de conflitos não esgota o “acesso à justiça”.

Está corroborando a afirmação de que a tutela de direitos vai além do simples ajuizamento de uma ação a inclusão, no ordenamento jurídico, dos direitos coletivos, que exigiu a reformulação de tal ordenamento no sentido de estabelecer mecanismos mais adequados para a finalidade de garantir a tutela e efetividade desses “novos direitos”, com vistas à universalização do “acesso à justiça”.

Já que o acesso ao Judiciário ainda é uma das alternativas mais adotadas para a tutela dos direitos, na medida em que ainda se acredita que a jurisdição, a ação, o processo e as decisões judiciais são capazes de realizar os direitos de forma mais adequada e efetiva, as alterações produzidas no sistema de ações tiveram o objetivo de proporcionar, predominantemente, maior celeridade e eficiência ao processo, especialmente diante do contexto atual de alargamento das relações coletivas, massificadas, interpessoais.

De fato, com o advento dos chamados “novos direitos”, decorrentes da evolução da sociedade e da conseqüente massificação das relações comerciais, econômicas e sociais, o sistema processual pátrio foi dotado de instrumentos modernos e suficientemente adequados para processar pretensões que tocam o conjunto da sociedade.⁷⁶

No processo coletivo, através do ajuizamento de uma única ação, é possível abarcar-se uma infinidade de direitos e conflitos que, em sua grande maioria, em razão dos obstáculos socioeconômicos, não poderiam ser demandados individualmente⁷⁷. Além disso, as ações coletivas são importante alternativa para poupar o Judiciário da grande quantidade de ações individuais que se multiplicam, diariamente, com os mesmos objetivos. Daí a importância do

⁷⁵ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 15.

⁷⁶ Idem, p. 22.

⁷⁷ Ibidem, p. 20.

processo coletivo para a ampliação e democratização do acesso à justiça, além de permitir ao Judiciário um pouco mais de eficiência.

3.2. Processo coletivo: uma nova perspectiva

O Direito atual é o direito da efetividade, da concretização, cujo objetivo principal é garantir a todos o acesso a uma ordem jurídica adequada. Vive-se uma fase em que a substância se sobrepõe à forma, tendo-se como paradigma a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, dentro da qual está inserido, ao lado do direito individual, o direito coletivo brasileiro.

O movimento de renovação do Direito Processual, que eclode em vários Congressos e se manifesta em importantes obras do Direito brasileiro, atua como fonte geradora de novas ideias e novas reflexões sobre antigas questões da construção doutrinária.

Dentre suas contribuições, anuncia a superação do tecnicismo do século XIX, onde o rito se fazia pelo rito e a forma se cumpria pela forma. [...].

[...]. Tenta superar as insuficiências de concepção deficiente de processo, do rito pelo rito e da forma pela forma, abolindo o formalismo. [...]. Tenta substituir uma técnica jurídica deficiente, porque construída sobre antigos conceitos que não passaram pelo necessário ajustamento, eliminando a técnica. [...].

O direito material, enquanto cânone de conduta e de organização social, será fator de transformação, se assim for construído pelos seus destinatários, que são também seus criadores. O processo, como instrumento disciplinado pela lei para permitir a manifestação do Poder jurisdicional, chamado a resolver os conflitos, onde as autocomposições falharem, é instrumento pelo qual o Estado fala, mas é, também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio Direito que a nação instituiu. E esse Direito é o único poder capaz de limitar a atuação do Poder.⁷⁸

A Constituição da República de 1988 institucionalizou os direitos coletivos, dispondo sobre eles de maneira expressa. Isso repercutiu na esfera do direito processual, que reclamou por uma visão constitucionalizada perante o Estado Democrático de Direito, transformador da realidade social.

Tendo em conta que a sociedade vive em uma “era” de direitos, na qual os danos causam repercussões além das fronteiras previamente determinadas, é cada vez mais urgente a

⁷⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 1-2, 5.

solução eficaz dos conflitos. Tornou-se, pois, imprescindível a releitura do direito processual, à luz da teoria dos direitos e garantias fundamentais, com vistas à fixação de novas diretrizes metodológicas para a implementação de reformas constitucionais e infraconstitucionais que permitam a aplicação do atual paradigma constitucional de processo.

A falta de eficiência dos sistemas jurisdicionais, baseados no processo civil clássico, via de regra formalista e individualista, foi seguramente o fator que despertou nos processualistas contemporâneos a urgência de empenharem-se na pesquisa de novos institutos que pudessem trazer solução a um número crescente de demandas.⁷⁹

A concepção tradicional de processo sempre esteve voltada para a solução de litígios intersubjetivos, fincados em relações jurídicas envolvendo pessoas determinadas. Nos últimos anos, porém, notadamente após a edição da Lei nº 6.513/77, que ampliou a noção de patrimônio público para fins de ajuizamento de ação popular, o sistema de ações ganhou novos paradigmas e se apresentou sob nova roupagem, incluindo as coletivas, por meio das quais os titulares de direitos coletivos em sentido amplo atuam na defesa de direitos pertencentes a um determinado grupo ou coletividade.

Com a eclosão da tutela dos direitos coletivos surge um sistema específico de princípios e normas processuais, destinado à proteção e implementação de tais direitos de forma mais eficiente. Nesse contexto, podem-se destacar três grandes momentos do movimento mundial pela coletivização do processo (segunda onda renovatória do acesso à justiça ou representação em juízo dos direitos difusos), vividos no Brasil⁸⁰.

O primeiro momento foi o do advento da Lei nº 7.347, de 27 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública. Referida lei introduziu no ordenamento jurídico pátrio a previsão da tutela coletiva de direitos. A LACP “estabeleceu uma legitimação coletiva ativa pluralista ou concorrente para o ajuizamento desta espécie de ação coletiva (art. 5º), [...] e fixou outras regras processuais sobre o processo coletivo”.⁸¹

O segundo grande momento da tutela coletiva no Brasil surge com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Rompendo com o sistema de tutela puramente individualista, a Constituição de 1988 introduz no Brasil uma nova sistemática jurídica, com rol amplo, aberto e dinâmico de tutela jurídica, trazendo expressamente os direitos coletivos como direitos fundamentais, bem como mecanismos de proteção de tais interesses massificados.

⁷⁹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 20.

⁸⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pág. 18.

⁸¹ Idem, p. 18.

A título de exemplo dessa nova concepção de proteção dos direitos, especialmente dos coletivos, cite-se o disposto no art. 129, inciso III, da CR/88, que preceitua que a ação civil pública poderá ser utilizada para defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de *outros interesses difusos e coletivos*.

Traduzindo o terceiro momento histórico da tutela coletiva no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 –, inovando no sistema jurídico brasileiro, adotou, no parágrafo único do seu art. 81, classificação tripartite sobre os direitos massificados, de sorte que há, hoje, conceituação legal estabelecendo que tais direitos de dimensão coletiva ou massificados são os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Criou-se, assim, verdadeiro “microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum”⁸², determinante para a interação entre o processo coletivo no CDC e a LACP, interação esta integrativa e não subsidiária⁸³.

Para a transposição do modelo interpretativo dos direitos individuais para os coletivos mostrou-se imprescindível a existência de um sistema de proteção e efetivação de direitos fundamentais, notadamente porque os direitos coletivos exigem formas e procedimentos especiais de tutela. Tornou-se necessário, em verdade, o desenvolvimento, no Brasil, de um direito processual coletivo, com mecanismos próprios e específicos para a concretização de direitos coletivos, tendo em vista que o processo civil atual, com cunho estritamente individual e patrimonialista, não atende ao anseio constitucional.

Conforme leciona Gregório Assagra de Almeida⁸⁴, diante da instituição desse novo sistema de tutela coletiva, o direito processual caminhou no sentido de introduzir no ordenamento brasileiro *um novo ramo do direito processual: o direito processual coletivo*.

[...] Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, juristas de renome, também passaram a sustentar, na clássica obra *Teoria Geral do Processo*, que, sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o direito processual coletivo pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual.⁸⁵

⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 19.

⁸³ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁸⁵ “Aplicam-se-lhe todos os ‘princípios gerais’ do direito processual (v. Cap. IV), mas, além desses, tem eles princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz, etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e.; DINAMARCO, Cândido Rangel. apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 30-31).

O direito processual coletivo, que pode ser *comum ou especial*⁸⁶, representa a previsão no ordenamento jurídico pátrio de ações e procedimentos específicos para a concretização, de maneira mais ampla e efetiva, dos direitos massificados.

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade.⁸⁷

A ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, entre outros, estão inseridos no rol dos procedimentos específicos desenvolvidos para a tutela de direitos coletivos.

3.3. Ações coletivas: um novo paradigma de processo

Inicialmente, para que haja uma adequada e completa compreensão das ações coletivas e do processo coletivo, é necessária a compreensão do seu objeto.

Rodolfo de Camargo Mancuso leciona que um direito pode ser classificado como coletivo se reunir os seguintes requisitos: a) um mínimo de organização, a fim de que se tenha a coesão necessária à formação e identificação do interesse em causa; b) a afetação desse

⁸⁶ “O direito processual coletivo brasileiro, no plano de seu objeto material, divide-se em *especial e comum*. O direito processual coletivo especial se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de *interesse coletivo objetivo legítimo*. Especial porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais. Por outro lado, o *direito processual coletivo comum* se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do *direito processual coletivo comum* são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). O *direito processual coletivo comum* é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Nesse contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, etc. estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 31-32).

⁸⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

interesse a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores; c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada⁸⁸.

Entender, porém, de modo genérico o que significa direito coletivo não é tão simples, haja vista que um mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas.

Com efeito, na intenção de diferenciar e delimitar os direitos coletivos em sentido amplo, o Código de Defesa do Consumidor trouxe, em seu art. 81, uma classificação para direitos coletivos, de acordo com a sua titularidade.

São considerados *direitos difusos* os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São *direitos coletivos em sentido estrito* 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. Por fim, são *direitos individuais homogêneos* aqueles decorrentes de origem comum.

A transindividualidade é uma característica própria dos denominados “direitos de terceira dimensão”. Foi a partir da *terceira dimensão* dos direitos fundamentais que se começou a construir uma nova teoria para os direitos, uma teoria dos direitos de dimensão coletiva, uma teoria da transindividualidade subjetiva (titularidade) e objetiva (objeto) dos *novos direitos das massas*.

A transindividualidade dos direitos, portanto, é uma característica da sociedade massificada. Interesses ou direitos transindividuais são direitos ou interesses massificados, mas que possuem uma característica especial no plano do seu objeto: a *indivisibilidade*.⁸⁹

Segundo Carlos Alberto Bittar, o que caracteriza um direito como difuso é “a impossibilidade de se determinar, com precisão, quem seja o seu titular ou beneficiado”⁹⁰.

O que diferencia um direito difuso de um coletivo em sentido estrito é que, no caso dos difusos, os interesses são conjuntamente considerados, faltando elementos para uma avaliação unitária, e, no caso dos direitos coletivos em sentido estrito, existe uma organização⁹¹.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo. nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 47.

⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 473-474.

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. apud GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8.

⁹¹ VIGORITI, Vincenzo. apud GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são aqueles que, desde o início permitem a identificação de sua titularidade pelo indivíduo, “sem conotação alguma com o grupo que posteriormente se confirmou apenas para efeito de atuação em juízo. A reunião dos interessados decorre apenas de medida de economia processual, tal como ocorre tradicionalmente com o litisconsórcio”⁹².

Então:

No plano do direito, observa-se que a expressão “difuso”, no sentido de direito ou interesse, significa espécie de direito de dimensão coletiva pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas que é de um e de todos ao mesmo tempo. (...). Utilizando critérios seguidos pelo CDC, verifica-se que sob o aspecto subjetivo, os direitos ou interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas ou indetermináveis. Pelo aspecto objetivo, pertinente ao objeto dessa categoria de direitos ou interesses coletivos, observa-se que eles são indivisíveis. Por fim, pelo aspecto origem, verifica-se que os direitos ou interesses difusos tem origem comum, geralmente sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares. (...). No sentido dos critérios do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis. Sob o aspecto objetivo, por serem transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis na forma dos difusos. Sob o aspecto origem, seus titulares – grupo, categoria ou classe de pessoas – estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica de base, que é mantida entre si ou com a parte contrária. (...). Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas facilmente determináveis. Pelo aspecto objetivo e pelo caráter predominantemente individualizado são eles divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Pelo aspecto origem são eles de origem comum. (...). Os direitos individuais homogêneos seriam uma categoria de direitos que representa, no plano processual, uma criação técnico-jurídica do direito positivo brasileiro para possibilitar a proteção coletiva dos direitos individuais subjetivos clássicos.⁹³

Fator determinante para que se possa caracterizar um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de tutela que se pretende ao ajuizar a ação⁹⁴. Nesse sentido, foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico, tanto pela Constituição da República de 1988 como pelas leis infraconstitucionais, uma série de ações, especialmente desenvolvidas para a tutela dos direitos coletivos, que levam em consideração a titularidade desses direitos e a espécie de provimento que se almeja.

⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Algumas observações sobre a Ação Civil Pública e outras ações coletivas*. Ano 90, vol. 788, jun. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63.

⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 481-485.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

Historicamente, a ação coletiva não possui uma origem claramente delineada. Nesse sentido ensina Gregório Assagra de Almeida que não é possível falar em origem remota do direito processual coletivo⁹⁵. Todavia, existem posicionamentos doutrinários no sentido de que as ações coletivas foram inspiradas pelas *class actions* do sistema norte americano⁹⁶.

Independente de sua origem histórica, é certo que a tutela coletiva foi universalizada pela Constituição da República de 1988, que dispôs de modo específico sobre várias ações adequadas à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Mandado de Segurança Coletivo – CF, art. 5º, LXX; Mandado de Injunção – CF, art. 5º, LXXI; Ação Popular – CF, art. 5º LXXIII; Ação Civil Pública – CF, art. 129, III; etc.).

O conceito de ação coletiva é amplamente discutido na doutrina pátria.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, uma demanda poderá ser conceituada como coletiva quando nela restar configurada a possibilidade de defesa, em juízo, de direitos de diversos interessados (pretensão coletiva), por iniciativa de outrem (legitimado).⁹⁷

Praticamente no mesmo sentido, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes entende que, no direito brasileiro, a ação coletiva pode ser definida como

direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas e formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.⁹⁸

Sob outro enfoque, Luciano Velasque Rocha, partindo do pressuposto de que a conceituação de uma ação como coletiva depende da análise e compreensão dos institutos da legitimidade e da coisa julgada, bem como com base em estudo doutrinário, apresenta um conceito distinto do que seja uma ação coletiva. Segundo o autor,

é o receber tratamento coletivo – e não o ser direito coletivo – que nos aproxima de uma definição para ação coletiva, também é verdadeiro que nos deparamos, então, com interessante tautologia: a ação coletiva proporciona tutela coletiva”. Ora, é forçoso que evitemos definições auto-referenciais: somente lograremos escapar dessa definição que nada define apelando para

⁹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37-45.

⁹⁶ “O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (class action), aperfeiçoada e difundida no sistema norte americano, especialmente a partir de 1938, com a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em ‘algo único e absolutamente novo’”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29).

⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In Revista de Processo. Vol. 27, n.107, set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 187 e s.

⁹⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas – no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

as notas distintivas entre o processo coletivo e o individual: a legitimidade e a coisa julgada.⁹⁹

Luiz Manoel Gomes Junior delinea, ainda, que “(...), o que é relevante para caracterizar o que seja uma Ação Coletiva passa pelo seu objeto. Se tratar-se de demanda na qual esteja veiculada pretensão coletiva, terá tal natureza (...)”¹⁰⁰.

Conclui-se, portanto, que as ações coletivas – nas quais o pedido veiculado se refere, necessariamente, a direitos pertencentes a uma coletividade de pessoas, indeterminadas ou determináveis – são os procedimentos processuais adequados para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, isto é, elas representam a estrutura lógico-sequencial de atos desenvolvidos pelo sistema processual para a adequada proteção dos “novos direitos”.

As ações coletivas são, em verdade, o “legado atual das transformações que a ciência processual teve de passar em sua escala evolutiva”¹⁰¹. Elas são os instrumentos constitucionais que permitirão o efetivo acesso à justiça ou à ordem jurídica justa¹⁰².

⁹⁹ ROCHA, Luciano Velasques. *Por uma conceituação de ação coletiva*. In Revista de Processo. Vol. 27, n. 107, set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 269 e s.

¹⁰⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

¹⁰¹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 60.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 34.

4. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MODELO DO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

O surgimento dos direitos coletivos se deu muito antes da promulgação da Constituição de 1988. Antes da expressa previsão constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro já sinalizava a existência de direitos massificados, bem como a necessidade de procedimentos próprios capazes de proporcionar maior efetividade e tutela específica a tais direitos.

Especialmente no que se refere ao direito processual, se verificava a necessidade de elaboração de normas que traduzissem uma esfera de proteção de direitos que ultrapassasse o cunho estritamente individualista do processo, que, até então, se ocupava quase e tão somente, com as relações privadas, objetivando tutelar direitos puramente individuais.

Mesmo quando a relação processual instaurada abrangia direitos essencialmente coletivos, a opção era a ação individual, uma vez que a deficiência no ordenamento jurídico de instrumentos caracteristicamente coletivos conduzia a tal solução.

Tal cenário começou a vivenciar mudanças quando do surgimento constitucional da ação popular, com a Constituição de 1934¹⁰³, que previa no número 38 de seu art. 113, que qualquer cidadão seria parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios. Ação de natureza constitucional, o objetivo da ação popular foi garantir aos cidadãos maior participação na vida política da sociedade.

Em que pese ter sido suprimida pela Carta Constitucional de 1937, ante seu cunho ditatorial, a ação popular se fez presente nas demais Constituições brasileiras, o que culminou na edição de sua lei regulamentadora, de nº 4.717, de 29 de maio de 1965, que ainda está em vigor, constituindo-se “como um marco significativo no plano da evolução histórica da ação popular”¹⁰⁴.

Referida ação constitucional, ratificada na Constituição de 1988, inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de tutela dos direitos coletivos, tendo sido seguida por outras tantas, que foram sendo criadas com o passar dos anos, tais como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, etc.

¹⁰³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19 de junho de 2014.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 347.

A existência de uma ação com objeto material demasiadamente delimitado e legitimidade completamente restrita não era, contudo, suficiente para implementar o anseio de maior efetividade dos direitos fundamentais coletivos, o que fez aflorar a demanda por outras capazes de tutelar, da forma mais ampla possível, esses direitos.

Um sistema de tutela coletiva há muito é demanda social, na medida em que, cada vez mais, as relações sociais são massificadas. Porém, até o presente momento, não existe no país um código de normas de direito material e processual coletivo. Leis esparsas são utilizadas constantemente, em uma interpretação integrada, para solucionar, de maneira mais adequada, as demandas coletivas.

Dito isso, em que pese não ser objeto deste trabalho o estudo detalhado de todas as ações coletivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma sucinta análise do procedimento que, hoje, norteia o sistema coletivo brasileiro é imprescindível à boa compreensão do tema proposto.

Já foi dito que o sistema de tutela coletiva se iniciou com a ação popular. Contudo, o grande avanço na seara coletiva se deu com a criação da ação civil pública. Isto porque a lei que a normatizou trouxe em seu bojo uma disciplina mais extensa e completa dos direitos coletivos, mais adequada ao anseio constitucional.

Por se tratar de ação cujo objeto material é mais amplo, cuja legitimidade inclui maior número de titulares, bem como que possui preceitos mais específicos sobre a tutela coletiva, a ação civil pública é utilizada atualmente como fonte de integração do sistema coletivo de proteção de direitos. Por essa razão, também foi selecionada, neste trabalho, como paradigma de análise do processo coletivo, já que, repita-se, é a ação com disciplina mais completa em termos de proteção de direitos coletivos.

Para muitos, o surgimento da ação civil pública se deu com o advento da Lei 7.347, em 1985. Não obstante, a denominação “ação civil pública” surgiu com a Lei Complementar Federal 40, de 14 de dezembro de 1981, considerada a primeira Lei Orgânica do Ministério Público, que dispunha, em seu art. 3º, que, dentre as funções institucionais do referido órgão, estaria a de ajuizar a ação civil pública.¹⁰⁵ A Lei 7.347/85, na verdade, aproveitou a denominação ao tratar da ação coletiva adequada para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 41.

A Constituição da República de 1988, ao disciplinar os direitos coletivos, corroborando a legislação infraconstitucional, constitucionalizou tanto a nomenclatura quanto a “ação civil pública”, elevando-a ao mais alto nível na ordem jurídica.

Segundo entendimento de Hugo Nigro Mazzilli¹⁰⁶, para fins didáticos, a denominação “ação civil pública” só deve ser utilizada quando for ajuizada pelo Ministério Público. Se ajuizada por qualquer dos demais colegitimados, deve ser denominada simplesmente “ação coletiva”. Entretanto, a partir de uma análise do microsistema de direito coletivo, pode-se afirmar que tal diferenciação não se sustenta, na medida em que, não obstante a ação civil pública ser espécie do gênero ação coletiva, e o nome mais adequado ser “ação coletiva”, a nomenclatura “ação civil pública” já restou consolidada na seara jurídica brasileira¹⁰⁷, o que se formalizou com a edição da Lei nº 7.347 em 1985, consagrando-se constitucionalmente em 1988 (art. 129, III, CF/88).

Com efeito, a discussão acerca do *nomen juris* da ação coletiva disciplinada na Lei 7.347/85 não gera grandes repercussões, razão pela qual, apenas para fins de proporcionar melhor contexto ao presente estudo, será ela tratada doravante como “ação civil pública”.

4.1. Principais ponderações

A ação civil pública, em que pese não ter sido elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais¹⁰⁸, em virtude da gama de interesses e direitos que visa proteger, tem natureza jurídica de direito fundamental de acesso coletivo à justiça, notadamente em razão do disposto no §2º do art. 5º, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em termos gerais, a Ação Civil Pública pode ser definida como uma espécie de ação coletiva, de natureza constitucional, destinada à tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

A ação civil pública tem dignidade constitucional (art. 129, III) e, assim, por ela destinar-se à tutela de um interesse ou direito de índole quase sempre

¹⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

¹⁰⁷ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso in *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Título II.

constitucional – tanto que está inserida dentro do que a doutrina denomina direito processual constitucional –, conclui-se que a ação civil pública é uma garantia constitucional processual específica colocada à disposição do Ministério Público e de outros legitimados coletivos arrolados pela lei (art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90) para a tutela jurisdicional de quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.¹⁰⁹

Reconhecida pelo art. 129, inciso III, da CR/88, e disciplinada pela Lei nº 7.347/85, a Ação Civil Pública possui ampla esfera de proteção de direitos, admitindo tanto pedidos de proteção preventiva como repressiva, para a tutela de direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), podendo abranger, inclusive, pedido de danos morais e patrimoniais (art. 5º, XXXV, e art. 129, III, ambos da CF/88, e art. 1º, *caput*, da LACP).

A Lei da Ação Civil Pública caminhou no mesmo sentido da Constituição.

O inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 da Lei 8.078/90, ao estabelecer que outros interesses difusos ou coletivos poderão ser tutelados pela ação civil pública, deixa claro que seu objeto material é amplo, não se admitindo interpretação limitadora que vise implantar ou revigorar o combinado sistema da taxatividade, originariamente implantado na LACP. O dispositivo acima está em perfeita consonância com o art. 129, III, da CF, que não recepcionou o sistema da taxatividade ao estatuir expressamente o princípio da não-taxatividade do objeto material da ACP.

Destaca-se ainda a modificação inserida no LACP pelo art. 88 da Lei 8.884/94, modificação essa que potencializou a ação civil pública ao deixar expresso que ela é instrumento hábil também para a tutela de danos morais (art. 1º, *caput*, da Lei 7.347/85); além disso, a referida lei acrescentou no art. 1º, da LACP, o inciso V, que prevê o cabimento da ACP quando houver infração da ordem econômica.

O art. 6º da Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, modificou o inciso V do art. 1º da Lei 7.347/85, prevendo a possibilidade de ajuizamento da ACP também quando houver infração da economia popular.¹¹⁰

Acerca das espécies de provimentos admissíveis em sede de Ação Civil Pública, a polêmica reside no âmbito dos direitos individuais homogêneos, que, ao primeiro súbito, seriam direitos cuja divisibilidade dificultaria a prolação de determinados tipos de provimento jurisdicional. A esse respeito, Gregório Assagra de Almeida discorre que:

a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos se dará, em regra, por intermédio de ação civil pública de conhecimento com pedido de reparação de danos. Na defesa dos consumidores há uma ação coletiva específica disciplinada para esse fim do CDC (arts. 91/100). [...]. Entretanto, observa Ada Pellegrini Grinover que as ações para a defesa dos direitos

¹⁰⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 81.

¹¹⁰ *Idem*, p. 53.

individuais homogêneos não se limitam no ordenamento jurídico brasileiro à ação com pedido de responsabilidade civil por danos coletivamente causados. Apesar de ser difícil de se visualizar hipótese concreta que poderá ensejar a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos por ação com pedido constitutivo ou até mesmo com pedido declaratório ou mandamental, entendemos que não há qualquer proibição legal neste sentido. O mais comum, porém, é que a tutela desse direitos se dê por ação coletiva com pedido condenatório genérico (art. 95 do CDC) de obrigação de dar quantia (tutela ressarcitória). A dificuldade, no caso, concentra-se no aspecto da divisibilidade dos direitos individuais homogêneos. Como poderia ser aferido o aspecto de divisibilidade dos direitos individuais homogêneos em ação coletiva com pedido constitutivo ou com declaratório ou mandamental? Daí a dificuldade na aferição de hipóteses concretas que poderão ensejar essas outras espécies de tutelas coletivas nos planos dos direitos ou interesses individuais homogêneos. Contudo, considerando o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva previsto no art. 83 do CPC, que se aplica à ação civil pública por força do art. 21 da LACP, qualquer pedido seria em tese cabível para a tutela desses direitos, desde que seja o mais adequado concretamente (cautelar executivo, mandamental, declaratório, condenatório ou o constitutivo).¹¹¹

A dificuldade acima exposta não justifica o impedimento de utilização da ação civil pública para a proteção dos direitos individuais homogêneos, tendo em vista que a legislação, constitucional e infraconstitucional, não faz tal ressalva.

Corroborando o anseio constitucional de máxima proteção e efetividade aos direitos fundamentais coletivos, que, nos termos da teoria dos direitos e garantias fundamentais, irradiam força para todo o ordenamento jurídico, entende-se que a ação civil pública possui amplo objeto material e é passível de utilização para defesa de quaisquer direitos massificados, comportando, mesmo em relação aos direitos individuais homogêneos, qualquer tipo de provimento jurisdicional, em homenagem à máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva.

Em relação às espécies de provimentos jurisdicionais passíveis de serem proferidos em sede de ação civil pública, a regra é que eles sejam condenatórios, conforme preceitua o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, cuja interpretação com a LACP se dá de forma integrada, como já visto. Não obstante, em respeito ao princípio da máxima proteção dos direitos coletivos, não é descartável a possibilidade de provimentos declaratórios, constitutivos, mandamentais, etc.

No que tange às espécies de pretensão possíveis de serem veiculadas em sede de ação civil pública, tem-se que todos os pedidos não vedados expressamente pelo sistema jurídico podem ser feitos por meio dela.

¹¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 67.

Inicialmente, a ação civil pública seria cabível exclusivamente para veiculação de pretensões de reparação de danos causados a direitos tutelados pela Lei 7.347/85, ou a ela vinculados. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, o rol de pedidos admissíveis na ação civil pública restou ampliado.

Nesse sentido, explica Gregório Assagra de Almeida¹¹², citando Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que:

a Lei 7.347/85, em sua redação original, somente admitia ação com pedido de responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos direitos protegidos pela referida lei, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer e ação cautelar de antecedente ou incidente. Com a entrada em vigor do CDC, foi totalmente ampliado o campo de aplicabilidade da LACP, seja no que tange ao seu objeto material, seja em relação ao seu objeto formal. Pela completa interação existente entre a LACP (art. 21) e o CDC (arts. 83 e 90), qualquer tipo de ação poderá ser utilizada para a tutela dos direitos e interesses protegidos pela LACP.

E continua Assagra:

Assim, em razão do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, que está previsto no art. 83 do CDC e aplica-se à ação civil pública por força do art. 21 da Lei 7.347/85, os pedidos na ação civil pública não mais se restringem ao que dispõem os arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85. Portanto, hoje é admissível pedido condenatório, pedido meramente declaratório (positivo ou negativo), pedido constitutivo (constitutivo-positivo, constitutivo-negativo ou constitutivo-modificativo) e, ainda, pedidos cautelar, executivo e mandamental.

Ademais, observa-se que a ação civil pública é ação de interesse social, pois, por seu intermédio, o que se objetiva é a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de uma comunidade ou de uma coletividade de pessoas, indetermináveis ou não, conforme o caso. Assim, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos por ela tuteláveis, não é aplicável, em sede de ação civil pública, bem como em sede dos processos coletivos em geral, a aplicabilidade do princípio da interpretação restritiva do pedido, previsto no art. 293 do CPC. [...].

A ampliação do objeto material da ação civil pública se deu em razão do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, sendo certo que, por ser ação de natureza social, haja vista tutelar direitos coletivos, não há razão de ser na restrição de determinadas pretensões a serem feitas no seu bojo. Nesse sentido, a ação civil pública admite pedidos declaratórios, constitutivos, condenatórios, e também, cautelares, executivos e mandamentais.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que todos os tipos de sentença – declaratórias, constitutivas e mandamentais – são possíveis na ação civil pública, desde que compatíveis

¹¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 95-96.

com o processo coletivo, tudo isso com base no já referido *princípio da máxima efetividade da jurisdição*.

Há que se dizer, ainda, que em sede de ação civil pública, não obstante a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil¹¹³, no que se refere ao pedido, não ocorre o fenômeno processual conhecido como “estabilização da demanda”, nos moldes previsto nos arts. 264 e 294 do referido diploma legal, por meio do qual, com a citação (forma relativa) e com o saneamento do processo (forma absoluta), não se pode mais alterar o pedido inicial.

Também não é aplicável na ação civil pública e nos processos coletivos em geral, a estabilização da demanda (*perpetuatio libelli*), prevista nos arts. 264 e 294 do CPC. Esta estabilização da demanda ocorre de forma relativa com a citação do demandado e de forma absoluta com a decisão de saneamento do processo. Contudo, tal estabilização da demanda está presente em um sistema processual fechado, voltado para os conflitos interindividuais. Assim, também há incompatibilidade na sua aplicabilidade em sede de ação civil pública e de demandas coletivas em geral.¹¹⁴

Havendo pluralidade de réus, reputa-se estabilizada a demanda tão somente depois de concretizada a citação de todos eles e decorrido o respectivo prazo para a oferta das defesas.

Se não se admitir o ingresso do co-réu em emenda à inicial, competirá ao respectivo membro do Ministério Público ajuizar uma nova demanda, deduzindo nela a mesma causa de pedir e os mesmos pedidos, produzindo nela as mesmas provas, apenas para que se apure a responsabilidade daquele sujeito não inserido no processo primitivo. Providência flagrantemente desarrazoada e que só contribuiria para o abarrotamento do Poder Judiciário, desafiando todas as modernas tendências de aproveitamento de atos processuais, de celeridade e de maximização do proveito obtido nas ações coletivas. (...)O Superior Tribunal de Justiça já identificou que a alteração subjetiva da demanda é plenamente possível até o saneamento do processo (ainda que sem consentimento do réu), desde que não importe em prejuízo para quaisquer das partes. Até o saneamento a estabilização processual é relativa, urdida não para travancar o andamento da demanda, mas apenas e tão somente para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como conferir segurança jurídica aos atores processuais. Não havendo afetação negativa dessas diretrizes, desvela-se possível a alteração das partes após o ato citatório, ainda que sem consentimento do réu.¹¹⁵

¹¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 583-584.

¹¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 96.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento nº 0023228-79.2013.8.08.0024. Relator Des. Telêmaco Antunes de Abreu Filho. Julgado em 27/01/2014 e lido em 27/01/2014. Disponível em <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/41703?view=content>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

No que se refere à competência, conforme disposto no art. 2º da Lei 7.347/85, “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”.

A Lei da Ação Civil Pública traz, porém, em seu artigo 16, uma limitação funcional, interpretada literalmente como territorial, restringindo assim os efeitos *erga omnes* da coisa julgada. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não impõe tal limitação.

Baziloni¹¹⁶ desmistifica a definição legal do juízo competente insculpido no artigo 16 da LACP, no qual foi inserida a expressão *nos limites da competência territorial*, esclarecendo que, na verdade, o legislador pretendia reforçar a competência funcional, esta entendida como absoluta. Portanto, o legislador não desejou limitar a eficácia da sentença de procedência a um território. Se a opção fosse pela limitação, restaria dotada de ineficácia plena, em função da estreita ligação entre a LACP e o CDC, na medida e proporção em que a coisa julgada permanece nas ações coletivas, conforme dispõe o art. 103 do CDC, aqui incluídas as ações propostas com base na LACP.

De fato, a leitura constitucionalizada do microsistema processual coletivo não permite a interpretação literal do art. 16 da LACP, já que a restrição contraria a efetividade da jurisdição coletiva, distanciando-se da moderna principiologia contemporânea.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da não limitação dos efeitos das decisões coletivas aos ditames literais do art. 16 da LACP.¹¹⁷ No entanto, a matéria não está pacificada, e os que se opõem a tal entendimento se apoiam no sistema representativo para questionar os efeitos da coisa julgada.

Nessa esteira, alega-se a impossibilidade de atribuir ao julgamento de uma Ação Civil Pública caráter universal, pois a competência seria simples corolário da jurisdição, que se estabelece a partir de um determinado território, sobre o qual se assenta o ente federado. Há também nesse sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁸.

Em sentido contrário caminha Baziloni:

Para a existência de um processo, a jurisdição é pressuposto processual, pois, sem ela, teremos qualquer coisa, menos processo. Já a competência é pressuposto processual de validade; sem ela, o processo será inválido.

¹¹⁶ BAZILONE, Nilton Luiz de Freitas. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 31.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 411529-SP. Relatora Min^a. Nancy Andrighi. Julgado em 24/06/2008. Publicado no DJe em 05/08/2008; e REsp 1.243.386-RS. Relatora Min^a. Nancy Andrighi. Julgado em 12/06/2012. Publicado no DJe em 26/06/2012.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 293.407-SP. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 07.06.2006. Publicado no DJe em 01/08/2006; e AgRg no Ag 633.994-PR. Relator Min. Vasco Della Giustina. Julgado em 08/06/2010. Publicado no DJe em 24/06/2010.

Daí o porquê de não ser possível impor limites à extensão territorial onde a decisão terá eficácia. Se o juiz for competente para determinado feito, haja ou não pedido do autor coletivo, os efeitos de sua sentença não estarão limitados a qualquer território. O processo existirá e será válido, sendo inconstitucional a limitação imposta.¹¹⁹

Em que pese a existência de grande polêmica doutrinária acerca da competência para processar e julgar a ação civil pública, sem a pretensão de exaurir o tema, entende-se mais adequado o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli, para quem a “competência funcional” é competência absoluta, inderrogável e improrrogável por vontade das partes, fixada em razão do local do dano¹²⁰.

Dentro do procedimento da ação civil pública como modelo para o processo coletivo é bom destacar o cabimento de concessão de liminar no bojo da ação coletiva, com ou sem justificção prévia, o que está expressamente previsto no art. 12 da LACP, ficando tal decisão sujeita ao recurso de agravo de instrumento, no termos do CPC¹²¹. O mandado liminar poderá ter natureza cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela final pretendida na ação civil pública¹²².

Por fim, em relação à liminar, há que se ressaltar que, para considerável parte da doutrina, tal provimento tem natureza constitucional, encontrando sustentáculo no princípio na inafastabilidade da jurisdição, através do qual, nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

No que se refere ao sistema recursal, todos os recursos previstos na Constituição e no Código de Processo Civil – à exceção do recurso ordinário constitucional, cujos requisitos de admissibilidade são constitucionalmente previstos (art. 102, II e art. 105, II) – são admissíveis em sede de ação civil pública¹²³, existindo, contudo, peculiaridades na legislação esparsa especial, que não serão aprofundadas nesta oportunidade.

No que tange aos efeitos da coisa julgada, a Lei 7.347/85 – referencial legal em matéria de processo coletivo, cuja disciplina será aplicada a todos os processos coletivos quando de modo diverso não dispuser a lei específica da ação porventura ajuizada –, em seu

¹¹⁹ BAZILONE, Nilton Luiz de Freitas. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 68.

¹²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 239.

¹²¹ Alteração trazida pela Lei 11.187, de 19 de novembro de 2005.

¹²² Segundo entendimento exarado por Gregório Assagra de Almeida, aplica-se ao mandado liminar, subsidiariamente, a *fungibilidade* entre as medidas cautelares e a antecipação dos efeitos do provimento final pretendido, nos termos do art. 273, §7º, do CPC. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 182).

¹²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 189.

art. 16, dispõe que a coisa julgada produzida por sentença judicial transitada em julgado, proferida em sede de ação civil pública, será *secundum eventum litis* e produzirá efeitos *erga omnes* quando for de procedência do pedido ou de improcedência por qualquer motivo que não a inexistência ou insuficiência de provas. Se, porém, o pedido for julgado improcedente por falta de provas, a sentença será *secundum eventum probationis* e não fará coisa julgada material, haja vista que será facultada a qualquer legitimado a repositura de ação idêntica, desde que baseada em prova nova.

Com efeito, qualquer outro fundamento para a decisão de improcedência que não a inexistência ou insuficiência de provas fará com que a sentença produza efeitos perante todos e, por conseguinte, que a propositura de outra ação coletiva com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido seja impossível. Os efeitos negativos (improcedência) da coisa julgada, contudo, não impedirão ou prejudicarão pretensões individuais da vítima, bem como de seus sucessores, nos termos do art. 103, parágrafo 1º, do CDC, aplicável à ação civil pública por força do art. 21, da Lei 7.347/85 (LACP).

Cabe, ainda, ressaltar, que o referido art. 16 se aplica somente às ações civis públicas que tenham por objetivo tutelar direitos *difusos* e *coletivos stricto sensu*, tendo em vista os efeitos *erga omnes* da sentença transitada em julgado. Se o direito objeto de tutela por meio de referida ação for de natureza *individual homogênea*, é obrigatória a aplicação do art. 103, inciso III, e parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual é tido como norma geral em matéria de direitos coletivos¹²⁴.

A coisa julgada produzida na ação civil pública não prejudica ações individuais que versem sobre danos pessoalmente sofridos, independente de ser proveniente de sentença de procedência ou de improcedência. Entretanto, se a sentença for de procedência, poderá ser utilizada em benefício das vítimas e seus sucessores – possibilidade de transferência *in utilibus* (utilização em benefício próprio) da coisa julgada coletiva formada em ação civil pública. Tal hipótese só é autorizada quando a ação tiver por objeto a tutela de direitos *difusos* e *coletivos*, devendo a liquidação e respectiva execução serem realizadas nos moldes dos artigos 96 a 99 do CDC, com a comprovação do dano sofrido, do *quantum debeat* e do nexo causal.¹²⁵

¹²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 216-217.

¹²⁵ Idem, p. 201.

4.2. A questão da legitimidade

Feitas as considerações gerais sobre a disciplina da ação civil pública, cumpre analisar, de forma mais precisa e específica, matéria tormentosa e que integra o objeto do presente trabalho: a legitimidade na ação civil pública.

É cediço que, para que a jurisdição possa ser provocada por meio da ação, tal ação deve apresentar algumas condições – requisitos de validade –, dentre as quais está a legitimidade para agir. A legitimidade para agir identifica os interessados no provimento, isto é, os sujeitos da ação (titularidade ativa e passiva).

De acordo com o processo civil clássico, a defesa de interesses em juízo se dá por meio da *legitimação ordinária*: é o próprio lesado quem provoca a jurisdição na busca da defesa de seu interesse¹²⁶.

Nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil, *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*.

Desta forma, *ab initio*, somente pode ser considerado como titular de ação a própria pessoa que é titular do direito subjetivo cuja proteção está sendo invocada¹²⁷, sendo considerado como demandado aquele que é titular da obrigação correspondente¹²⁸. Assim, é considerada legítima a parte que se apresenta, *ao menos aparentemente, como titular do direito material invocado*¹²⁹.

Conforme entendimento exarado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator do REsp nº 257.880/RJ, julgado em 03.04.2002, publicado em 07.10.2002:

[...] a legitimidade exigida para o exercício do direito de ação depende da relação jurídica de direito material entre os litigantes, ou, em outras palavras, a ação tem como condição a titularidade de um direito ou interesse juridicamente protegido[...].¹³⁰

¹²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões polêmicas sobre a ação civil pública*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Vol. 1, nº 1, abril, 2006, p. 56.

¹²⁷ Legitimidade ordinária: situação em que a parte processual (aquele que ingressa em juízo para obter a tutela a um direito) coincide com o sujeito da relação jurídica levada a juízo (titular do direito material lesado ou ameaçado).

¹²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 276.

¹²⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel. apud GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26.

¹³⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26-27.

Todavia, existem casos excepcionais nos quais se permite que uma pessoa ingresse em juízo para defender, em nome próprio, direito alheio, o que caracteriza a chamada *legitimação extraordinária*¹³¹.

Quando se trata de provocar a jurisdição para a defesa de direitos transindividuais, a sistemática processual individual se mostra frágil e ineficiente, haja vista a indivisibilidade do direito, bem como sua indisponibilidade.

Ante sua abrangência e importância, a defesa dos direitos difusos e coletivos precisa se dar de modo amplo e efetivo, motivo pelo qual o próprio legislador entendeu por bem arrolar determinados legitimados ativos à propositura das ações coletivas, os quais não apenas poderão, mas deverão, ajuizar a ação correspondente ao interesse violado¹³².

Nesse sentido, a lei permite que aquele que não seja titular do direito material coletivo a ser protegido ingresse em juízo para defender interesse alheio, o que, repita-se, configura situação excepcional, que depende de autorização legal expressa.

O art. 5º da Lei nº. 7.347/85 traz o rol de legitimados à propositura da Ação Civil Pública. São eles: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; e, por fim, as associações que, concomitantemente, estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Vê-se, assim, que a lei da ação civil pública inaugurou uma nova procedimentalidade sobre o processo civil no Brasil – fundamentada na existência e necessidade de proteção de direitos massificados, e que, diante de suas peculiaridades, ainda precisa ser “desenhada”, notadamente porque as figuras do interessado, que é o titular do interesse, e do legitimado, que é aquele a quem a lei confere o poder de agir, nem sempre coincidem.

Pode-se afirmar, então, que, para a regularidade do ajuizamento de uma ação civil pública (ou qualquer outra ação coletiva), é necessária a demonstração não apenas da existência de um interesse a ser protegido, mas também da legitimidade processual.

¹³¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 276.

¹³² A título de exemplo, cite-se o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, que preceitua que, dentre as funções institucionais do Ministério Público está a promoção da ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Trata-se de obrigação constitucionalmente imposta ao Ministério Público.

O texto do art. 5º da Lei 7.347/85 inseriu grandes debates no universo jurídico, na medida em que, até a presente data, não se verifica uniformidade doutrinária em relação à legitimidade ativa para a propositura da Ação Civil Pública.¹³³

Pedro Lenza, manifestando-se quanto à natureza complexa da Ação Civil Pública, classifica a legitimação para a tutela coletiva como sendo: a) extraordinária, já que haverá sempre substituição da coletividade; b) autônoma, no sentido de que a presença do legitimado ordinário, quando identificado, é totalmente dispensada; c) exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; d) concorrente em relação aos representantes adequados, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e e) disjuntiva, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, autorização ou intervenção dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo.¹³⁴

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, leciona que, não obstante ser possível o reconhecimento de que a legitimidade nas ações coletivas é ordinária e autônoma, nesse tipo de ação, quando os interesses defendidos se confundirem com o interesse do próprio legitimado, haverá, sim, hipótese de *substituição processual*¹³⁵.

Ada Pellegrini se posiciona no sentido de que o teor do art. 91 do Código de Defesa do Consumidor conduz à conclusão de que, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, a legitimação ativa é *concorrente e disjuntiva*, traduzindo-se em *legitimação extraordinária, a título de substituição processual*. Argumenta, em contraponto, que a defesa dos direitos difusos e coletivos está intimamente relacionada à atuação institucional dos entes.¹³⁶

Em que pese a polêmica, o entendimento dominante tem se firmado no sentido de que é, realmente, a *legitimação extraordinária*¹³⁷ o que autoriza a atuação dos entes

¹³³ Acerca da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, é possível encontrar na doutrina três posicionamentos: o primeiro no sentido de que se trata de legitimação *ordinária*, uma vez que os legitimados atuam em nome dos interesses da sociedade, do grupo, da categoria em nome próprio na defesa de interesses alheios, mas também em nome próprio, uma vez que o fazem por força de lei e no cumprimento de deveres institucionais; o segundo no sentido de que a hipótese é de legitimação *extraordinária*, tendo em vista que os legitimados ingressam em juízo em nome próprio, defendendo direito ou interesse alheio; por fim, o terceiro posicionamento encontrado é de que a legitimação não é nem ordinária e nem extraordinária, mas sim legitimação *autônoma*, uma vez que visa proteger interesses indivisíveis, de titularidade indeterminada, razão porque demanda, inclusive, legislação especial, não se enquadrando nas regras gerais do processo civil clássico.

¹³⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 186-187.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54-55.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 799.

¹³⁷ Barbosa Moreira classifica a legitimação extraordinária em: 1) Autônoma: o legitimado extraordinário atua em juízo com total independência em relação àquele que seria ordinariamente legitimado e em posição análoga à que este ocuparia. Esta, por sua vez, se subdivide em: a) Exclusiva: exclui da figuração de parte principal o

legalmente legitimados na defesa de direitos coletivos, notadamente quando se fala da propositura de ação civil pública.¹³⁸¹³⁹

Independente de qual seja a classificação que se propõe para a legitimidade ativa na ação civil pública e demais ações coletivas, o fato é que cada ente legitimado atua de forma autônoma (com independência em relação aos demais colegitimados) e concorrente (não exclui a atuação dos demais colegitimados), o que ratifica o interesse do legislador em ampliar o rol de legitimados à propositura das ações coletivas de uma maneira geral, possivelmente em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos, sendo sua restrição manifesto retrocesso, sob o ponto de vista da teoria dos direitos e garantias fundamentais.

legitimado ordinário; b) Concorrente: não exclui a legitimação ordinária do legitimado, mas concorre com ele. A Concorrente também se subdivide em: b.1) Primária: qualquer dos legitimados extraordinários pode agir independentemente da ação do outro; b.2) Subsidiária: o legitimado extraordinário só pode agir na omissão do legitimado ordinário. 2) Subordinada: o legitimado extraordinário só pode agir se o legitimado ordinário o fizer. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. apud GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-31).

¹³⁸ “Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública. (...) O que se quer realçar é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público estará sempre defendendo não um direito próprio, mas sim um direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de pessoas indeterminadas, ou determinadas por classes, categorias ou grupos. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6º do CPC”. (ZAVASKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63-138).

¹³⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 205.

5. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* X REPRESENTAÇÃO ADEQUADA X PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A legitimidade ativa *ad causam*, a representação adequada e a pertinência temática, são institutos comumente analisados quando do estudo do direito processual. Entretanto, em que pese a aparente simplicidade, possuem nuances que demandam estreita análise, para uma adequada compreensão de seus significados no processo.

5.1. Legitimidade ativa *ad causam*

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimação *ad causam*).¹⁴⁰

A legitimidade ativa *ad causam* é uma das três condições para que *legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional*¹⁴¹. Como dito, ela é, em regra, ordinária, ou seja, ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio. Excepcionalmente, a lei pode conferir a determinados legitimados a possibilidade de defenderem em juízo, em nome próprio, direito ou interesse alheio (*legitimação extraordinária*).

Elucidou-se anteriormente que o processo coletivo brasileiro adotou o sistema da legitimação extraordinária, no qual os “substitutos processuais” são prévia e legalmente arrolados. Trata-se de legitimidade *ope legis*, contrapondo-se ao sistema *ope judicis*.

Pelo sistema do *ope judicis*, adotada pela *class action* americana, a legitimidade será aferida em cada caso pelo juiz competente para o julgamento da ação coletiva. Não há um rol previamente estabelecido pela lei. O magistrado é que deverá aferir se a representatividade de “possível legitimado” é adequada ou não para defender os interesses coletivos. Para tanto, deverá o juiz analisar o objeto da ação proposta e se o “possível legitimado” possui algum vínculo com o direito coletivo que está defendendo.

Já para o sistema do *ope legis*, os legitimados para as ações coletivas são determinados previamente pela lei. A condição de representante adequado é estabelecida pelo legislador. Foi esse o sistema adotado pelo Brasil. Assim,

¹⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 274.

¹⁴¹ Idem, p. 274.

só aqueles sujeitos mencionados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP são legitimados a proporem ações coletivas. O que acontece aqui, na verdade, é uma verdadeira presunção de que os legitimados estabelecidos pela lei (repite: art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP) são representantes adequados a defenderem os interesses coletivos (ou seja, possuem representatividade adequada).¹⁴²

Assim sendo, tendo em conta o sistema adotado pelo Brasil, qual seja, *ope legis*, bastaria que determinado ente estivesse previsto no rol legal para que pudesse, legitimamente, ajuizar uma ação coletiva. Todavia, têm sido encontradas na doutrina algumas vezes que defendem que, em se tratando de direito processual coletivo, a simples demonstração de legitimidade ativa *ad causam* não é suficiente para garantir a possibilidade de ingresso do legitimado em juízo para a defesa dos direitos transindividuais.¹⁴³

Verifica-se que, na prática, o sistema *ope legis* não tem sido aplicado de maneira automática no Brasil, na medida em que vem sendo exigida de alguns entes, além da comprovação da legitimidade ativa, a demonstração de sua representatividade adequada e da pertinência temática em relação aos seus fins institucionais.

Nesta linha de raciocínio, apenas para ilustrar, a Defensoria Pública, legitimada ativa incluída no rol do art. 5º da Lei 7.347/85 pela Lei 11.448/07, somente estaria autorizada a ajuizar ação coletiva para a defesa de direitos coletivos pertencentes a pessoas necessitadas.

5.2. Representação adequada

De maneira sucinta, a representação adequada, é “[...] uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva [...]”¹⁴⁴. É, em outras palavras, a aptidão técnica, jurídica e institucional do órgão ou entidade que se vale da ação coletiva.

¹⁴² GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 375-376.

¹⁴³ Embora o legislador ordinário já tenha realizado o controle prévio da adequada representação dos legitimados ativos, “é necessária a existência de um controle específico, posterior e voltado às circunstâncias do caso concreto”. (COSTA, Susana Henriques da. *Comentários à Lei Ação Civil Pública – art. 5º. Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 06).

¹⁴⁴ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 50.

Tal instituto remonta ao sistema das *class actions* norte-americano¹⁴⁵, sendo considerada um dos seus requisitos. Sua finalidade é determinar e delimitar o pólo ativo das demandas coletivas, tendo em vista que, em referido sistema, a verificação de tal pressuposto é atribuída ao juiz, no caso concreto - *ope judicis*¹⁴⁶. É o juiz o responsável por verificar, em cada situação específica, se aquele que ajuíza a ação coletiva é um representante adequado à tutela daquele determinado direito ou interesse.

De acordo com o direito americano, para que uma ação coletiva seja aceita, o juiz precisa estar convencido, entre outras coisas, de que o representante possa representar adequadamente os interesses do grupo em juízo. Esse é, sem dúvida, o aspecto mais importante das *class actions* americanas, tanto do ponto de vista teórico como prático.¹⁴⁷

O escopo da exigência da representatividade adequada no sistema norte-americano é evitar a existência e proliferação de demandas coletivas temerárias e prejudiciais à coletividade. Tal se justifica especialmente pela sistemática da coisa julgada coletiva nas *class actions*.

[...] da “adequada representação” decorre coisa julgada material *erga omnes*, tanto na procedência, quanto na improcedência da ação. Nesses sistemas a representação poderá ser feita por particular (indivíduo membro da classe), entidades privadas com objeto ligado ao direito conflituoso (associações ambientais, sindicatos) ou órgãos públicos criados para a defesa desses direitos (MP ou *ombudsman* - nos países nórdicos), sendo sempre controlada a sua uniformidade e ajustamento pelo órgão julgador.¹⁴⁸

Sobre os requisitos da *class action*, Pedro Dinamarco sistematiza que:

“[...] em qualquer dessas demandas a jurisprudência exige a presença simultânea de sete requisitos, quatro deles expressamente previstos na alínea (a) da mencionada Regra: (1) haver uma classe; (2) o candidato a representante da classe ser um membro dela; (3) a classe ser tão numerosa que a reunião de todos os membros (ainda que por meio litisconsórcio) seja impraticável; (4) haver questões de fato ou de direito comuns a todos os

¹⁴⁵ De acordo com o sistema jurídico norte-americano, as *class actions* são o “procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”. (BUENO, Cássio Scarpinela. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Revista de Processo, nº 82, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92-149). São requisitos traçados pela *Rule 23* para a existência de uma *class action*: “[...] numerosidade excessiva, que impede a formação de um litisconsórcio (1), existência de questões de fato e de direito comuns (2), tipicidade dos pedidos em relação aos membros do grupo (3) e representatividade adequada em juízo (4)”. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 39.)

¹⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 110.

¹⁴⁷ GIDI, Antônio. *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id1016416.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2014.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 214.

membros da classe representada; (5) os pedidos ou defesas dos litigantes serem idênticos aos pedidos ou defesas da própria; (6) estar configurada a representatividade adequada, ou seja, o autor deve ser capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo; e, finalmente, (7) estar configurada alguma das hipóteses contidas nas alíneas (b)(1), (b)(2) ou (b)(3)”¹⁴⁹.

Nas *class actions*, a coisa julgada que se forma não é *secundum eventum litis*¹⁵⁰. No sistema norte-americano, a coisa julgada vincula qualquer interessado, ainda que não tenha participado da demanda coletiva, quer para beneficiar, quer para prejudicar, de modo que não será possível o ajuizamento de qualquer outra ação, ainda que individual, que verse sobre o mesmo objeto.¹⁵¹

Dessa maneira, é necessário que o juiz verifique se o autor da demanda coletiva está apto a defender, da maneira mais adequada, os direitos de terceiros ali discutidos, como consequência do devido processo legal.¹⁵²

Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante de seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada.¹⁵³

Além disso, é importante destacar que, em se tratando das *class actions*, o controle jurisdicional (*ope judicis*) da representação adequada é de suma importância, notadamente porque inexistente em tal sistema rol legal de legitimados, sendo possível afirmar que, em tese, qualquer um poderia se entender legitimado.¹⁵⁴

¹⁴⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 125.

¹⁵⁰ “[...] a formação da coisa julgada se dará (ou não) conforme o resultado do processo”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol.1. 17. ed. int. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 480).

¹⁵¹ “A maioria dos países adota o sistema de exclusão (*opt-out*). Nos Estados Unidos, satisfeitas todas as exigências formais da *Rule 23* (como, por exemplo, a representação adequada e a notificação aos membros da classe envolvida no litígio), a sentença favorável ou não se estende a todos os componentes do grupo (*class*) que não se auto-excluíram através do *opt-out*. Não há, neste país, a possibilidade de extensão da coisa julgada *in utilibus secundum eventum litis*, sendo esta a melhor opção que a legislação pertinente a o tema pode fazer”. (SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada nas ações coletivas*. In Grupo de pesquisa: Ações Coletivas. Professor: Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_coisa_julgada_nasacoes_coletivas_250203.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2014.

¹⁵² Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover: *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 78-84.

¹⁵³ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

¹⁵⁴ Acerca da inexistência de rol legal de legitimados à propositura das *class actions* no sistema norte-americano: “Nos Estados Unidos, existe uma elevada preocupação com a representação adequada pois, no ordenamento americano, não há um rol de pessoas legitimadas para a propositura da ação, como ocorre na grande maioria dos países de ordenamento romano-germânico, a exemplo do Brasil. A regra que estabelece as condições e requisitos

Assim sendo, a exigência da representatividade adequada se justifica na necessidade de “que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas”¹⁵⁵.

No Brasil, diferentemente do que ocorre nas *class actions*, a representação adequada é aferida *ope legis*¹⁵⁶, isto é, é determinada de forma antecipada pelo próprio legislador, conforme se extrai do art. 5º da Lei 7.347/85 e do art. 82 do CDC. Os legitimados à propositura das ações coletivas estão legal e previamente estabelecidos. Assim, no caso do processo coletivo brasileiro, o responsável pela determinação dos representantes adequados à propositura das ações coletivas é o próprio legislador ordinário. Por tal razão, é possível encontrar na doutrina quem defenda a impossibilidade de o juiz, no caso concreto, exercer o controle sobre a adequada representatividade do ente coletivo, arrolado como tal pelo legislador.

Tendo como referência o fundamento norte-americano da representação adequada, o controle *ope judicis* se mostra, no Brasil, pelo menos ao primeiro súbito, inócuo e desnecessário, haja vista que, em nosso processo coletivo, a coisa julgada formada em sede de ação coletiva é *secundum eventum litis*. A coisa julgada material que é desencadeada por uma ação coletiva não prevalece, portanto, para prejudicar qualquer interessado, podendo haver, inclusive, além do ajuizamento de ações individuais com o mesmo objeto, a repositura de ação coletiva idêntica (improcedência por insuficiência de provas).

Esta é uma das notas distintivas entre o modelo norte-americano puro e a recepção brasileira, aqui a coisa julgada terá extensão *erga omnes* ou *ultra partes secundum eventum litis*, estendendo seus efeitos apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais.¹⁵⁷

Por tais argumentos, bem como diante do fato de que o legislador brasileiro estabeleceu rol taxativo de legitimados, fazendo controle prévio e *ope legis* da “representação

da ação coletiva naquele país apenas determina que o representante seja membro da classe, cabendo ao juiz verificar se ele é idôneo, sério e capaz para reclamar, judicialmente, pelos interesses da classe, ou seja, se é um representante adequado”. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 08).

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. Disponível em <https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=ada+pellegrini+grinover+direito+processual+coletivo+princ%C3%ADpios>. Acesso em 24 de junho de 2014.

¹⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1443.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 57.

adequada” no sistema processual coletivo, há quem defenda que o sistema norte-americano de verificação da representatividade adequada não se aplica no Brasil.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida ensina que

[...] o controle judicial restritivo da representatividade adequada é incompatível com o sistema jurídico brasileiro. [...].

O sistema jurídico brasileiro, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional, optou pela aferição prévia da representatividade adequada pelo próprio legislador (*ope legis*). [...].

A inserção no País do controle negativo da representatividade adequada concretamente pelo juiz (*ope judicis*), além de flagrantemente inconstitucional, poderá gerar incidentes processuais indesejados, como tem ocorrido nestes mais de 20 anos de ação civil pública em relação à legitimidade ativa coletiva.¹⁵⁸

E continua:

[...] o sistema pátrio não escolheu o caminho do controle judicial da *representação adequada* como regra do *sistema do direito processual coletivo*. Como já afirmado, a representação adequada já foi aferida antecipadamente pelo próprio legislador (*ope legis*), o que está comprovado pelo rol dos representantes adequados do art. 82 do CDC e do art. 5º da LACP, que tem amparo em sede constitucional (art. 129, §1º, da CF).¹⁵⁹

Por fim, conclui o autor:

A única hipótese em que o legislador deixou para o juiz exercer (agora sim, *ope judicis*) o *controle da representação adequada* foi justamente para admitir a dispensa do requisito da pré-constituição ânua em relação às associações legitimadas quando, concretamente, houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano pela relevância do bem jurídico a ser protegido (§5º do art. 5º da LACP e §1º do art. 82 do CDC).

Assim, como as exceções são interpretáveis restritivamente, conclui-se que fora das hipóteses mencionadas legalmente não poderá o juiz, no sistema brasileiro, exercer o controle sobre a adequada representatividade do ente coletivo arrolado como representante adequado pelo próprio legislador. Para saber se ele é um representante adequado ou não, basta que o juiz consulte o sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional) para verificar se o ente coletivo está entre os arrolados pelo legislador de forma expressa ou até mesmo implícita (neste caso em razão da interpretação lógica ou por compreensão) para a defesa via jurisdicional dos direitos massificados em geral (difusos, coletivos e individuais homogêneos).¹⁶⁰

¹⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 113-114.

¹⁵⁹ Idem, p. 114.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 114-115.

Nelson Nery Júnior e Arruda Alvim acompanham o entendimento no sentido da impossibilidade de verificação da representação adequada pelo juiz.¹⁶¹

Em outro sentido, Ada Pellegrini Grionover vem firmando entendimento no sentido de que a verificação da representação adequada pelo juiz, diante do caso concreto, não é proibida pelo sistema processual coletivo, mas, pelo contrário, recomendada pela lei criada (§1º do art. 82 do CDC).¹⁶²

No mesmo sentido, Antônio Gidi argumenta que:

Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses de grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser re-proposta por qualquer legitimado.¹⁶³

Humberto Theodoro Júnior, citado por Luiz Manoel Gomes Júnior, também se filia à corrente que defende a aplicação da representação adequada ao sistema coletivo brasileiro:

O caráter inovativo da competência para as ações coletivas está muito bem realçado pelo poder que a lei conferiu ao juiz de, por exemplo, ‘avaliar a existência e conveniência da chamada representação adequada, isto é, da efetiva canalização do interesse coletivo ou difuso, e até dispensar os requisitos de preconstituição da associação (art. 82, §1º, do Código do Consumidor)’ (De Castilho, ob. Cit., p. 120).¹⁶⁴

“O sistema brasileiro, mesmo não dispondo expressamente, não nega e nem condena o controle da ‘representatividade adequada’ de acordo com o caso concreto”.¹⁶⁵ Pode-se afirmar, então, que, não obstante a previsão legal dos legitimados ativos à propositura das ações coletivas pela lei, é necessária a existência de um controle específico, posterior e voltado às circunstâncias do caso concreto.

Sendo assim, apesar de estar previsto em lei, se o legitimado que propõe a demanda coletiva não apresenta representatividade adequada em relação ao grupo ou categoria a que

¹⁶¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 74.

¹⁶² GRIONOVER, Ada Pellegrini.; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 906-907.

¹⁶³ GIDI, Antônio. apud ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 111.

¹⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A tutela dos interesses coletivos (difusos) no Direito brasileiro*. In Revista Forense. Vol. 88, n. 318, abr/jun. 1992. Rio de Janeiro: Forense, p. 50.

¹⁶⁵ GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 377.

pertença o direito discutido, poderá o juiz, mesmo que com limitações, exercer sobre sua atuação um controle jurisdicional da legitimação coletiva.¹⁶⁶

Acerca da aplicação da representação adequada¹⁶⁷ no Brasil, mister consignar que o anteprojeto de Código de Processo Civil de Antônio Gidi prevê que “a ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros” (art. 3º). Todavia, de acordo com o art. 18 do mesmo diploma, a coisa julgada produzida não vinculará o grupo e seus membros se a improcedência se der por representação inadequada.¹⁶⁸

Há que se ressaltar, ainda, que, embora a legislação brasileira sobre direito coletivo não estabeleça de forma expressa a representatividade adequada, nosso sistema processual coletivo sinaliza para a sua possibilidade – e quem sabe até obrigatoriedade – ao dispor, por exemplo, sobre a legitimação das associações.¹⁶⁹

É fato que o legislador brasileiro elencou os legitimados ativos à propositura das ações coletivas, revelando a adoção do sistema de verificação *ope legis* da representação adequada pelo ordenamento processual coletivo pátrio. Não obstante, tem-se que o controle judicial (*ope judicis*) da representatividade adequada, além de não se mostrar vedado pelo ordenamento, constitui importante garantia em termos de proteção dos direitos coletivos. Isto porque, havendo uma adequação funcional, institucional e técnica daquele que demanda em juízo em nome de interesses de um grupo ou de uma classe, maior a chance de que tal interesse seja mais adequadamente protegido.

¹⁶⁶ GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 377.

¹⁶⁷ COSTA, Susana Henriques. *Comentários à Lei Ação Civil Pública – art. 5º. Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 06.

¹⁶⁸ “Código de Processo Civil Coletivo – um modelo para países de Direito escrito (Anteprojeto Original)”. (GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p. 445-460).

¹⁶⁹ “A doutrina extrai esse instituto da especificação, pela lei brasileira, de que as sociedades e associações, para figurarem como autoras da ação coletiva, devem ter tempo mínimo de constituição e de seus estatutos sociais deve constar, como finalidade, a proteção dos direitos envolvidos. Ou seja, nesse caso específico, o juiz deve analisar, de acordo com os estritos termos da lei, se existe pertinência temática entre o que consta do estatuto social das associações e o que ela pretende tutelar em juízo, configurando exigência *ope legis* da adequada representação, pois a própria lei já estabeleceu critérios suficientes para que a adequação seja afirmada”. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 53). Ainda nesse sentido, “[...] o sistema normativo das Ações Coletivas não exclui a possibilidade da presença da representação adequada ser objeto de análise pelo julgador, especialmente naquelas situações nas quais a associação autora não detém seriedade, credibilidade ou conhecimento técnico científico, apesar de atender aos requisitos legalmente exigidos”. (GRONOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. In Revista Forense. V. 98, nº. 361, maio/jun. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 06).

5.3. Distinção entre legitimidade ativa e representação adequada

Convém, agora, destacar a diferença entre a legitimidade ativa e a representação adequada.

A distinção é difícil de ser feita, tendo em vista que, enquanto a *representação adequada* está mais atrelada ao sistema anglo-americano (*common law*), a legitimidade *ad causam* é instituto mais ligado intimamente ao sistema romano-germânico (*civil law*).

No caso do sistema jurídico brasileiro que adotou, no plano infraconstitucional, a teoria Eclética de Enrico Tullio Liebman sobre o direito de ação (art. 267, VI, do CPC), a questão se torna ainda mais tormentosa, pois aqui, entre nós, existem condições da ação como categoria processual própria e diversa da categoria dos pressupostos processuais.¹⁷⁰

Conforme já dito, a legitimidade ativa é classificada pela doutrina pátria como sendo uma condição para o exercício válido do direito de ação.¹⁷¹ É “a pertinência subjetiva da demanda ou, de acordo com a doutrina mais recente, relação de correta e perfeita adequação que necessariamente deve existir entre os sujeitos da demanda e a causa judicial em si”¹⁷².

Assim, o ente que propõe a ação será considerado legítimo se a questão que estiver sendo discutida lhe for pertinente. A pertinência e os limites da ofensa é que nortearão a legitimidade do ente, diante do que dispuserem seus atos constitutivos (objeto social) e suas finalidades institucionais¹⁷³.

Por seu turno, a representação adequada é “instituto que está mais atrelado à categoria de um pressuposto processual (...)”¹⁷⁴.

Os pressupostos processuais são requisitos para a constituição de uma relação processual válida (CPC, art. 267, inc. IV), e podem ser resumidos na seguinte fórmula: “uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo”¹⁷⁵, isso na concepção doutrinária tradicional.

¹⁷⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 115.

¹⁷¹ “A ausência de condição de ação torna abusivo e por isso inadmissível o exercício do respectivo direito.” (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 264).

¹⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 116.

¹⁷³ VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In MILARÉ, Édís. (Coord). *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

¹⁷⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 115.

¹⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 307.

A representação adequada é considerada como pressuposto processual porque não está relacionada ao exercício do direito de ação, de provocação da jurisdição com vistas à obtenção de um provimento jurisdicional. Ela é, sim, uma condição de regularidade da relação processual, sendo, por isso mesmo, imprescindível à análise do mérito, para julgamento de procedência ou improcedência do pedido inicial¹⁷⁶. É instituto que não interfere no exercício do direito de ação, mas sim no provimento jurisdicional.

Seria pressuposto processual porque estaria relacionado predominantemente com a capacidade ou aptidão técnica, econômica e até moral do ente coletivo arrolado para representar adequadamente em juízo, no pólo ativo, interesses e direitos massificados. Portanto, a representatividade adequada pertenceria ao processo.¹⁷⁷

Assim sendo, o requisito da representação adequada é verdadeiro pressuposto processual, não se confundindo com condição da ação¹⁷⁸, que, no sistema de ações coletivas, já vem descrita na norma de regência.

5.4. Pertinência temática

Já foi dito anteriormente que o sistema da legitimidade ativa *ope legis* não tem sido aplicado pela doutrina e jurisprudência brasileiras de maneira simples e automática. Ao revés, tem-se exigido do legitimado, além da demonstração da representatividade adequada à defesa dos interesses da classe ou do grupo, a comprovação da existência de um liame entre o direito que ele visa proteger e as suas finalidades institucionais e estatutárias.

Essa aderência entre o legitimado e o objeto litigioso, isto é, esse nexos entre as finalidades institucionais do legitimado ativo e a matéria que se discute na ação coletiva, é, exatamente, o que se denomina de *pertinência temática*. “A pertinência temática é apontada pela doutrina de peso como sendo a exigência de que a atuação do legitimado ativo coletivo se dê de acordo com suas finalidades institucionais”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 156.

¹⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 116.

¹⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões polêmicas sobre a ação civil pública*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Vol. 1, nº 1, abril, 2006, p. 226.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 117.

Os artigos 82, incisos III e IV, do Código de Defesa do Consumidor, e 5º da LACP (quando se refere às associações) trazem expressamente a exigência de comprovação da pertinência temática. Ela é um dos requisitos que norteiam a legitimidade à propositura das ações coletivas dos entes legalmente arrolados para tanto. Assim, além de figurar no rol de legitimados, o ente autor da demanda coletiva deve comprovar sua pertinência temática com o direito protegido, de titularidade da coletividade, isto é, deve demonstrar a ligação existente entre o direito defendido e as suas atribuições, previamente estabelecidas.

Nesse sentido, Fredie Didier e Zaneti Jr. lecionam que:

A legitimidade ativa no processo coletivo brasileiro deve ser aferida em duas etapas: primeiro, se deve verificar se há autorização legal para que determinado ente possa ajuizar a ação coletiva, o que é feito mediante análise da “pertinência temática”, a fim de aferir, à luz das peculiaridades do caso concreto, se o autor coletivo é ou não um representante adequado. [...].¹⁸⁰

Segundo Gregório Assagra de Almeida,

[...] o controle judicial sobre a legitimidade *ad causam* ativa no sistema da ação civil pública poderá ser feito em duas dimensões: a primeira para aferir se a tutela pretendida pelo ente coletivo legitimado ativamente para a ação civil pública é realmente de alguma espécie de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (*pertinência temática geral*); e a segunda para aferir se a atuação em defesa do direito ou interesse coletivo (difuso, coletivo ou individuais homogêneos) concretamente deduzido jurisdicionalmente pelo legitimado ativo coletivo estaria dentro das suas finalidades institucionais ou estatutárias (*pertinência temática específica*).¹⁸¹

Muito se discute na doutrina acerca da classificação da pertinência temática dentro das categorias processuais.

Hugo Nigro Mazzilli classifica a pertinência temática como sendo pressuposto processual.¹⁸²

Noutro sentido, Gregório Assagra de Almeida defende ser ela verdadeira condição da ação. Segundo esse autor, a pertinência temática decorre da atuação do ente coletivo ativo dentro de suas funções institucionais, devendo haver uma relação de adequação e conformidade entre o legitimado legal e o direito ou interesse que se pretende proteger jurisdicionalmente¹⁸³. Argumenta Assagra que, no que se refere à legitimidade no plano do

¹⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 213.

¹⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 116.

¹⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões polêmicas sobre a ação civil pública*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Vol. 1, nº 1, abril, 2006, p. 272-273.

¹⁸³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 118.

direito coletivo, primeiro o juiz analisa a utilidade da prestação jurisdicional (necessidade), para, em seguida, aferir a presença da legitimidade *ad causam*¹⁸⁴.

No mesmo sentido, Luiz Manoel Gomes Júnior, defende ser a pertinência temática uma condição da ação, uma vez que, no caso das ações coletivas, “a legitimidade é avaliada de forma objetiva, já que o legislador optou por elencar, exaustivamente, os legitimados ativos em cada hipótese – ação popular, ação civil pública, ação coletiva, mandado de segurança coletivo, etc”¹⁸⁵.

Em relação à classificação da pertinência temática dentro das categorias processuais, filia-se à corrente de que a mesma é pressuposto processual, e não condição da ação, com fundamento, inclusive, em conclusões do próprio Gregório Assagra¹⁸⁶, quando afirma que a pertinência temática está relacionada às finalidades institucionais do ente legitimado, finalidades estas que só serão analisadas posteriormente, caso o julgador entenda presentes as condições da ação e passe ao momento de verificação do preenchimento dos pressupostos processuais. Conforme afirma Assagra, a pertinência temática é conceito *relacional e transitivo*¹⁸⁷, que deve ser aferido no caso concreto, motivo pelo qual se identifica com a relação processual que já se formou, não se apresentando como requisito ao exercício válido do direito de ação.

Prosseguindo na classificação da pertinência temática, ela pode ser *primária* ou *secundária*. Ela é *primária* quando o ente legitimado atua na defesa de direitos relacionados com suas principais finalidades institucionais. Será, porém, *secundária*, quando o legitimado ativo coletivo estabelecer, dentro das suas finalidades institucionais, finalidades secundárias.¹⁸⁸

Por fim, a pertinência pode ser ainda classificada como sendo *geral* ou *específica*. A pertinência temática é *geral* quando se verificar que o legitimado atua na defesa de direitos coletivos em sentido amplo. Se o legitimado ativo coletivo, além de defender direitos coletivos, atuar nos limites de suas finalidades institucionais, a pertinência temática será *específica*¹⁸⁹.

¹⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 119.

¹⁸⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85.

¹⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 119.

¹⁸⁷ Idem, p. 118.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 120.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 120-121.

Importante ressaltar que a pertinência temática não se confunde com a representatividade adequada, embora existam vozes na doutrina que definam a primeira como requisito da segunda. Conforme já demonstrado, simplificando a diferenciação, enquanto a representatividade adequada é a aptidão técnica, jurídica e institucional para defender os direitos e interesses de determinado grupo ou classe, a pertinência temática é a atuação do legitimado em conformidade com as suas finalidades institucionais ou estatutárias.

Na prática, o que se verifica é que os três institutos – legitimidade ativa *ad causam*, representação adequada e pertinência temática – caminham lado a lado no sistema processual coletivo. O legitimado ativo coletivo, além de estar expressamente arrolado pelo legislador, precisa comprovar que é um representante adequado da classe ou grupo para a defesa de determinado direito ou interesse coletivo, bem como que possui pertinência temática, isto é, que atua em conformidade com suas funções institucionais e estatutárias.

6. A DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A alteração das perspectivas sociais e políticas, bem como a criação de “novos direitos”, exigiu a reformulação do Estado e de seus mecanismos de acesso e proteção.

Um dos maiores avanços em termos de direitos e garantias foi, indubitavelmente, a valorização do acesso à justiça, coroando-o o Constituinte Originário como verdadeiro direito fundamental, responsável por garantir que todo aquele que tenha ameaçado ou lesado seu direito, busque sua proteção, judicial ou extrajudicialmente.

O fortalecimento dos direitos fundamentais e a necessidade de que todos pudessem deles usufruir desencadeou uma nova forma de entender o acesso à justiça, o que se consolidou com a criação da Defensoria Pública, dentre outras medidas. Ela representa a preocupação e esforço do Estado em proporcionar amplamente o direito de acesso à justiça, configurando-se na forma pela qual se efetivará a inclusão jurídica de todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, permitindo que todos, sem qualquer discriminação ou diferenciação, tenham respeitado e implementado tal direito.

A Defensoria Pública, vocacionada pelo Constituinte Originário a garantir o acesso e o gozo dos direitos e garantias fundamentais, principalmente por aqueles que não podem arcar com o “custo da justiça”, é a responsável por “garantir” os direitos de aproximadamente 85% (oitenta e cinco por cento) da população brasileira.¹⁹⁰

6.1. A Defensoria Pública enquanto instituição de concretização do princípio da igualdade

Os direitos fundamentais são os mais importantes direitos, comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, etnia, sexo, cor, idade, religião, e que tem como pressuposto lógico o direito à vida. Decorrem do reconhecimento da dignidade inerente a toda pessoa

¹⁹⁰ “[...]a Defensoria Pública é a instituição guardiã dos direitos individuais da esmagadora maioria dos cidadãos brasileiros, ou seja, dos mais de 85% (oitenta e cinco por cento) que recebem menos do que 5 (cinco) salários mínimos, grupo que o Banco Mundial classifica como em condição de miséria absoluta. (MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2014).

humana.¹⁹¹ Na verdade, esse é o grande objetivo dos direitos fundamentais, a proteção do direito à vida, e seu exercício com dignidade.

Sem ignorar a importância de todos os direitos fundamentais abstratamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, por seu objeto de estudo, o presente trabalho se ocupará doravante em analisar somente a igualdade.

É necessário entender claramente qual o real sentido de igualdade proposto pela cidadania democrática, notadamente porque todas as pessoas, apesar de possuírem a mesma dignidade, são absolutamente diferentes.¹⁹²

Inicialmente, o que se buscou foi estabelecer uma igualdade perante a lei, ou igualdade formal¹⁹³. Todavia, a existência de previsão abstrata da igualdade na lei não era suficiente para que ela, de fato, existisse.

Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades, porque fundada ‘numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea’.¹⁹⁴

Diante do crescente quadro de desigualdade, contrariando o escopo da lei de proporcioná-la a todos os seres humanos, sem distinção e preconceito, fez-se necessária a alteração do paradigma, para viabilizar o alcance da igualdade real, material¹⁹⁵.

O paradigma social do Direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma

¹⁹¹ Nesse sentido, Canotilho escreve: “Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359).

¹⁹² Rui Barbosa, na “Oração dos Moços” - discurso escrito para paraninfar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo, assim definiu a igualdade: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho e da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real”. (BARBOSA, Rui. apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 225).

¹⁹³ De acordo com Celso Ribeiro Bastos, a igualdade formal consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7).

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 217.

¹⁹⁵ Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, a igualdade material ou substancial, consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5).

concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima: “*Tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade*”.¹⁹⁶

Assim sendo, verifica-se que a igualdade não se restringe apenas ao seu aspecto formal, qual seja, à previsão legal do princípio da igualdade, possuindo, também, a vertente material¹⁹⁷, que significa proporcionar as mesmas oportunidades e benefícios a todas as pessoas. A igualdade material nada mais é do que o resultado da utilização de instrumentos capazes de igualar os desiguais ou diminuir as desigualdades existentes.

Como bem explicou Carmem Lúcia Antunes Rocha,

a definição jurídica objetiva e racional de desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como forma de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política e econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático.¹⁹⁸

Diante disso, a participação do Estado se tornou peça fundamental, na medida em que sua intervenção aumentou as possibilidades de que todos os cidadãos tivessem, pelo menos em tese, as mesmas oportunidades e benefícios, concretizando-se, num plano abstrato, a igualdade entre as pessoas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, objetivando proporcionar a todos os brasileiros igualdade de condições, oportunidades e possibilidades, adotou o princípio da igualdade, determinando que todos os cidadãos têm o direito de serem tratados de forma igualitária pela lei.

A concepção constitucional da igualdade, num primeiro momento, se demonstra como sendo a formal¹⁹⁹. Todavia, tendo a igualdade como princípio orientador do Estado Democrático de Direito brasileiro, notadamente no que diz respeito ao alcance de uma ordem jurídica justa, a Constituição também carregou uma série de ações positivas a serem adotadas e cumpridas pelo Estado, no intuito de materializar a igualdade formal ali prevista.

¹⁹⁶ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 10.

¹⁹⁷ “A igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente”. (Hesse, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 330).

¹⁹⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 15. 1996, p. 85-99.

¹⁹⁹ “Direito de todo cidadão não ser desigualdado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento Constitucional”. (BASTOS, Celso Ribeiro.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 7).

Ou seja, para sua efetivação, a *ordem jurídica justa* exigiria uma igualdade formal capaz de assegurar um sistema equitativo de liberdades para todos, e também uma igualdade material, voltada para a concretização da Justiça Social, princípio maior do Estado Democrático de Direito.²⁰⁰

Por essa razão, em nossa Constituição encontram-se inúmeros preceitos de discriminação positiva, que buscam eliminar ou reduzir as desigualdades entre grupos sociais discriminados negativamente.

Quanto ao tema do acesso à justiça, convém destacar uma das formas de equiparação por meio da discriminação. Segundo dispõe o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Por força de tal dispositivo, “a assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado pode ser desfrutada por todo aquele que comprovar insuficiência de recursos”²⁰¹. Uma vez comprovada a insuficiência, surge para o indivíduo o direito subjetivo de ser assistido, integral e gratuitamente, pelo Estado.

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Neste contexto, limitando-nos, aqui, aos direitos fundamentais, basta uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita).²⁰²

A assistência jurídica representa um direito individual, notadamente por se inserir no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, sede dos direitos fundamentais, sendo agregado, portanto, pelo seu caráter de fundamentalidade.

É neste contexto que se insere a Defensoria Pública. Sua instituição como instrumento de concretização do direito de acesso à justiça da maioria esmagadora da população brasileira é um bom exemplo de ação positiva realizada pelo Estado para garantir a igualdade dos hipossuficientes, econômica e socialmente.

Instituição pública, a Defensoria Pública foi criada com o compromisso de promover, defender e efetivar os direitos humanos, notadamente o de assegurar o acesso à justiça aos

²⁰⁰ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 59.

²⁰¹ VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 65.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 185.

cidadãos desprovidos de recursos, em sua maioria integrantes das classes sociais mais baixas da sociedade, marcadas por profundas desigualdades.²⁰³

Como brilhantemente escreveu Marcio Thomaz Bastos,

as instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornarem verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas.²⁰⁴

Nesse sentido, a atuação da Defensoria Pública demonstra ter caráter extremamente relevante e até imprescindível sob o aspecto da efetividade de direitos e do exercício da cidadania. “Talvez, a Defensoria Pública tenha vindo para ‘organizar esta cidadania’”.²⁰⁵

A Defensoria Pública não é um simples órgão estatal com a função de “advogar” nas causas daqueles que não possam pagar por tal serviço. Ela é, sim, verdadeira Instituição Democrática do Estado Brasileiro, que tem a missão constitucional de promover a inclusão social e jurídica dos hipossuficientes, contribuindo para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, desenvolvida, na qual não exista pobreza e marginalização, sejam reduzidas as desigualdades sociais e, que seja capaz de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF/88 – objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). A Defensoria Pública é essencial na concretização dos direitos humanos fundamentais.

6.2. Panorama constitucional e infraconstitucional

A Constituição de 1934 foi a que pela primeira vez em nossa história constitucional inseriu a assistência judiciária aos necessitados em um de seus dispositivos, em capítulo destinado aos direitos e garantias individuais.²⁰⁶

²⁰³ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 13.

²⁰⁴ Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento. *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. 2006, 131p. Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2014.

²⁰⁵ BORÓN, Atílio. apud GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública. O estado e a cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 49.

²⁰⁶ “Art. 113, item 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.” (VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 17).

Essa forma de assistência, por sua vez, foi regulamentada pelo legislador constitucional daquela época como uma *obrigação do poder público*, determinando-se, inclusive, a criação de *órgãos especiais*, tanto pela União, quanto pelos Estados, com a finalidade de cumprir este mister.²⁰⁷

A disciplina da assistência judiciária ficou inicialmente a cargo da Lei Federal 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária), que trouxe à baila uma nova cultura de acesso à justiça aos necessitados²⁰⁸, alterando a abrangência de sua aplicação ao estabelecer que poderão usufruir da assistência judiciária “os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho” (art. 2º, *caput*).

Referido diploma legal também introduziu em nosso ordenamento jurídico o conceito de *necessitado* para fins legais: “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único).

Modelo semelhante foi adotado pela Constituição da República de 1988, que consagrou a assistência jurídica integral e gratuita em seu art. 5º, inciso LXXIV, determinando que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.²⁰⁹

Além de erigir a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Constituição arrolou, dentre os direitos e garantias fundamentais, baseado no princípio da igualdade, o direito à assistência jurídica integral e gratuita²¹⁰, na forma da lei.

²⁰⁷ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 26.

²⁰⁸ Idem, p. 32.

²⁰⁹ Para uma melhor compreensão do tema, cumpre diferenciar os termos *justiça gratuita*, *assistência judiciária* e *assistência jurídica integral*. “[...] não se tratam de termos sinônimos, dadas as características particulares de cada um desses institutos, que se constituem em espécies do gênero *acesso à justiça*. [...]. A *justiça gratuita* pode, então ser conceituada como *instituição jurídica* de acesso à Justiça que consiste na concessão, pelo poder público, do benefício da isenção das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais, bem como de honorários de advogado e perito, à pessoa que declarar seu estado de necessidade, na forma da lei. A *assistência judiciária*, por sua vez, já se trata de um instituto de abrangência mais ampla, que, inclusive, incorporou o benefício da justiça gratuita. [...]. A *assistência judiciária* é oriunda, portanto, dessa concepção de *patrocínio gratuito*, de *defesa graciosa dos necessitados*, [...]. Atualmente, a *assistência judiciária* poderia ser conceituada como o *mínus público a ser exercido, por força de lei, por advogado, escolhido pela parte ou nomeado para a defesa de seus interesses, ou pelos profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de perito*. Ao Defensor Público, no regime jurídico em vigor, incumbe prestar a *assistência jurídica integral e gratuita*, na qualidade de órgão de execução da Defensoria Pública, a quem compete a *orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados*, o que não se confunde com os demais institutos ora discutidos, [...]”. (CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 40-43).

²¹⁰ “A assistência jurídica representa uma atividade: o ato de auxiliar alguém juridicamente. É concebida como uma atividade pública, pois é exercida primordialmente pelo Estado, mediante regime de direito público. (...) Portanto, quando a Defensoria Pública patrocina extrajudicialmente ou em juízo interesses de assistidos específicos, satisfaz necessidades concretas e individuais: conciliação entabulada entre assistido/consumidor e

Referido direito à assistência jurídica integral e gratuita se consagrou como *verdadeira cláusula pétrea*²¹¹.

Como forma de dar efetividade à norma do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, instituiu-se a Defensoria Pública, que foi qualificada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 da CF/88).²¹²

O necessário avanço do texto constitucional está intimamente ligado ao avanço social e intelectual, que exigiram do legislador constitucional e do legislador infraconstitucional a ampliação das formas de proteção instituídas, que se tornaram, ao longo da história, insuficientes para a tutela dos interesses cada vez mais complexos da sociedade, especialmente quando se trata do direito fundamental de acesso à justiça.

Nesse contexto, o próprio Estado vem se reconhecendo em vertentes distintas, inovadoras, traduzidas em um Estado mais humano e mais próximo da força popular que o legitima, se solidificando também, e por isso mesmo, diuturnamente, como Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de acesso efetivo à Justiça passa a ser tida como característica importante à identificação de uma democracia consolidada. A dimensão da finalidade institucional da Defensoria Pública se constitui em verdadeiro direito a ter direitos, não existindo, na ordem constitucional, a previsão de nenhuma outra instituição pública imbuída da missão de assegurar a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.²¹³

A dinâmica social e o conhecimento progressivo dos direitos pela população clamaram por uma releitura da normatização da Defensoria Pública no plano Constitucional. Exatamente por isso, o arcabouço normativo foi completado em 2004, com a edição da EC 45, que conferiu autonomia funcional, administrativa e financeira à Defensoria ao inserir o §1º no art. 134 da CF/88, a Instituição foi renovada, tendo sido dados novos contornos à defesa de direitos e ao acesso à justiça.

fornecedor, em razão da utilização de produto defeituoso; ação de responsabilidade civil, visando reparar dano moral, decorrente de conduta desidiosa de instituição bancária etc. (...) A Assistência jurídica integral e gratuita se caracteriza como um serviço público, desempenhado pelo Estado exclusivamente por meio da Defensoria Pública (art. 4, §4º, LC 80/94)” (VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 68).

²¹¹ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 59.

²¹² “Apenas em 1988, com a promulgação da atual Constituição, passou a constar expressamente do texto constitucional federal. Ou seja, somente nesse momento passou a ser expressamente reconhecida como essencial à Justiça”. (CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 13).

²¹³ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 60.

Não obstante, as alterações trazidas pela EC 45/04 não foram suficientes para blindar a Defensoria Pública da *síndrome da inefetividade constitucional*²¹⁴, haja vista que as disposições constitucionais sobre a Defensoria não vêm sendo observadas em sua integralidade. A posição topográfica da Instituição Defensoria Pública no Texto Constitucional, bem como os questionamentos e debates acirrados sobre o conceito de “necessitado”, que orienta sua atuação, são boas ilustrações de tal inefetividade.

De qualquer modo, a Constituição Federal de 1988, aliada à Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com as alterações trazidas pela Lei Complementar Federal nº 132, de 07 de outubro de 2009), bem como à atuação dos Defensores Públicos, vêm demonstrando, diariamente, uma Defensoria Pública com atribuições e prerrogativas próprias, objetivos e finalidades especiais.²¹⁵

Como bem resumem José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto,

[...], pela análise do arcabouço normativo que cerca a Defensoria Pública do Brasil, observa-se identidade singular desse órgão do sistema de justiça, apresentando a instituição com peculiar polivalência nas suas funções, tudo a viabilizar e concretizar os preceitos fundamentais insculpidos na Carta Magna.²¹⁶

²¹⁴ ARRUDA DA SILVA, José Adaumir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 140.

²¹⁵ Idem, p. 141.

²¹⁶ Ibidem, p. 145.

7. A DEFENSORIA PÚBLICA E A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

A “tutela coletiva”, entendida como sendo “o conjunto de normas materiais e processuais ligadas à proteção de classes, grupos ou categorias de pessoas ou seres vivos visando uma tutela uniforme e qualificada dos respectivos interesses”²¹⁷, ganhou destaque no cenário jurídico com o surgimento dos chamados “novos direitos”, bem como diante da imprestabilidade e ineficiência dos institutos do direito processual individual para a defesa dos direitos massificados.²¹⁸

Segundo escreve Gregório Assagra de Almeida,

[...] a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma Nação democrática que pretenda transformar a realidade social. Não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas”.²¹⁹:

Essa nova forma de entender o fenômeno jurídico, conduziu a uma necessária evolução do Estado e do Direito. “Era inevitável, realmente, a superação progressiva da lógica individualista que sempre presidiu as funções institucionais, em favor de uma nova racionalidade, mais afinada com os anseios solidaristas da sociedade de massa [...]”²²⁰.

À preocupação com a efetivação de direitos individuais agregou-se a preocupação com a concretização de direitos coletivos. Nada mais natural, já que o Texto Constitucional deixa claro que os direitos fundamentais são individuais e coletivos.

Nesse contexto, como Instituição vocacionada à proteção e concretização dos direitos fundamentais, a Defensoria Pública assume nova função, com preservação, contudo, de seu papel fundamental de garantir o exercício do direito de acesso à justiça pela grande maioria da população brasileira.

²¹⁷ ARRUDA DA SILVA, José Adamiir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 195.

²¹⁸ Idem, p. 95.

²¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 359.

²²⁰ SOUSA, José Augusto Garcia de. *A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos (Uma abordagem positiva)*. Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 13, nº 51. 2010. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_94.pdf>. Acesso em 03 de julho de 2014.

O exercício de tal múnus público é privativo da Defensoria, de modo que o Estado não está autorizado a criar outro órgão público com a mesma finalidade, o que demonstra a relevância de seu papel constitucional e a notoriedade de sua atuação na concretização do acesso à justiça, indispensável à caracterização de uma democracia real e à defesa dos direitos fundamentais, individuais e coletivos.²²¹

A legitimidade da Defensoria Pública para atuar na defesa de direitos estritamente individuais se apresenta sem grandes repercussões na comunidade jurídica. Noutro sentido, sua atuação na esfera coletiva foi e continua sendo objeto dos mais variados questionamentos, conforme será elucidado.

7.1. Evolução da atuação da Defensoria Pública na esfera coletiva

O processo de legitimação da Defensoria Pública para a atuação na esfera coletiva se desenvolveu em três momentos.

Num primeiro momento, negava-se legitimidade à Defensoria, sob o fundamento de que o art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor não lhe era aplicável, já que não se tratava de ente público especificamente destinado à defesa dos direitos do consumidor.²²²

O art. 4º, inciso III, da Lei Complementar Federal nº 80/94, contudo, já arrolava, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, o *patrocínio da ação civil pública*. Com base nisso, a jurisprudência passou a admitir que a Defensoria, na qualidade de ente despersonalizado legitimado, ajuizasse a ação civil pública ou outra ação coletiva para proteger direitos transindividuais de consumidores vítimas²²³, tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, firmado entendimento no sentido de que, por analogia, a legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo para o ajuizamento de ação

²²¹ VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 80.

²²² Nesse sentido: “[...]. II - Não há que se falar em omissão nem contradição no julgado vergastado, eis que o Pretório Excelso, por meio da ADIN nº 558-8, não determinou que caberia à Defensoria Pública a promoção e ações coletivas, em nome próprio, na defesa de interesses dos consumidores, tão somente manteve a constitucionalidade do dispositivo estadual que permitia àquele órgão a tutela dos direitos coletivos dos necessitados. III – Ademais, a aplicabilidade dos ditames do Código de Defesa do Consumidor à Lei de Ação Civil Pública, a teor do art. 21 desta última norma, somente ocorre quando for cabível, o que não se vislumbra *in casu*, mormente a Defensoria Pública não estar presente no rol taxativo do art. 5º da Lei nº 7.347/85 e, ainda, não ter sido especificamente destinada à tutela dos interesses consumeristas, conforme prevê o art. 82, inciso III, do CDC”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Resp 743.176/RJ. Relator Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. Julgado em 17/08/2006. Publicado no DJe em 28/09/2006).

²²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 129-130.

civil pública para a reparação de danos morais e materiais a direitos individuais homogêneos de consumidores vítimas por equiparação se aplicaria à Defensoria Pública²²⁴.

Seguindo essa orientação, a doutrina também caminhava no sentido da legitimação da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública com base numa interpretação combinada do inciso III do Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor com o Art. 21 da Lei da Ação Civil Pública²²⁵.

Inaugura-se, assim, o segundo momento do processo de legitimação, no qual se passa a admitir a atuação da Defensoria Pública na defesa dos consumidores necessitados coletivamente considerados.²²⁶

O processo de legitimação da Defensoria Pública não se encerrou aí. A possibilidade de sua atuação coletiva na defesa de direitos de consumidores lesados conduziu à conclusão de que a Defensoria Pública deveria ter reconhecida sua legitimidade ativa coletiva em sentido amplo.

O terceiro momento evolutivo, qual seja o da legitimidade ativa positiva, se consagra com a alteração da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 11.448/2007, que arrolou a Defensoria Pública, expressamente, como legitimada ativa à propositura da ação civil pública.

O reconhecimento da Defensoria como legitimada ativa ao ajuizamento de ação civil pública traduziu um grande avanço em termos de tutela coletiva e concretização do acesso à justiça. Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

In casu, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, inciso XXXV, CF. [...] a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei nº 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro [...].²²⁷

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 53.146-SP. Relator Min. Castro Meira. 2ª Turma. Julgado em 16/02/2012. Publicado no DJe em 05/03/2012.

²²⁵ Parecer elaborado por Ada Pellegrini Grinover, a pedido da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, para servir de subsídio ao julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP sobre o tema (RP 165/299), “Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública”.

²²⁶ “A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do artigo 82, III, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4º, XI, da LC 84/90, bem como o artigo 3º, parágrafo único, da LC 11.795/02 – RS, estabelecem como dever funcional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70014404784 – Erechim. 4ª Câmara Cível. Des. Araken de Assis. DJU 12/04/2006).

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.106.515-MG. 1ª Turma. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 18/10/11. DJe 02/02/11.

Aquilo que parecia ser o ponto final na interminável polêmica sobre a atuação coletiva da Defensoria Pública se tornou apenas mais um obstáculo vencido, dos muitos que ainda surgiriam.

Em 2007, a Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 3943, ainda pendente de julgamento, na qual pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985 (com redação alterada pela Lei 11.448/07), sob o fundamento de que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública, sem o estabelecimento de “limites” à sua atuação coletiva, viola as disposições do art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134, ambos da Constituição Federal de 1988.

Segundo restou consignado nos argumentos expostos pela Associação, a legitimidade “sem restrições” da Defensoria Pública configura desvio de função da referida instituição, bem como impede que o Ministério Público exerça plenamente sua legitimidade, notadamente porque a Constituição estabeleceu a titularidade do Ministério Público para propor ACP.

Além disso, o CONAMP destacou que somente podem ser beneficiários da assistência da Defensoria Pública aqueles cuja insuficiência de recursos financeiros possa ser comprovada individualmente, o que afastaria qualquer atuação da Instituição na defesa de direitos transindividuais.

Nesse contexto, a ADI 3943 teve por pedido a declaração da inconstitucionalidade da legitimação coletiva conferida à Defensoria Pública. Subsidiariamente, a Associação pleiteou fosse declarada a impossibilidade de atuação da Defensoria na defesa de direitos difusos.

Não obstante não haver ainda decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal²²⁸, entende-se que a pretensão não deve prevalecer. A tentativa de coibir ou limitar a atuação da Defensoria Pública na proteção de direitos coletivos se revela como uma ofensa à nova hermenêutica constitucional, bem como às nuances do Estado Democrático de Direito, conduzindo a um inquestionável retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais.

A Defensoria Pública possui, na realidade atual, importante viés constitucional e social, na medida em que, muito além de orientar e defender os necessitados, é o caminho para o ápice do acesso à justiça, que é, indiscutivelmente, uma das grandes janelas para que se alcance a igualdade e se concretizem os objetivos fundamentais da República.

²²⁸ A Ministra Carmen Lúcia, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943 no Supremo Tribunal Federal, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, entendeu por adotar o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, e submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. Decisão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6210624#3%20-%20Despacho%20-%202019/9/2007>>. Acesso em 22 de junho de 2014.

A discussão a respeito da legitimidade ativa da Defensoria Pública para o manuseio da ação civil pública passa, necessariamente, pelo estudo de duas questões, que ora parecem de especial relevância: a representação adequada e a pertinência temática de tal Instituição, que vêm se descortinando como uma verdadeira tentativa de silenciar a voz dos “necessitados”.

8. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NA PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Feita a análise processual geral dos institutos da representação adequada e da pertinência temática, passa-se doravante ao seu estudo sob o enfoque específico da Defensoria Pública.

8.1. Representação adequada da Defensoria Pública

De acordo com a doutrina, levando-se em consideração o sistema de aferição de legitimidade adotado pelo Brasil (*ope legis*), a condição de representante adequado é estabelecida pelo próprio legislador, ao arrolar o ente, em dispositivo legal, como legitimado ativo à propositura de ação coletiva. Trata-se de verdadeira presunção, no sentido de que os legitimados legais (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP) são representantes adequados à defesa dos direitos coletivos.²²⁹

Com efeito, “a ideia da representatividade adequada é inerente ao reconhecimento da legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas”²³⁰. Assim, sem maiores divagações, a partir de sua inclusão no rol do art. 5º da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 11.448/07, “a Defensoria Pública passou a ser arrolada expressamente como representante adequada em sede de ação civil pública”²³¹.

Em que pese existirem posicionamentos em sentido contrário, a Defensoria Pública passou a ser reconhecida não apenas como legitimada ativa, mas também como Instituição capaz de representar adequadamente os interesses massificados em juízo. Isto porque, além de possuir capacidade técnica e jurídica para defender judicialmente os direitos coletivos, ela adquiriu autorização legal expressa para tanto.

8.2. A pertinência temática e a atuação da Defensoria Pública

²²⁹ GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 375-376.

²³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 130-131.

²³¹ Idem, p. 219.

De acordo com o texto constitucional, o destinatário fundamental da atuação da Defensoria Pública, na tutela individual, é o necessitado, compreendido tanto nos contornos da ausência de condição financeira quanto da hipossuficiência jurídica²³². É, portanto, na seara da tutela coletiva que a problemática envolvendo a Defensoria Pública se desenvolve.

A atuação da Defensoria Pública, que durante anos teve negada sua legitimidade ativa para a propositura de ações em defesa de direitos massificados, ganhou novos horizontes quando ela passou a figurar, expressamente, entre o rol de legitimados do art. 5º da Lei nº 7.347/85 (LACP). A partir daí a Defensoria se tornou legítima titular ao manejo da ação civil pública na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, não subsistindo qualquer dúvida acerca dessa legitimidade.

O exercício dessa atribuição pela Defensoria Pública vem, contudo, encontrando obstáculos, na medida em que alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais estão a exigir a comprovação do efetivo benefício a ser auferido pelo “necessitado” através da ação ajuizada pela Instituição. Instaure-se, com isso, a tormentosa discussão acerca da “pertinência temática” da Defensoria Pública na tutela coletiva.

Como visto em capítulo anterior, o controle judicial da pertinência temática se dá em dois momentos: o primeiro deles quando se afere que o direito ou interesse pretendido realmente configura direito coletivo *lato sensu* (*pertinência temática geral*); o segundo, quando se verifica que o ente legitimado ativo coletivo atua em conformidade com suas finalidades institucionais (*pertinência temática específica*).²³³

No que tange à pertinência temática geral, tem-se que a mesma será verificada quando o legitimado ativo lograr êxito em comprovar que comparece em juízo para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos²³⁴.

Nesse contexto, em tese, para que se verifique a existência da pertinência temática geral na atuação do ente legitimado, basta que o mesmo consiga demonstrar que a ameaça ou lesão a direito que se judicializa afeta a coletividade (classe ou grupo de pessoas). Comprovada a existência de direito coletivo a ser protegido, estará comprovada a pertinência

²³² ARRUDA DA SILVA, José Adaumir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 214.

²³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 120-121.

²³⁴ Idem, p. 120.

temática geral, o que, indiscutivelmente, se aplica não apenas à Defensoria Pública, mas a qualquer ente legitimado ativo coletivo.

Essa simples verificação da existência de um direito coletivo a ser protegido não é, porém, por si só, suficiente para legitimar a Defensoria Pública ao ajuizamento de ação civil pública ou outra ação coletiva, exigindo-se, ainda, que tal Instituição comprove, além da pertinência temática geral, a específica.

A pertinência temática específica existirá quando o legitimado ativo coletivo estiver atuando de acordo com suas finalidades institucionais²³⁵. Em relação à Defensoria Pública, o problema não reside apenas na exigência de comprovação da pertinência temática, mas também na avaliação dos limites impostos à atuação da Instituição, decorrentes de uma concepção errônea do que, de fato, seria a sua “pertinência temática”.

O entendimento pela necessidade de comprovação da pertinência temática, como forma de reduzir e excluir as hipóteses de atuação da Defensoria Pública, limitando-as às demandas que envolvem necessitados sob um aspecto exclusivamente econômico, vem laborando em equívoco.

A partir de uma interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais que tratam da Defensoria Pública (art. 5º, inciso LXXIV e art. 134, *caput*, ambos da CF/88), bem como do conceito de “necessitado” adotado pela Lei de Assistência Judiciária (art. 2º da Lei nº 1.060/50) e da disposição do art. 5º, inciso II, da Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), firmou-se entendimento no sentido de que, ainda que legalmente autorizada e considerada como representante adequada pelo legislador, a Defensoria Pública só pode ajuizar ação civil pública ou qualquer outra ação coletiva para a defesa de direitos transindividuais de necessitados.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida escreve que:

A Defensoria Pública, que agora é arrolada expressamente como representante adequada na ação civil pública (Lei 11.448/2007), somente poderá ajuizar ação civil pública para a defesa de direitos ou interesses coletivos em geral de pessoas necessitadas, conforme se interpreta da combinação do art. 5º, II, da LACP, com o art. 134, *caput*, da CF/88.²³⁶

Para os adeptos desse posicionamento, a Defensoria Pública não possui legitimação ativa universal para a integralidade das ações civis públicas, mas tão somente para aquelas

²³⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 121.

²³⁶ Idem, p. 124.

que envolvam a proteção de interesses de necessitados, ressaltando-se que a coletividade a ser beneficiada pela atuação da Instituição não precisa ser composta exclusivamente por eles.²³⁷

Portanto, a Defensoria Pública, mesmo tendo em conta seu relevantíssimo papel constitucional, não é, por força de expressa previsão legal e, principalmente, de norma constitucional, legitimada universal para a ação civil pública, ao que se acrescenta que o controle judicial da legitimação adequada da Defensoria Pública está previsto expressamente, também, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública. [...].

A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública, contudo, não exige que a coletividade a ser defendida seja composta de modo exclusivo por pessoas necessitadas, pois deve ser preponderantemente composta por pessoas necessitadas, de maneira que, simultaneamente, se respeite a função constitucional da instituição e assegure-se que haja a identificação entre a busca da representação adequada e a finalidade da tutela coletiva.²³⁸

Hugo Nigro Mazzilli²³⁹ entende pertinentes as indagações envolvendo a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública, haja vista que tal instrumento processual se presta à defesa de direitos coletivos, cuja titularidade é indeterminada, o que englobaria pessoas necessitadas e não necessitadas. O autor acrescenta, ainda, que enquanto instituição voltada à assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, o resultado da demanda deve, necessariamente, beneficiar grupo de hipossuficientes, atrelando o conceito de necessitado ao de hipossuficiente econômico, nos termos da definição trazida no art. 2º da Lei 1.060/50.

Ainda sobre esse tema, vale citar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à Defensoria cumpre a defesa “dos necessitados” (CF, art. 134), ou seja, dos “que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV).

Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da Lei nº 7.347/85. [...] E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, §2º, V, e e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata da legitimação dessa

²³⁷ AUGUSTO, Ana Lúcia Creão. *Condições da ação na defesa de direitos difusos e coletivos*. In *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8700>. Acesso em 23 de junho de 2014.

²³⁸ MARQUES, Alessandra Garcia. *A legitimidade ativa das associações civis e da Defensoria Pública na ação civil pública e o controle judicial da adequação da legitimação*. Ministério Público do Estado do Acre. Disponível em <<http://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Artigo-Alessandra-Marques.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2014.

²³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 318-320.

natureza (Adin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93).²⁴⁰

Seguindo esse mesmo raciocínio, no dia 20 de maio de 2014, ao julgar o Recurso Especial nº 1.192.577-RS, que discutia o ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria, com o objetivo de proteger direitos de consumidores lesados pelo aumento dos planos de saúde, o mesmo Tribunal decidiu que “a Defensoria Pública não tem legitimidade extraordinária para ajuizar ação coletiva em favor de consumidores de planos de saúde que sofreram reajustes em seus contratos sem razão da mudança de faixa etária”. Segundo conclusão da Quarta Turma do STJ, “ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado, a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública”.

Com efeito, tem-se admitido a atuação da Defensoria Pública desde que comprove que o faz em obediência à sua pertinência temática, qual seja a defesa de interesses massificados das pessoas necessitadas, entendendo-se como tais os hipossuficientes exclusivamente sob o aspecto econômico. Defendem os adeptos desse entendimento que interpretação em sentido contrário configuraria desvirtuamento do anseio constitucional.

Assim, da Defensoria Pública se exigirá pertinência temática geral e específica. Entendimento em sentido contrário gera evidente desvirtuamento da função institucional conferida pela CF/88 à Defensoria Pública, qual seja: a representação judicial e defesa dos necessitados.²⁴¹

Não sendo, então, a Defensoria capaz de comprovar a existência de necessitado(s) a ser(em) efetivamente beneficiado(s) por sua atuação, não estaria ela legitimada ao manuseio dos instrumentos de tutela coletiva, sob pena de ofensa à sua missão constitucional.

Com base no mesmo fundamento de comprovação de atuação em prol de necessitado, mantém-se na doutrina e na jurisprudência sustentação de existência de limitações à atuação coletiva da Defensoria Pública, decorrentes da natureza dos direitos transindividuais. Essas correntes admitem a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu* pela Defensoria, mas bradam contra a atuação da Instituição em defesa de direitos difusos, cujos titulares são pessoas indeterminadas (e indetermináveis). Esse tema será tratado posteriormente.

O que é mister dizer, nesse momento, é que a Defensoria Pública é instituição incumbida da orientação jurídica e defesa dos necessitados, sendo esta sua principal baliza de

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 912849/RS. Voto do Min. Teori Zavascki. Relator Min. José Delgado. 1ª Turma. Julgado em 26/02/2008. Publicado no DJe em 28/04/2008.

²⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 124.

atuação. Noutro sentido, porém, entende-se que a Constituição, ao dispor sobre o que seria a função primeira da Defensoria Pública, não impôs limites às suas atribuições institucionais, não sendo a defesa dos necessitados, por isso mesmo, seu único e exclusivo papel.

8.3. Hipossuficientes e Vulneráveis: “novos necessitados”, “novas” funções institucionais

“Mesmo que se pretenda ver nas atribuições da Defensoria Pública tarefas exclusivas – o que se diz apenas para argumentar –, ainda será preciso interpretar o termo necessitados, utilizado pela Constituição”.²⁴²

O conceito legal de *necessitado* [...] foi construído e sedimentado historicamente, tendo inicialmente ficado adstrito à figura da “*pessoa miserável*” e depois do “*réu tão pobre que não possa pagar as custas*” e sendo aplicado somente na esfera criminal. Verificamos que era demasiadamente restrito e mantinha ligação direta com a questão da *miserabilidade*, que se constituía em requisito à concessão da *justiça gratuita*.

Num segundo momento, manteve grande ligação com a questão sócio-econômica ao considerar “*toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adianta as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família*”. Também os “*órfãos, alienados e mendigos*” se incluíam no rol de beneficiados, [...].²⁴³

Esse mesmo sentido sociológico foi adotado pela Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50), que conceituou como “necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”(art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50), presumindo-se “pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição”(art. 4º, §1º, da Lei nº 1.060/50), “mediante simples afirmação, na própria petição inicial”(art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/50).

Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de “necessitado” previsto no ordenamento jurídico brasileiro remonta ao ano de 1950, momento em que a realidade

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini.; WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 92-93.

²⁴³ CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dicum Editora, 2009, p.45.

brasileira, notadamente a constitucional, era outra, razão pela qual tal conceito deve ser tomado com certa cautela. Isso porque o necessitado não precisa estar em situação de miserabilidade para ser classificado como tal.

Em que pese ser legalmente estabelecido e vigorar ainda nos dias atuais, esse conceito de necessitado tem se demonstrado cada vez mais defasado e insuficiente ao cumprimento, não do texto expresso da Constituição, mas sim, de seu anseio.

Com efeito, o desígnio constitucional no que se refere à atuação da Defensoria Pública é, exatamente, garantir a efetiva concretização dos direitos dos cidadãos. Com base nisso, como bem destacou Frederico Viana de Lima²⁴⁴, os dispositivos constitucionais e legais devem ser interpretados sob um enfoque jurídico-teleológico, o que significa, no contexto da realidade contemporânea, que as expressões “necessitados” e “insuficiência de recursos” não se resumem à questão puramente financeira.

Ao mencionar referidas expressões, a Constituição não disse a que tipo de necessidade ou insuficiência de recursos se referia. Ousa-se afirmar que isso foi feito de forma intencional, tendo em vista que, assim fazendo, a Constituição não impôs limites à interpretação de tais conceitos, bem como preservou a possibilidade proteção a um número maior de “necessitados”.

Corroborando esse entendimento, a doutrina vem apontando a existência de vários tipos de necessidades e carências de recursos, não fazendo mais sentido que o termo “necessitados” assuma conotação puramente econômica.

Necessitado, por sua vez, não pode mais ser compreendido unicamente como o hipossuficiente econômico. Esta visão míope, obsoleta, é baseada na ordem constitucional anterior e no modelo praticado pela advocacia, absolutamente impróprio para a Defensoria Pública.²⁴⁵

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.²⁴⁶

²⁴⁴ VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 164.

²⁴⁵ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos*. Revista de Processo 164: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.

²⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Assistência Judiciária e Acesso à Justiça*. In *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed. 1990, p. 245.

No julgamento da ADI 558/RJ²⁴⁷, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence - Tribunal Pleno/Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1993, já destacava:

[...] A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência jurídica aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique este subsídio estatal [...].

É com esse raciocínio que resta autorizado concluir que o comando do art. 134 da Constituição da República de 1988, quando utilizou a expressão “necessitados”, não o fez de forma a limitar a atuação da Defensoria Pública, mas sim com o objetivo de ampliar seu alcance para abranger tanto os necessitados “pobres”, como todos os demais indivíduos ou grupos hipossuficientes ou vulneráveis (jurídico, social, cultural, organizacional ou economicamente).

Doutrina mais moderna vem tratando do tema nos seguintes termos:

Nesse diapasão, a expressão “necessitado”, constante no referido art. 134, ganha contorno de hipossuficiente jurídico, ou seja, qualquer pessoa com condições financeiras ou não, mas incapaz de postular o seu direito judicial ou extrajudicialmente de forma individual ou coletiva, sempre se ressaltando o caráter preferencial aos que comprovem insuficiência de recurso.

Essa flexibilização de atuação se faz relevante em razão de existirem causas individuais que se revestem de importância social, como são as demandas envolvendo presos, consumidores, entre outras, em que a ofensa ao direito de um indivíduo, se não for sanada, pode refletir na coletividade.²⁴⁸

Assim, pode-se afirmar que o conceito atual de necessitado amplia as hipóteses de atuação da Defensoria Pública, para incluir situações que transcendem a carência financeira, não excluindo situações outras. A aferição da “necessidade” a legitimar a atuação da Defensoria deve se dar através da análise de situações de direito, e não, simplesmente, de fato. Nesse sentido, a inexistência de carência financeira, por si só, não é capaz de afastar a possibilidade de atuação coletiva da Defensoria Pública.

Fato é que houve evolução do conceito de necessitado, o que por si só já resulta na ampliação da atuação da Defensoria Pública. Além disso, nota-se que tal evolução também se materializa no campo das funções institucionais previstas na Lei Orgânica da Defensoria Pública.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 558/RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgada em 16/08/1991. Publicada no DJe em 26/03/1993.

²⁴⁸ ARRUDA da SILVA, José.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 176.

Como já dito, ao tratar da Defensoria Pública como responsável pela defesa em juízo dos necessitados, a Constituição Federal de 1988 não restringiu as suas atribuições institucionais a tanto.

O art. 134 da CF não coloca limites às atribuições da Defensoria Pública. O legislador constitucional não usou o termo exclusivamente, como fez, por exemplo, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I).

Desse modo, as atribuições da Defensoria Pública podem ser ampliadas por lei, como, aliás, já ocorreu com o exercício da curadoria especial, mesmo em relação a pessoas não economicamente necessitadas.²⁴⁹

Acerca das funções institucionais da Defensoria Pública, Kazuo Watanabe discorre que o que “o art. 134 da CF indica, portanto, é a incumbência necessária e precípua da Defensoria Pública, consistente na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados, e não sua tarefa exclusiva. [...]”²⁵⁰

Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à ideia generosa do amplo acesso à justiça – de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo, portanto, os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²⁵¹

A própria Constituição estabeleceu que a atuação da Defensoria Pública em defesa dos necessitados é tarefa fundamental e não única de tal Instituição, tendo, inclusive, delegado à Lei Complementar a sua organização, no que, certamente, se inclui o assentamento das funções institucionais.

Com efeito, no §1º do art. 134, a Constituição deixou expressamente consignado que “Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados [...]”.

Além disso, no §2º do mesmo artigo 134, a Constituição acrescentou, ainda, que às Defensorias Públicas dos Estados “são asseguradas autonomia funcional e administrativa [...]”.

²⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública*. In Revista de processo n. 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 307.

²⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini.; WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 92-93.

²⁵¹ Idem, p. 92-93.

Como sabido, autonomia é o poder de autogestão, de guiar-se de acordo com a Constituição e com as leis. É a não subserviência a quaisquer dos Poderes²⁵². Autonomia funcional é a prerrogativa de não se submeter a nenhuma outra instituição na realização de suas funções. Autonomia administrativa, por sua vez, nas lições de Maria Helena Diniz, é a soma de poderes de que dispõe a pessoa jurídica de direito público interno para o exercício das atividades públicas, assim como para gerir seus bens e recursos.²⁵³

Sendo assim, inexistente dúvida quanto à autonomia e independência da Defensoria Pública no desempenho de sua atividade constitucionalmente determinada, de modo que qualquer limitação ofende diretamente o Texto Constitucional. É, portanto, possível e correto concluir que a Constituição direciona a atuação da Instituição, mas de nenhuma maneira lhe impõe limites.

Corroborando esse raciocínio, a Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei Complementar Federal nº 132, de 2009, que organiza a Defensoria Pública da União e estabelece normas gerais de organização para as Defensorias Públicas dos Estados, ao tratar das funções institucionais da Defensoria Pública no artigo 4º, estabeleceu, dentre outras, as seguintes:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [...];

VII – promover a 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; [...];

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; [...]. (grifo nosso)

Verifica-se daí, que a própria LC nº 80/94, que dita as atribuições da Defensoria Pública, admite como destinatários de sua atuação coletiva não apenas os necessitados sob o ponto de vista financeiro, mas todos os hipossuficientes, sejam eles econômica, organizacional ou juridicamente considerados.

Referido diploma legal consignou, de forma expressa, que à Defensoria Pública cabe, enquanto função institucional, promover a ação civil pública (e não somente ela) quando ela for capaz de proteger direitos transindividuais e puder, de alguma maneira, beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

²⁵² VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 88.

²⁵³ Idem, p. 88-89.

Importante ressaltar que a mencionada Lei Orgânica dispensa a comprovação do efetivo benefício a ser auferido pelo grupo de pessoas hipossuficientes, dentre os quais se incluem os necessitados, contentando-se com a simples possibilidade de existência de um benefício a ser alcançado, muito embora seja defensável a adoção de procedimento administrativo próprio para a classificação ou a reclassificação dos grupos hipossuficientes e vulneráveis.

Sobre tal procedimento, de natureza administrativa, é certa a necessidade de se concebê-lo pela lente de teorias processuais que lhe permitam enquadramento no módulo constitucional adequado, para que sirva de atestado, a se exigir a questionada comprovação da pertinência.

Com efeito, de uma leitura atenta das funções institucionais da Defensoria Pública é possível inferir a preocupação do legislador ordinário em honrar a missão constitucional da Instituição, bem como seu viés social e concretizador. Isto porque, transcendendo a discussão acerca dos conceitos e limites para a identificação dos assistidos coletivos – necessitados ou hipossuficientes –, Lei Complementar passou a prever, também, no mesmo art. 4º, aquela que se apresenta como sendo, talvez, a mais importante função institucional da Defensoria Pública: a proteção aos grupos sociais vulneráveis.

Nesse sentido, cabe à Defensoria,

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 especial proteção do Estado. (grifo nosso)

A noção de “vulnerabilidade” decorre do art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, dentre os quais o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Com efeito, tal ideia não se resume apenas às relações consumeristas.

“A vulnerabilidade não é uma essência ou algo inerente a algumas pessoas e a alguns grupos, mas diz respeito a determinadas condições e circunstâncias que podem ser minimizadas ou revertidas”²⁵⁴.

²⁵⁴ PAULILO, Maria Angela Silveira.; JEOLÁS, Leila Solberger. apud MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. *O marco constitucional da vulnerabilidade social*. Revistas da UCPEL. Sociedade em Debates. Pelotas, jul-dez/2011, p. 29-40. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&sqi=2&ved=0CGMQFjAL&url=http%3A%2F%2Frevistas.ucpel.tche.br%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fview%2F695%2F619&ei=RM2-U9HjD8mmsQT0m4CACg&usq=AFOjCNFL1EHhrX3OT5NLCUYNbzs8tPwA&sig2=KWXfHbdAGkIvAAQWW4o7YQ&bvm=bv.70138588,d.cWc>>. Acesso em 02 de junho de 2014.

Ela pode ser compreendida a partir de fatores econômicos, culturais e sociais.²⁵⁵

A partir dos estudos percebe-se que são considerados múltiplos os condicionantes da vulnerabilidade social, constituindo um conjunto complexo e multifacetado de fatores emergentes do contexto, devido à ausência ou precarização de recursos materiais capazes de garantir a sobrevivência (variáveis de exclusão social que impedem que grande parte da população satisfaça suas necessidades).²⁵⁶

Diante disso, cumpre, então, esclarecer quem são os grupos socialmente vulneráveis.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, “os grupos vulneráveis são aqueles que sofrem discriminação social do restante da sociedade, além de não serem detentores do poder jurídico necessário para alterar esta situação por conta própria”²⁵⁷. Prossegue o autor afirmando que:

Grupos vulneráveis sempre serão merecedores de proteção jurídica especial naquele aspecto que os tornam vulneráveis em relação ao restante da população. Afinal, é a vulnerabilidade social que justifica a especial proteção jurídica em relação a determinado grupo, seja ele minoritário ou não.²⁵⁸

Nessa medida, o caminho para a diminuição dos níveis de vulnerabilidade social é, exatamente, o fortalecimento dos sujeitos, para que tenham condições de acessar bens e serviços²⁵⁹, e, além disso, para que tenham garantidos os seus direitos como manifestação da mais pura igualdade.

Não se trata, portanto, de perquirir se a Defensoria Pública atuará em favor de quem seja ou não carente financeiramente. A Lei estabelece uma atuação que independe do questionamento da carência, justamente pela vulnerabilidade de determinado grupo social. Ela atuará, sim, em favor dos “vulneráveis sociais”²⁶⁰.

²⁵⁵ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. *O marco constitucional da vulnerabilidade social*. Revistas da UCPEL. Sociedade em Debates. Pelotas, jul-dez/2011, p. 4. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&sqj=2&ved=0CGMQFjAL&url=http%3A%2F%2Frevistas.ucpel.tche.br%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fview%2F695%2F619&ei=RM2-U9HjD8mmsQT0m4CACg&usg=AFOjCNFL1EHhrX3OT5NLCUYNbzsko8tPwA&sig2=KWxfHbdAGkIvAAQWW4o7YQ&bvm=bv.70138588,d.cWc>>. Acesso em 02 de junho de 2014.

²⁵⁶ Idem, p. 5-6.

²⁵⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *As minorias sexuais e ações afirmativas*. In VIEIRA, Tereza Rodrigues. (Org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012, p. 33.

²⁵⁸ Idem, p. 33.

²⁵⁹ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. *O marco constitucional da vulnerabilidade social*. Revistas da UCPEL. Sociedade em Debates. Pelotas, jul-dez/2011, p. 7. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&sqj=2&ved=0CGMQFjAL&url=http%3A%2F%2Frevistas.ucpel.tche.br%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fview%2F695%2F619&ei=RM2-U9HjD8mmsQT0m4CACg&usg=AFOjCNFL1EHhrX3OT5NLCUYNbzsko8tPwA&sig2=KWxfHbdAGkIvAAQWW4o7YQ&bvm=bv.70138588,d.cWc>>. Acesso em 02 de junho de 2014.

²⁶⁰ CASAS MAIA, Maurílio. *Custos Vulnerabilis Constitucional: o Estado Defensor entre o Resp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14*. In Revista Jurídica Consulex. Ano XVIII, nº 417, 1º de junho. Brasília: Editora Consulex, 2014, p. 56.

Como se percebe, na hipótese do inciso XI do art. 4º da LC nº 80/94, restaram amplamente reconhecidas as multifacetadas vulnerabilidades que atingem a sociedade, ultrapassando-se, claramente, a aparente simplicidade da atribuição fundamental prevista na Constituição, com vistas à defesa dos direitos individuais e coletivos, independentemente da questão financeira, dos grupos sociais vulneráveis.

O momento constitucional e social que se vive torna imperiosa uma maior acessibilidade do cidadão vulnerável à plena garantia e proteção de seus direitos fundamentais, razão porque a atuação da Defensoria Pública deve estar voltada a assegurar o pleno exercício da cidadania, inerente à dignidade da pessoa humana.

Assim, a Defensoria Pública se apresenta como verdadeira *custos vulnerabilis*²⁶¹, assumindo papel de inquestionável importância, qual seja, o de ser, efetivamente, *expressão e instrumento do regime democrático*.

Desta forma, o patrocínio pela Defensoria Pública não está vinculado exclusivamente à insuficiência de recursos financeiros, mas, muito além disso, está ligado a um estado de necessidade que se identifica não apenas em uma circunstância econômica, mas, especialmente, em circunstâncias jurídicas, organizacionais ou em situações de vulnerabilidade.

Nesse passo, Frederico Rodrigues Viana de Lima explica que:

A hipossuficiência organizacional justifica a atribuição atípica da Defensoria Pública nas demandas coletivas. Como salienta Ada Pellegrini Grinover, a vulnerabilidade social dos consumidores, dos usuários de serviços públicos, dos usuários de planos de saúde, dos que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, caracterizam a hipossuficiência do ponto de vista organizacional.²⁶²

Não obstante, em que pese esse brilhante contexto de busca pela concretização de direitos, com respeito à igualdade, constitucional e jurídica, via Defensoria Pública, os maiores escopos do legislador ainda não foram alcançados em plenitude.

²⁶¹ CASAS MAIA, Maurílio. *Custos Vulnerabilis Constitucional: o Estado Defensor entre o Resp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14*. In Revista Jurídica Consulex. Ano XVIII, nº 417, 1º de junho. Brasília: Editora Consulex, 2014, p. 56.

²⁶² VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 234.

9. A DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO PÓS-EMENDA CONSTITUCIONAL 80/14

Foi com os olhos voltados para a importante missão constitucional da Defensoria Pública, bem como para a inefetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que compõem seu arcabouço normativo, que, em 4 de junho de 2014, o Congresso Nacional, através das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgou a Emenda Constitucional nº 80.

A partir de referida alteração constitucional, cujo texto é proveniente da denominada “PEC das Defensorias para Todos” (PEC 4/2014), foi reestruturada a nomenclatura das Seções do Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição Federal de 1988. Agora, existe uma Seção IV, especificamente destinada à Defensoria Pública. Além disso, alterou-se a redação do *caput* do art. 134, para deixar mais clara a natureza da Defensoria, tendo-se explicitado tratar-se de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

A delegação da organização da Defensoria Pública à lei complementar foi mantida pelo legislador constitucional. Nesse sentido, a Lei Complementar Federal nº 80/94 e suas posteriores alterações prescrevem normas gerais de organização para as Defensorias Estaduais.

A partir da EC nº 80/2014, além de constitucionalizar a Defensoria Pública como Instituição da sociedade, titular de uma Seção própria no Texto Constitucional, desvinculada por completo da Advocacia, o Constituinte Derivado a elevou ao status de *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal, tudo *como expressão e instrumento do regime democrático*.

De fato, com as alterações introduzidas pela EC nº 80/14, a Constituição da República extirpou qualquer dúvida acerca dos limites das funções institucionais da Defensoria Pública e, ratificando as disposições da Lei Complementar Federal nº 80/94, deixou óbvio e pululante que a atribuição de defesa dos direitos dos necessitados é fundamental e não única.

Com a alteração trazida pela Emenda, por meio do uso da expressão “fundamentalmente”, a Constituição acabou por recepcionar as demais funções institucionais da Defensoria previstas em sua Lei Orgânica (em cumprimento à delegação constitucional), bem como as que venham a ser estabelecidas, e que estejam em conformidade com o Texto Constitucional e com sua interpretação. Assim, pode-se afirmar, sem medo de errar, que atuar na defesa de necessitados, hipossuficientes e grupos vulneráveis é função institucional da Defensoria Pública.

Conforme já foi dito, tem predominado na doutrina e na jurisprudência entendimento no sentido da necessidade de comprovação da pertinência temática pela Defensoria Pública quando de sua atuação na defesa de direitos coletivos, o que, em última análise, integra o próprio objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943. Entretanto, respeitando as divergências, defende-se que tal concepção está a limitar tanto o direito ao acesso à justiça, como a própria assistência jurídica integral, ambos direitos fundamentais insculpidos no Texto de 1988.

Fácil é perceber que a Defensoria Pública é a Instituição titular da missão constitucional de garantir o acesso à ordem jurídica justa e efetiva pela maioria da população brasileira. Ela foi constitucionalmente construída como verdadeira Instituição com legitimação social, ou seja, criada e regulamentada para a defesa do que é mais sublime no Estado Democrático de Direito: o povo. Esse “povo”, muito além da mera aritmética financeira, é, sim, reconhecido na sua essência e nas diversas misérias e mazelas do cotidiano, que determinam a diferenciação necessária a justificar a especial proteção do Estado.

No contexto Estado Defensor, não se busca uma proteção ao próprio Estado, que passa a ser entendido como destinatário subsidiário, mas sim ao cidadão, violado em sua dignidade: carente de dinheiro, necessitado em sua miséria, hipossuficiente pelas agruras da vida, ou, muito mais simples, vulnerável, porque singular ou coletivamente não possui forças e muito menos armas para se proteger contra a estrutura e burocracia estatais, bem como, sequer, na grande maioria dos casos, tem a possibilidade de conhecer o outro que padece do mesmo mal.

Assim, sendo a Defensoria Pública a Instituição que materializa o Estado na sua essência mais humanizada, garantidora do direito ao acesso à justiça e por isso mesmo, legitimada socialmente por sua própria função social de concretização da plena dignidade humana, a exigência de qualquer pertinência cai no vazio da falta de sentido, na medida em que a mera atuação da Defensoria Pública já revela a proteção da sociedade e da própria democracia, que sustentam o Estado.

Com efeito, cidadania, dignidade, sociedade e Estado se fortalecem por meio da atuação de uma só Instituição, criada para garantir não o acesso do pobre à justiça, mas sim o mais genuíno exercício do direito fundamental de acesso à justiça por todos aqueles que “necessitarem”, independentemente de qualquer condição econômica.

Por tais razões é que se defende neste trabalho, sob uma primeira perspectiva, que a exigência de comprovação de pertinência temática pela Defensoria Pública, como forma de legitimar a sua atuação na esfera coletiva, se demonstra como verdadeiro óbice à concretização do acesso à justiça e à realização da dignidade da pessoa humana, se apresentando, em última análise, como manifestamente inconstitucional, haja vista afrontar diretamente não apenas o texto constitucional exposto, mas o próprio paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

A imprescindibilidade de comprovação de pertinência temática pela Defensoria Pública, como forma de legitimação à sua atuação coletiva, é, pois, entendida como descabida neste trabalho. Não obstante, admitindo-se como razoável essa exigência, é forçoso que se compreenda que pobreza, necessidade, hipossuficiência e vulnerabilidade – apesar de serem todas vértices da miserabilidade humana – se distinguem, o que transmuda, essencialmente, os limites da pertinência temática.

Outrossim, uma vez admitida a possibilidade da exigência de comprovação da pertinência temática pela Defensoria Pública, retorna à baila a questão sobre a natureza dos direitos transindividuais, sinalizada anteriormente.

A discussão é mais simples com relação aos direitos coletivos *stricto sensu* e aos individuais homogêneos. Tendo em conta a classificação dos direitos massificados, seria tarefa mais simples à Defensoria Pública identificar, dentro dos direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, que são aqueles pertencentes a titulares indeterminados, porém perfeitamente determináveis, a existência de, pelo menos, um necessitado, hipossuficiente ou grupo vulnerável a ser beneficiado com o provimento jurisdicional que se pleiteia.

Por outro lado, em se tratando de direitos difusos, a problemática não é resolvida tão facilmente. Caracteristicamente, os direitos difusos são os direitos coletivos pertencentes a titulares indeterminados e indetermináveis, ou seja, são aqueles direitos que não permitem, notadamente por sua natureza, a identificação e individualização de seus titulares.

Diante disso, o pragmatismo tem inadmitido a legitimidade da Defensoria Pública para promover a ação civil pública ou outra ação coletiva quando o direito ou interesse a ser

protegido é de natureza difusa, já que a identificação do necessitado – incluído na coletividade –, beneficiário da decisão judicial a ser proferida na ação, seria impossível.

Entretanto, segundo os ensinamentos de Canotilho²⁶³, enquanto garantia fundamental, que se submete ao regime específico dos direitos e garantias fundamentais, as restrições à ação civil pública somente poderão ser previstas no texto original da Constituição.

Certo é que a Constituição de 1988 não tratou da ação civil pública de modo específico. Mencionou-a, apenas, no art. 129, inciso III, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, sem, contudo, estabelecer qualquer restrição à legitimidade para o seu exercício.

A Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07, por sua vez, também não condicionou a atuação da Defensoria Pública somente para os casos em que haja interesse exclusivo de pessoas necessitadas, hipossuficientes ou vulneráveis a formarem o grupo que demanda proteção.

Vale ressaltar que o tratamento jurídico dispensado à Defensoria Pública, pela Lei nº 7.347/85, é o mesmo previsto ao Ministério Público, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, isto é, independentemente de quaisquer requisitos.²⁶⁴

“Portanto, tanto a Lei 7.347/85 quanto a LC 80/94 sufragam a legitimidade da Defensoria Pública de forma ilimitada na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio do manejo da ação civil pública”.²⁶⁵

No mesmo sentido, a Lei Complementar Federal nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/09, cumprindo ditames constitucionais (art. 134, §1º, da CF/88), estabeleceu que à Defensoria Pública incumbe a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, sem restringir as espécies desses últimos suscetíveis à sua atuação.

Corroborando a Lei nº 7.347/85 - LACP, com a alteração do texto do art. 134 pela Emenda Constitucional nº 80/14, a Constituição Federal de 1988 passou a dispor, também de forma expressa, sobre a legitimidade ativa coletiva da Defensoria Pública, enquadrando, inclusive, a defesa dos direitos coletivos como função institucional.

Convém reiterar, que a Defensoria Pública, atualmente, é a responsável por garantir os direitos da maioria da população brasileira, sendo que, por óbvio, num grupo

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 411.

²⁶⁴ ARRUDA DA SILVA, José Adaumir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 220.

²⁶⁵ Idem, p. 226.

indeterminado de pessoas que tiverem seu direito lesado ou ameaçado haverá pelo menos um “necessitado”, que justifique sua atuação.²⁶⁶

Como se não bastasse, considerando que os direitos difusos assim os são exatamente por pertencerem a pessoas indeterminadas e indetermináveis, o que sugere o interesse de toda a sociedade ou de grande parte dela, a vulnerabilidade do grupo que se busca proteger é *presumida*. Nesse caso, a pertinência temática também será *presumida*, haja vista que é conferida pela própria lei, exatamente diante do caráter de indeterminação dos titulares dos direitos ameaçados ou lesados.

Por tais razões é que se afirma que, para que a norma se compatibilize com a nova hermenêutica constitucional, bem como para que ela ganhe o contorno pretendido pelo legislador, qual seja o de ampliar o acesso à justiça, e não restringi-lo, é que não se pode admitir qualquer vedação à atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos massificados, independente de sua natureza.

Tal raciocínio está explícito nos objetivos e finalidades do processo coletivo, uma vez que a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação civil pública teve por escopo, essencialmente, a promoção e efetivação do acesso à justiça e da igualdade entre todos os cidadãos.

De fato, interpretação restritiva, no sentido de limitar a atuação coletiva da Defensoria Pública à defesa de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, é criar limitação que não existe e que não condiz com a nova hermenêutica constitucional, de máxima proteção e efetividade dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que as três espécies de direitos coletivos não só podem como devem ser objeto da atuação coletiva da Defensoria Pública.

Não se pode ignorar o fato de que tal atuação não implica apenas a promoção da acessibilidade ao sistema estatal, mas, fundamentalmente, o direito a uma solução justa,

²⁶⁶ Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Constantino Augusto Guerreiro, exarado na decisão que indeferiu Agravo de Instrumento no processo nº 2010.3.011082-3, afeto a processo principal ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Pará, pleiteando a efetivação da política pública dos Agentes Comunitários de Saúde, com fundamento em concurso público vigente e recurso federal disponibilizado pelo Ministério da Saúde para cobrir despesas com a implantação de referida política: “A alegada ilegitimidade da Defensoria Pública não pode prevalecer, vez que não está limitada ‘à atuação judicial é que tem por dever assegurar a efetividade de todas as garantias constitucionais, legitimada está a Defensoria Pública, em igualdade de condições, concorrer com os demais legitimados ao patrocínio da Ação Civil Pública na defesa dos direitos transindividuais, ainda que das pessoas não necessitadas, já que dentro de todo o universo não identificado de pessoas lesadas, estarão ali os necessitados’ (*A Defensoria Pública e a legitimidade para a ação civil pública*. Disponível em: <http://www.uf.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina+3757>. Acesso em 30/6/2010). (ARRUDA DA SILVA, José Adaumir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012, p. 222).

individual e socialmente, respeitando-se, de modo efetivo, as garantias basilares do devido processo legal e da ampla defesa, que compõem o núcleo do direito fundamental de acesso à justiça.

É de se considerar, também, que, diante do grande número de pessoas que compõem o quadro pobre e marginalizado da população brasileira, a atuação da Defensoria Pública na tutela de direitos coletivos em sentido amplo se faz mais do que necessária e justificada, na medida em que visa, acima de tudo, ampliar e garantir o acesso à justiça para toda a população carente, organizacional ou economicamente, em prol, sempre, do objetivo maior do Estado Democrático de Direito, que é garantir a todos o direito à vida e o seu exercício com dignidade.

Para finalizar, entendendo a relevância da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos massificados, bem como o importante papel constitucional da Instituição, destacam-se as brilhantes palavras de Ada Pellegrini Grinover, lançadas no bojo do parecer elaborado a pedido da Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), para servir de subsídio ao julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3943, promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, transcritas por Kazuo Watanabe:

A Constituição Federal não prevê exclusividade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública. [...].

E a lei – exatamente a Lei nº 7.347/85 – legitimou à ação civil pública a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações (art. 5º, caput), e agora, pela Lei nº 11.448/2007, a Defensoria Pública. A essa lista ainda adiciona-se a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil, a teor da Lei nº 8.906/94 (art. 54, inc. XIV).

A nova norma legal permite, simplesmente, que a Defensoria Pública venha somar esforços na conquistas dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade, podendo inclusive agir em litisconsórcio com o Ministério Público.

Por outro lado, a ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela. [...].

Acesso à justiça: este é o fundamento de uma legitimação ampla, articulada, composta para as ações em defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. [...].²⁶⁷

O entendimento acima exarado se sustenta no fato de que o exercício das ações coletivas se revela direito fundamental, na medida em que integra o conceito de acesso à justiça. E, tratando-se de direito fundamental, está regido pelo princípio da máxima efetividade, razão pela qual deve ser privilegiada a forma de exercício que tenha melhor chance de garantir a efetividade do direito postulado e a proteção pretendida.

Diante do exposto, pode-se asseverar que o grande problema atinente à atuação coletiva da Defensoria Pública não está, simplesmente, na exigência de comprovação da pertinência temática, mas sim, em sua utilização com a finalidade de excluir aqueles que já são, por natureza, excluídos.

A pertinência temática deve ser vista como forma de garantir que o direito seja defendido da melhor maneira, para se alcançar o melhor resultado, propiciando-se a máxima eficácia dos direitos fundamentais, notadamente do acesso à justiça e da igualdade.

Outrossim, sobressai, neste contexto, o tema da autonomia e independência da Defensoria Pública, que restaram reconhecidas na Constituição. A partir da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação civil pública, os princípios da independência e autonomia (especialmente funcional) ganharam grande relevo e importância prática, mormente em razão da natureza dos direitos a serem tutelados.

A independência funcional como princípio institucional da Defensoria Pública tem um significado diferente da independência funcional como garantia do membro da Defensoria Pública.

De todo modo, a independência funcional, vista apenas sob a ótica da Lei Complementar 80/94, confere à Defensoria Pública um alto grau de autonomia, pois várias regras prescritas por este diploma regulam o autogoverno da Instituição, libertando-a de ingerências externas.

Além disso, pontua Felipe Caldas Menezes outro aspecto da independência funcional, quando diz que ‘tal princípio institucional elimina qualquer possibilidade de hierarquia diante dos demais agentes políticos do Estado, incluindo os magistrados, promotores de justiça, parlamentares, secretários de estado e delegados de polícia’.²⁶⁸

²⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 90-91.

²⁶⁸ VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, pág. 100.

A autonomia é verificada “toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante critérios de sua própria escolha”²⁶⁹.

Cabe, pois, à Defensoria Pública se auto-organizar, determinar suas estruturas administrativas e funções institucionais, sem ingerências de qualquer outro agente político do Estado, incluído aqui o Poder Judiciário.

Diante disso, pode-se afirmar, seguramente, que cabe à Defensoria Pública, e somente a ela, dentro de sua missão constitucional e de suas finalidades institucionais, à luz dos princípios da autonomia e independência, e diante do método hermenêutico de interpretação conforme a Constituição, avaliar o “estado de necessidade” ou a hipossuficiência de recursos daqueles que acionam a Defensoria Pública na busca por sua atuação. Em outras palavras, compete à Defensoria identificar na coletividade os destinatários de sua assistência, fazendo-o mediante o devido processo administrativo.

A Constituição dispôs que os necessitados e os que comprovarem insuficiência de recursos devem ser assistidos pela Defensoria. Entretanto, a Constituição não enumerou, de forma expressa e taxativa quem seriam eles, e nem mesmo a forma como essa necessidade ou insuficiência seria aferida, deixando à própria Defensoria, segundo seus critérios, avaliá-los.

Nesta senda, a título de exemplo, cite-se a Lei Complementar Mineira nº 65/2003, que estabelece no parágrafo 2º do art. 4º que “à Defensoria Pública é conferido o direito de apurar o estado de carência de seus assistidos”.

No estado de Minas Gerais, a “carência” dos assistidos da Defensoria Pública, no aspecto individual, é auferida sob dois enfoques: econômico e técnico. Na esfera cível, serão beneficiários da atuação da Defensoria Pública aqueles que possuem renda mensal individual de até 03 (três) salários mínimos, ou renda mensal do núcleo familiar de até 05 (cinco) salários mínimos²⁷⁰ (critério econômico). Outrossim, haverá necessidade de observância de um critério técnico, no que se refere à atuação da Defensoria Pública no exercício da curadoria especial²⁷¹, nas hipóteses previstas no art. 9º, inciso II, do CPC, e outras. Na esfera criminal, por sua vez, além do critério econômico, sendo, aqui, aplicável a mesma renda mensal acima referida, adota-se, da mesma forma, o critério técnico: a

²⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 140.

²⁷⁰ Resolução Conjunta nº 01/2012, da Defensoria Pública-Geral e da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública, ambas do Estado de Minas Gerais.

²⁷¹ Art. 5º, inciso VIII, da Lei Complementar Estadual nº 65/03, e Instrução nº 03/09 da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Defensoria Pública também atuará em favor de réu não hipossuficiente econômico que não apresentar defesa criminal²⁷².

No aspecto coletivo, a verificação das hipóteses que legitimam a atuação da Defensoria Pública não é tão simples, ultrapassando a mera análise econômica ou técnica (criminal). A viabilidade da atuação coletiva da Defensoria Pública, através da aferição de necessidade, hipossuficiência ou vulnerabilidade se dá mediante minucioso PADI – procedimento administrativo interno.

