

Edilson Santana Gonçalves Filho

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Teoria e Prática

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEFENSORIA PÚBLICA – TEORIA GERAL DA LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL

Antes da Lei 11.448 de 2007 o quadro não era favorável à legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. Parte da doutrina sustentava, todavia, que em alguns casos a Defensoria poderia promover ação coletiva na qualidade de representante judicial, como, por exemplo, no caso envolvendo associação constituída há pelo menos um ano que, sendo hipossuficiente, necessitasse de assistência jurídica para ajuizamento da ação.

Isso se justificava em razão de que a própria associação (parte no processo) seria legitimada para a causa, nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/85, dando, portanto, ensejo à representação por meio da atuação institucional.

Outra possibilidade era apontada em razão da previsão contida no artigo 82, III da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor, ainda que despersonalizados, para o patrocínio de direitos e interesses tratados pelo CDC. Nesse sentido, bastava que a respectiva Defensoria designasse, por ato interno, órgão para atuar na tutela de tais direitos, a exemplo dos Núcleos de Direito do Consumidor, existentes em diversas Defensorias¹.

1. Fredie Didier e Hermes Zaneti citam o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro como precursor destas ações (DIDIER JR, Fredie;

Demais disso, a própria previsão contida no, já revogado, artigo 4º, XI da Lei Complementar 80/1994, em conjugação com a norma do CDC, estaria a autorizar a atuação.²

Considerando a previsão contida nos artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei 7.347/85) e 90 do CDC (existência de um *microssistema de tutela coletiva*³, composto por diplomas se comunicam), essa legitimação poderia ser estendida para outros temas, além do consumerista.

Com o advento da *Lei nº 11.448/07* restou alterada a lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), incluindo-se a instituição no rol de legitimados para o exercício da ACP:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública.

Em 2009, com a alteração promovida pela *Lei Complementar nº 132*, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LONDP (*LC 80/1994*) passou a expressar, em seu texto, a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos *direitos individuais e coletivos* (artigo 1º), incluindo, dentre seus objetivos, a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a prevalência e efetividade dos direitos humanos (artigo 3º-A).

Demais disso, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, destacou-se a de “*promover ação civil pública e*

ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 221).

2. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.
Com a alteração promovida pela Lei Complementar 132, o dispositivo passou a constar no inciso VIII, do mesmo artigo: VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.
3. A existência de um microssistema de processo coletivo é que nos dá embasamento para dissertar acerca de uma teoria de fundamentos da legitimidade da Defensoria Pública para processos coletivos, tendo por base as regras aplicáveis à Ação Civil Pública.

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” e a de “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*”, consoante prevê expressamente os incisos VII e X do artigo 4º da LONDP.

Interessante notar que as previsões constantes na LC 80 vieram, portanto, posteriormente à alteração da Lei da Ação Civil Pública, com o advento da Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009, a qual alterou a LONDP.

Posteriormente, a legitimação para atuação coletiva restou constitucionalizada pela a Emenda Constitucional nº 80 de 2014, que abriu seção específica no texto constitucional (seção IV) para tratar da Defensoria Pública.

Referida Emenda, promulgada em 04/06/2014, alterou o artigo 134 do texto constitucional para nele dispor que “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, 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 da Constituição Federal”.

Trouxe, portanto, para a Constituição Federal o que já constava na Lei Complementar 80 de 1994. Não restam dúvidas, portanto, que *a Defensoria Pública detém legitimidade para promover as mais variadas espécies de ações coletivas*.

No ano seguinte (2015) o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade 3943. Referida ADI houvera sido ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em 2007, e contestava o artigo 4º, II da Lei da ACP, acima transcrito. Arguia, destarte, a constitucionalidade

da previsão que inseriu de forma expressa na lei a legitimidade da Defensoria Pública para o manejo de Ações Cíveis Públicas (e, por via de consequência, de outras espécies de ações coletivas).

A ação foi julgada improcedente, por unanimidade, confirmando-se a constitucionalidade da previsão legal, que, à época da decisão, já restara, inclusive, constitucionalizada pela nova redação do artigo 134 da Constituição Federal. Vejamos ementa do julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR ACÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS *STRITO SENSU* E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ACÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Não satisfeita, a CONAMP apresentou Embargos de Declaração em 12/08/2015, ainda pendentes de julgamento. Nada obstante, o Supremo já dá sinais da posição que será adotada, a exemplo do que se decidiu no Recurso Extraordinário 733.433, comentado nas linhas seguintes.

7.1 LEGITIMIDADE E A NATUREZA DOS DIREITOS: DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No mês de novembro de 2015 restou julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 733.433, oriundo de

situação na qual o município de Belo Horizonte, réu em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública de Minas Gerais, alegava que a Defensoria não detém legitimidade para o manejo de ações coletivas quando estas envolverem direitos difusos.