O PADI, procedimento análogo ao Inquérito Civil Público, é instaurado quando a Defensoria Pública recebe comunicação acerca da ameaça ou violação a direitos coletivos que demande sua atuação. Provocada, a Defensoria inicia o procedimento administrativo interno para apuração da situação de vulnerabilidade presente no caso concreto, durante o qual poderá requisitar informações, tomar declarações e compromisso de ajustamento de conduta dos envolvidos e interessados, solicitar audiências públicas, dentre outras medidas que se fizerem necessárias à adequada elucidação dos fatos²⁷³. Ressalte-se, porém, que tal procedimento, não obstante já ser utilizado pela Defensoria Pública, ainda pende de normatização junto ao Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Conclui-se, portanto, que a atuação coletiva da Defensoria Pública acontecerá sempre que a vulnerabilidade for latente, indubitável, inquestionável, ou, ainda, quando verificada por meio de procedimento próprio, em análise institucional de hipótese de atuação.

A norma orgânica da Defensoria Pública mineira assegurou à Instituição o direito expresso de apurar o estado de carência de seus assistidos [...]. Daí decorre que nenhum órgão público pode exercer qualquer influência ou ingerência externa em relação a esse direito legal exclusivo da Defensoria.²⁷⁴

Não se admite, portanto, que nenhum outro órgão determine que a Defensoria Pública deve atuar ou está impedida de fazê-lo, em qualquer que seja o caso, sob pena de ilegalidade em face da autonomia e da independência funcional²⁷⁵. Tal decisão compete à Defensoria, e somente a ela, que é a única responsável por avaliar se determinada pessoa ou determinado grupo de pessoas faz jus à sua atuação.

Segundo entende Gustavo Corgosinho, o melhor critério a ser adotado pelo Defensor Público para a constatação da *necessidade* no caso concreto é a análise do *estado de*

²⁷² Orientação Funcional nº 38 da Corregedoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

²⁷³ Funções institucionais da Defensoria Pública, previstas no art. 4º da Lei Complementar Federal nº 80/94 e no art. 5º da Lei Complementar Estadual de Minas Gerais.

²⁷⁴ CORGOZINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dicum Editora, 2009, p. 78.

²⁷⁵ Idem, p. 78.

vulnerabilidade da pessoa ou grupo²⁷⁶. Verificada a existência de pessoa ou grupo vulnerável, constatada estará a situação de necessidade, o que é suficiente para que a Defensoria Pública atue na defesa de um “assistido”, que demanda e legitima sua atuação.

Em se tratando de atuação individual, a verificação do estado de necessidade se demonstra associada à ideia de carência financeira. Em se tratando de atuação na defesa de direitos coletivos, todavia, a simples existência de situação de vulnerabilidade, financeira ou não, é suficiente para garantir a legitimidade da atuação da Instituição, certamente já apurada em procedimento administrativo interno próprio.

Nos termos expostos, mesmo que se admita possível a exigência de comprovação da pertinência temática, cabe à Defensoria Pública a verificação das hipóteses de sua atuação, razão pela qual o simples ajuizamento da ação pela Instituição ou a mera afirmação por ela no sentido da existência da necessidade, acompanhada da qualificação dos titulares do direito violado como seus assistidos, bastam à sua legitimação. Não é demais repetir que, a exemplo do que estabelece a lei orgânica mineira e respectiva regulamentação por órgãos internos, cabe às Defensorias Públicas, em razão de sua autonomia, a apuração do estado de hipossuficiência ou vulnerabilidade de seus assistidos, e não ao Poder Judiciário. Assim, a comprovação da pertinência temática pela Defensoria Pública, quando de sua atuação coletiva, não se submete a critérios nem do magistrado nem de qualquer outro ente, especialmente diante da autonomia e da independência da Instituição e do sistema *ope legis* de verificação da legitimidade ativa coletiva, adotado no Brasil.

²⁷⁶ CORGOZINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 78.

10. CONCLUSÃO

O Direito é um fenômeno social por excelência, haja vista que sua origem e seus preceitos se sustentam nas relações sociais e nos conflitos delas decorrentes. A jurisdição tem em si a missão de “dar a cada um o que é seu”, dizendo o direito no caso concreto, sopesando interesses pessoais e estatais na “balança da justiça”, na busca da solução equilibrada para o litígio.

A Constituição “contratualiza” a relação entre os cidadãos e entre estes e o Estado, criando normas, absorvendo princípios e estabelecendo programas a serem seguidos, como forma de garantir uma sociedade organizada.

Não foi por acaso que o Texto Constitucional alçou os direitos mais sublimes à categoria de fundamentais. Estado de Direito e “povo” coexistem justamente em prol da democracia e como justificativa à dignidade humana, fundamento constitucional da República.

O Constituinte de 1988, percebendo a realidade que se descortinava naquela oportunidade, e buscando a isenção necessária para equacionar com justiça os interesses do povo, sabiamente, institucionalizou o Estado, dedicando a defesa de todos os cidadãos que necessitassem de assistência jurídica à Defensoria Pública, criada com tal finalidade.

Como é o contexto social que determina o momento e a importância de cada mudança, aquela Defensoria Pública, criada em 1988, teve que ser revista em 2004, notadamente porque, em sua timidez, não mais acompanhava o contínuo e inafastável reconhecimento dos direitos fundamentais e a necessidade crescente de acesso à justiça.

A Defensoria Pública, inicialmente cunhada para a proteção dos necessitados, ou seja, daqueles que comprovassem a insuficiência de recursos, caminhou no sentido de ampliar suas funções para admitir a hipossuficiência em suas multifacetadas formas, já que a sociedade clamava por quem a protegesse não só da carência financeira, mas de todas as mazelas, inclusive organizacionais e jurídicas.

O ano de 2004 marcou o Poder Judiciário, com a reforma ampla de seus fundamentos, e também a Defensoria Pública, que ganhou contornos de Instituição de Estado, autônoma e independente.

Paralelamente, a complexidade das relações sociais determinou ainda, em 1997, a criação de um regramento próprio à Ação Civil Pública, na medida em que tais relações se deslocaram do campo da individualidade e alcançaram a coletividade. As consequências de

eventos ou ações danosas passaram a atingir um número indeterminado de pessoas, o que resultou na criação de mecanismos jurídicos novos e capazes de responder à demanda por justiça coletiva.

Dez anos depois da Lei de Ação Civil Pública, atenta ao sempre presente anseio por acesso à justiça, a sensibilidade do legislador conduziu à reelaboração do sistema coletivo, no sentido de incrementá-lo, tendo sido a Defensoria Pública incluída no rol de legitimados à defesa dos direitos transindividuais.

Direito reclamado, mecanismo criado, instituição incluída, problema instaurado! A legitimidade da Defensoria Pública se viu contestada, desde então, das mais variadas formas, instalando-se uma nova onda de discussões no campo da representação adequada e da pertinência temática no processo coletivo. Entretanto, tais debates, respaldados pelo processo enquanto garantia fundamental e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, andaram no sentido da transformação da própria Defensoria Pública.

Já acostumada com a defesa de necessidades e hipossuficiências, a Lei Complementar nº. 80/94 sofreu profunda reformulação, passando a incluir dentre as funções institucionais da Defensoria Pública a defesa, também, das vulnerabilidades e de qualquer grupo que mereça, individual ou coletivamente, a especial proteção do Estado.

A narrativa sugere que a evolução da sociedade e o desenvolvimento do sistema jurídico de proteção caminharam de mãos dadas com a ampliação do acesso à justiça. Porém, situações que pareciam solidificadas começaram a despertar atenções sobre o caminho que seria trilhado pela Defensoria Pública.

A adoção do sistema *ope legis*, paradoxalmente, propiciou a construção de barreiras conceituais relativas à representação adequada e à pertinência temática no processo coletivo, barreiras estas que, aos poucos, cederam lugar às polêmicas institucionais e ideológicas em face da Defensoria Pública.

Como se viu neste trabalho, a incompreensão não habita, propriamente, os institutos do processo coletivo, relacionando-se, noutro sentido, às funções institucionais da Defensoria Pública e à delimitação do destinatário da assistência integral e gratuita por ela prestada.

Conforme restou demonstrado, para fins de definição da atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva, prevalece na comunidade jurídica um conceito de “necessitado” (que seria o destinatário primeiro da atuação da Defensoria) atrelado ao sentido econômico. Não obstante, tal conceito já foi sobejamente ampliado, deixando de abarcar apenas os carentes de recursos financeiros para abranger todos os hipossuficientes (econômicos, organizacionais, etc.), e vulneráveis (todos os que mereçam especial proteção do Estado),

sendo certo que a atuação da Defensoria em defesa dos direitos a eles pertencentes é, por força do Texto Constitucional e da Lei Orgânica Nacional da Instituição, função institucional.

Assim, é inegável que, se a pertinência temática (específica) é a atuação de determinado ente legitimado ativo coletivo em conformidade com suas finalidades e funções institucionais, a Defensoria Pública, ao atuar na defesa de direitos pertencentes a necessitados, hipossuficientes e vulneráveis, está agindo dentro dos exatos limites de suas funções institucionais, obedecendo à sua pertinência temática.

A celeuma chegou ao Supremo Tribunal Federal através de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3943), não tendo, ainda, a excelsa Corte se manifestado quanto ao seu mérito. Em que pese essa aparente ausência de manifestação, as relações jurídicas foram sendo estabilizadas pelas modificações legislativas. Não foi por acaso que o Constituinte admitiu que as circunstâncias clamavam por uma reforma do próprio texto da Carta Magna, tendo surgido, assim, a Emenda Constitucional nº. 80, de 4 de junho de 2014.

A Emenda mencionada superou o texto de 2004, já que lançou a Defensoria Pública em novo horizonte e reconheceu não só que a Instituição possui atribuição para a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, mas também que tal atribuição é fundamental, e não única. A modificação na Constituição ainda elevou a Defensoria à condição de expressão e instrumento do regime democrático, responsável pela promoção dos direitos humanos. Nasceu, assim, uma nova Defensoria Pública, que deixa o *status* de mera Instituição de Estado e alça, definitivamente, o patamar de Instituição com legitimação social, instrumento de democracia.

Esse contexto, aliado à implícita, porém indiscutível, recepção da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – que, por delegação constitucional, está autorizada a estabelecer as demais funções institucionais da entidade, além da simples defesa dos necessitados – autoriza a conclusão de que a atuação da Defensoria na tutela coletiva garante a máxima efetividade do direito de acesso à justiça, concretizando, em última análise, a dignidade humana. Desta forma, a exigência de qualquer pertinência temática na atuação coletiva da Defensoria Pública seria conflitante com a própria democracia, constituindo prática manifestamente inconstitucional, que afronta não apenas a Constituição, mas o próprio Estado Democrático de Direito.

Não obstante tal conclusão, é possível ponderar, secundariamente, que, mesmo que se admita a necessidade de comprovação da pertinência temática para a legitimação da Defensoria no processo coletivo, a análise dessa pertinência não se resume à verificação de atuação em favor de necessitado, no sentido econômico do termo, dada a profundidade do

estudo, a complexidade da matéria e os seus inúmeros desdobramentos. A identificação, na coletividade, de um vulnerável – aqui compreendido todo aquele que tiver seu direito lesado – ou de um hipossuficiente jurídico, social, cultural ou organizacional (e não apenas econômico) é suficiente para que a Defensoria Pública esteja autorizada a ajuizar ação coletiva.

Tolerando-se a exigência de comprovação da pertinência temática pela Defensoria Pública na seara coletiva, há que se esclarecer, ainda, que tal exigência não deve ser utilizada como forma de afastar a Instituição da defesa dos direitos coletivos, como muitas vezes têm levantado. A exigência de comprovação da pertinência temática deve ser vista como forma de garantir que o direito seja defendido da melhor maneira, para se alcançar o melhor resultado, propiciando-se também a máxima eficácia do acesso à justiça, da igualdade e dos demais direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, considerando que o exercício das ações coletivas interfere, decisivamente, na ampliação do acesso à justiça, que é direito fundamental essencial à concretização dos demais direitos, é mister que se lute pela transposição dos limites desarrazoados impostos à atuação dos entes legitimados. No que se refere à Defensoria Pública, que é núcleo dessa pesquisa, cabe ressaltar, especificamente em relação à pertinência temática, que foram conferidas à Instituição, constitucionalmente, autonomia e independência para dispor sobre suas funções institucionais, cabendo exclusivamente a ela a identificação, no universo social, daqueles que necessitam da sua atuação, seja ela individual ou coletiva, bem como das demandas que exigem a especial proteção do Estado, nos termos da Lei Orgânica Nacional da Defensoria, não sendo permitidas ingerências nessa autonomia e independência por qualquer outro ente, órgão ou poder.

É preciso reconhecer, em prol de um ideal chamado cidadania, que a Defensoria Pública é a Instituição que melhor representa o anseio constitucional de transformação, com justiça, da realidade social. Ela garante, por meio do processo – garantia fundamental para concretização do acesso à justiça –, que todos os necessitados, hipossuficientes e vulneráveis participem em simétrica paridade da construção do provimento final, na defesa de seus direitos, individuais ou coletivos.

A segregação da Defensoria Pública, no que tange à defesa de direitos coletivos, não condiz com o anseio e com a realidade constitucional atual, sendo forçoso reconhecer que, diante da importância dos direitos fundamentais, é preciso somar esforços nas conquistas dos direitos e interesses coletivos. É inadmissível o apego a discussões puramente ideológicas e

com frágil fundamento jurídico, porque, cada vez mais, o cidadão clama pelo fortalecimento da Defensoria Pública, como forma de dar voz e vez aos excluídos.

Notadamente em face da alteração trazida pela EC nº. 80/2014, a Defensoria Pública é o caminho para que alcancemos uma democracia real, uma sociedade mais justa e igualitária e um Estado mais humano. A modificação do art. 134 da Constituição incorporou valiosos elementos estruturais e conceituais à definição da missão constitucional da Defensoria Pública, vocacionada à promoção dos direitos humanos, atrelada ao modelo de Estado Democrático de Direito. Porquanto, além de ter assumido o desafio de implementação da democracia, a EC nº. 80/2014 deve ser festejada por sua profundidade e pelas novas perspectivas trazidas para um futuro que ainda se estrutura: uma Defensoria Pública que seja, efetivamente, o porto seguro da igualdade e da cidadania para todos.

Pelas razões expostas é que se apresenta, ao final deste estudo, a seguinte conclusão: é descabida a exigência de comprovação de pertinência temática para a legitimação da atuação coletiva da Defensoria Pública. A Defensoria é instrumento do regime democrático e responsável pela defesa de todos aqueles que tenham lesados ou ameaçados seus direitos e que necessitam de especial proteção do Estado. Deve a Defensoria Pública, portanto, ser considerada como legitimada universal à propositura das ações coletivas.

De qualquer modo, levando em consideração toda a polêmica que envolve o tema, parece adequado oferecer uma segunda conclusão: admitida a exigência de comprovação da pertinência temática pela Defensoria Pública, para fins de legitimação de sua atuação coletiva, em respeito e obediência à autonomia e independência conferidas constitucionalmente à Instituição, cabe a ela a verificação de seus assistidos e das hipóteses de sua atuação, sendo suficiente para a comprovação da pertinência o simples ajuizamento da ação coletiva pela Defensoria ou a simples afirmação da existência de função institucional a ser cumprida, amparada em processo administrativo prévio, que ateste a aferição dessa condição.

Para solucionar a problemática desenvolvida neste trabalho, a melhor oportunidade será o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 3943, momento em que o órgão judicial responsável pela guarda da Constituição poderá reconhecer a constitucionalidade da Lei Complementar nº. 80/94 e a sua recepção pela alteração introduzida à Carta Magna pela Emenda Constitucional nº. 80/2014, extirpando todas as discussões a respeito do tema aqui apresentadas.

De fato, a Constituição da República, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública e a Lei de Ação Civil Pública já andam de mãos dadas no sentido da máxima efetividade do acesso à justiça. O que falta, agora, é a modificação do entendimento e do discurso da

comunidade jurídica, no sentido de se conferir voz aos marginalizados e excluídos através do reconhecimento da legitimidade ativa universal da Defensoria Pública, em observância à sua verdadeira finalidade institucional, que é a defesa do mais sublime de todos os direitos: *o direito a ter direitos*²⁷⁷, sejam eles individuais ou coletivos.

²⁷⁷ CORGOZINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Dictum Editora, 2009, p. 60.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

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

ALMEIDA, Gregório Assagra de.; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção direitos fundamentais individuais e coletivos. Vol. 02. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARRUDA DA SILVA, José Adaumir.; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. 2. tiragem. rev. Manaus: Editoria Aufiero, 2012.

AUGUSTO, Ana Lúcia Creão. *Condições da ação na defesa de direitos difusos e coletivos*. In *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8700>. Acesso em 23 de junho de 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In *Revista de Processo*. Vol. 27, n.107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, nº 6, setembro de 2001. Salvador: Direito Público. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em 22 de junho de 2014.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO. Luís Roberto; BARCELLOS. Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Vol. 3, n. 2, jul./dez. de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 176.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAZILONE, Nilton Luiz de Freitas. *A Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. *A insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em 22 de junho de 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinela. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Revista de Processo, nº 82, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol.1. 17. ed. int. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito Constitucional*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASAS MAIA, Maurílio. *Custus Vulnerabilis Constitucional: o Estado Defensor entre o Resp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14*. In Revista Jurídica Consulex. Ano XVIII, nº 417, 1º de junho. Brasília: Editora Consulex, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

_____. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

COSTA, Susana Henriques da. *Comentários à Lei Ação Civil Pública – art. 5º. Comentários à Lei da Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latim, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. Vol. 1. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAZZALLARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 4. ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1986.

_____. *Istituzioni Di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1989.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado orientada pela professora Ada Pellegrini Grinover e apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública. O estado e a cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GIDI, Antônio. *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id1016416.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2014.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Assistência Judiciária e Acesso à Justiça*. In *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed. 1990.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Ações Coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. In *Revista Forense*. V. 98, nº. 361, maio/jun. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública*. In *Revista de processo* nº 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito Processual Coletivo*. Disponível em https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=ada+pellegrini+grinover+direito+processual+coletivo+princ%C3%ADpios. Acesso em 24 de junho de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Direito e Democracia entre facticidade e validade I e II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

KUBINSZKY, Luiz. *A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso - Library of Congress*. *Revista de Processo*. Vol. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *TGP - Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson Iob, 2005.

_____. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos*. Revista de Processo. nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos*. Revista de Processo 164: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

MARQUES, Alessandra Garcia. *A legitimidade ativa das associações civis e da Defensoria Pública na ação civil pública e o controle judicial da adequação da legitimação*. Ministério Público do Estado do Acre. Disponível em <<http://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Artigo-Alessandra-Marques.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Método, 2004.

_____. *Questões polêmicas sobre a ação civil pública*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Vol. 1, nº 1, abril, 2006.

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

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas – no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição*. Disponível em

<http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson.; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAULILO, Maria Angela Silveira.; JEOLÁS, Leila Solberger. apud MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. *O marco constitucional da vulnerabilidade social*. Revistas da UCPEL. Sociedade em Debates. Pelotas, jul-dez/2011, p. 29-40. Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&sqi=2&ved=0CGMQFjAL&url=http%3A%2F%2Frevistas.ucpel.tche.br%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fview%2F695%2F619&ei=RM2-U9HjD8mmsQT0m4CACg&usg=AFQjCNFL1EHhrX3OT5NLCUYNbzsko8tPwA&sig2=KWXfHbdAGkIvAAQWW4o7YQ&bvm=bv.70138588,d.cWc>>. Acesso em 02 de junho de 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais : uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 15. 1996.

ROCHA, Luciano Velasques. *Por uma conceituação de ação coletiva*. In Revista de Processo. Vol. 27, n. 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada nas ações coletivas*. In Grupo de pesquisa: Ações Coletivas. Professor: Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disponível em http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_coisa_julgada_nas_acoes_coletivas_250203.pdf. Acesso em 23 de junho de 2014.

SOUSA, José Augusto Garcia de. *A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos (Uma abordagem positiva)*. Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 13, nº 51. 2010. Disponível em http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_94.pdf. Acesso em 03 de julho de 2014.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A tutela dos interesses coletivos (difusos) no Direito brasileiro*. In Revista Forense. Vol. 88, n. 318. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Algumas observações sobre a Ação Civil Pública e outras ações coletivas*. Ano 90, vol. 788. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *As minorias sexuais e ações afirmativas*. In VIEIRA, Tereza Rodrigues. (Org.). *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012.

VIANA DE LIMA, Frederico Rodrigues. *Defensoria Pública*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In MILARÉ, Édís. (Coord). *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Acesso a justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; e WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos*. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.