O debate não se restringia à ação mencionada. É que aqueles que insistem em resistir à legitimidade da Defensoria Pública passaram a alegar que – ainda que se reconheça a atribuição da instituição para o manejo de coletivas, sobretudo após o advento da previsão contida na lei da ACP – a suposta necessidade de verificar previamente a vinculação dos efeitos da causa aos necessitados resta inviabilizada em situações envolvendo direitos difusos, pois que nesses casos não se mostra possível individualizar o grupo beneficiado e, por conseguinte, identificar sua hipossuficiência⁴.

Em sede estadual o Tribunal de Justiça havia decidido, naquele caso, que a atuação da Defensoria Pública dispensaria a demonstração de hipossuficiência das pessoas tuteladas, tendo em vista a impossibilidade de individualizar os titulares dos direitos pleiteados.

O tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal através da ação suprarreferida, em sede de *repercussão geral*, por meio da qual se fixou tese nos seguintes termos:

A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

Isso quer dizer, destarte, que não importa a natureza do direito material almejado, se difuso, coletivo ou individual homogêneo. Em qualquer caso há legitimidade da Defensoria Pública⁵.

Sobre o assunto, escreveram Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves:

4. Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *A legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento da ação civil pública: delimitação de sua amplitude. Breves apontamentos*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: MPRJ, out./dez. 2010, n.38.

5. Confirmando a legitimidade, também, para direitos individuais homogêneos: STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016.

“Do ponto de vista prático a Defensoria Pública também revela aptidão para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente por sua expertise no trato de atendimentos individuais, fator este de extrema relevância, se analisado do ponto de vista da liquidação e execução do título executivo judicial constituído pela Ação Civil Pública.

O trato diário com as questões individuais e a divisão organizacional da Defensoria Pública permitem que a própria Instituição possa adotar a melhor estratégia para garantir a eficiência na execução individual, até porque, não se pode olvidar que o Ministério Público não dispõe de legitimidade para atuação individual.

O trabalho da Defensoria Pública é feito por completo, posto que tem a legitimação não só para a obtenção do título executivo na Ação Civil Pública, mas também a legitimidade para as execuções individuais (...)”⁶

Não é diferente a posição que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça. Conforme consta na ementa do AgRg no AREsp 67205 / RS⁷:

A jurisprudência desta Corte Superior é consolidada no sentido de que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ações coletivas na defesa de direitos *difusos, coletivos ou individuais homogêneos*⁸.

Conclui-se, portanto, que a legitimidade da Defensoria Pública é ampla, não ficando restrita aos interesses de natureza individual homogênea ou coletiva em sentido estrito. Cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse, seja individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso. Sua legitimidade não

6. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

7. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Primeira Turma. Julgamento em 01/04/2014.

8. Precedentes: REsp 1.275.620/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/03/2012; REsp 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turmas, DJe 13/04/2012; REsp 1.106.515/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2/2/2011; AgRg no REsp 1.000.421/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 01/06/2011.

se orienta por critério objetivo (características do objeto tutelado), mas por critério subjetivo, qual seja, a natureza dos sujeitos, concreta ou abstratamente defendidos, ou seja, dos necessitados⁹.

7.2 A DEFENSORIA PÚBLICA SOMENTE DETÉM LEGITIMIDADE QUANDO O RESULTADO DA DEMANDA Atingir PESSOAS NECESSITADAS? COMO FICA A LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA PARA NECESSITADOS E NÃO NECESSITADOS?

Diante do arcabouço normativo apresentado em linhas pretéritas, descarta-se, desde já, posição no sentido de que a Defensoria Pública apenas detém legitimidade para proposição de ações coletivas quando a demanda atingir, *unicamente*, grupo de pessoas hipossuficientes¹⁰.

No sentido aqui defendido, Fredie Didier e Hermes Zaneti afirmam não ser necessário “que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas”, podendo a decisão “beneficiar a todos, indistintamente, necessitados ou não”¹¹.

Nesse sentido, é claro o texto do artigo 4º, VII, da LC 80, quando aduz caber à instituição a promoção de ações coletivas

9. Em verdade, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, sobretudo aqueles associados aos direitos fundamentais, pois sua legitimidade *ad causam* não se guia, no essencial, pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo), perspectiva essa que fez com que precedente do STJ ampliasse essa legitimidade para o ancho campo da dignidade humana: “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 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011, grifei).” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

10. No mesmo sentido: “O juízo prévio acerca da coletividade de pessoas necessitadas deve ser feito de forma abstrata, em tese, bastando que possa haver, para a extensão subjetiva da legitimidade, o favorecimento de grupo de indivíduos pertencentes à classe dos hipossuficientes, mesmo que, de forma indireta e eventual, venha a alcançar outros economicamente mais favorecidos” (STJ, Terceira Turma, REsp 1449416/SC, DJe 29/03/2016).

11. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 4v. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 222 e 223.

quando resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes – revelando uma “cláusula legal de potencial benefício dos necessitados”¹²:

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

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos *quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes*;

Quisesse o legislador adotar postura diferente, teria se referido a benefício *exclusivo* de grupo de indivíduos hipossuficientes, o que não o fez.

De mais a mais, realizar interpretação no sentido de que, à luz do artigo 134 da CF/88, a Defensoria Pública somente poderá atuar no polo ativo de ação coletiva quando o resultado dessa atingir unicamente hipossuficientes, levaria a, também, absurda conclusão de que o Ministério Público, à luz do artigo 127 da CF/88, não poderia ajuizar ACP quando o objeto dessa envolvesse direitos individuais (homogêneos) disponíveis, ainda que também atingisse direitos indisponíveis.

Vale observar que lei 7.347/85, que compõe o *microsistema processual coletivo*, não faz distinção entre a Defensoria Pública e os demais colegitimados para a propositura de ação coletiva, de forma que se trata de previsão genérica e ampla.

A lei da ACP não faz qualquer condicionamento à legitimidade da Defensoria Pública, como o faz com as associações, as quais, nos termos do inciso V do artigo 5º da norma, devem estar constituídas a mais de um ano e *incluir a respectiva matéria dentre suas finalidades*.

Assim, a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e antes da administração pública, é colocada pela lei 7.347/85 como *legitimada geral* concorrente disjuntiva.

12. CASAS MAIA, Maurílio. *Custos Vulnerabilis* Constitucional: O Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14. Revista Jurídica Consulex, Vol. 417, 1 jun. 2014, p. 57.

Em sentido diametralmente oposto manifestou-se o ministro Dias Toffoli em voto proferido no Recurso Extraordinário 733.433, entendendo que, nas ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública as execuções individuais apenas poderão ser feitas por quem é necessitado, mesmo nos casos em que haja possíveis beneficiados não necessitados¹⁸.

Pensar dessa forma, todavia, equivale a forçar o ajuizamento de idêntica ação, em duplicidade (uma para os necessitados; outra para os não hipossuficientes), gerando o risco de decisões contraditórias e contrapondo-se claramente ao princípio da economia processual, motivo pelo qual discorda-se do raciocínio apresentado pelo Ministro.

7.3 MODELO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA ___ VARA FEDERAL,
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS.**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com a atribuição, constitucional, de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, bem como de tutelar a coletividade, vem, através do Defensor Público Federal signatário, respeitosamente, com fulcro na Lei. 7.347/85 e na Lei Complementar 80/1994, propor a presente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em face da **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público interno, a ser citada na pessoa de seu representante judicial, com sede jurídica na Av. _____; e do **INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA**, autarquia federal, a ser citada na

18. Ainda nesse sentido: STJ. Terceira Turma. REsp 1449416/SC. DJe 29/03/2016. A questão deverá ser enfrentada em termos definitivos pelo STF no julgamento dos embargos de declaração na ADI 3943.

pessoa do seu Superintendente Regional, com endereço profissional na Av. _____.

I. DA LEGITIMIDADE ATIVA

O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é exercido pela Defensoria Pública, considerada como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, 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” (artigo 134 da Constituição Federal).

Não custa lembrar que a *Lei nº 11.448/07* já houvera incluído a instituição no rol de legitimados para o exercício da ação civil pública (*Art. 5º, II*).

Com o advento da *Lei Complementar nº 132*, de 7 de outubro de 2009, que alterou a *Lei Complementar nº 80/1994*, a Defensoria Pública teve assegurada expressamente a legitimidade para a tutela coletiva mediante todas as espécies de ações coletivas.

Tal legitimação restou constitucionalizada com a *EC nº 80* de 2014, que abriu seção específica no texto constitucional (seção IV).

A tutela coletiva, de tão importante que é para a Defensoria Pública, assume no seu regramento jurídico diversas acepções, sendo, a um só tempo, uma incumbência da instituição – art. 1º, *caput*; uma função institucional – art. 4º, VII, VIII, X e XI; e, também, uma característica da sua estrutura organizacional – art. 15-A, *caput*; todos da *Lei Complementar n. 80/94*.

Mesmo diante de todo arcabouço normativo, a legitimidade da Defensoria para atuar em demandas coletivas restou questionada por meio da *ADI 5296*, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Referida *ADI* foi julgada improcedente, por unanimidade, em 07.05.2015. A decisão do Supremo Tribunal Federal (vinculante, pois que foi tomada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade),