



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VITOR ANTONIO PONDÉ LUZ PITHON NASCIMENTO**

**DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA COMO  
DIREITO FUNDAMENTAL: Uma análise da legitimidade ativa e  
do novo papel da Instituição na defesa dos direitos difusos e  
coletivos e a Ação Civil Pública sob o prisma da Ação Direta de  
Inconstitucionalidade nº 3.943/DF**

Salvador  
2021

**VITOR ANTÔNIO PONDÉ LUZ PITHON NASCIMENTO**

**DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA COMO  
DIREITO FUNDAMENTAL: Uma análise da legitimidade ativa e  
do novo papel da Instituição na defesa dos direitos difusos e  
coletivos e a Ação Civil Pública sob o prisma da Ação Direta de  
Inconstitucionalidade nº 3.943/DF**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador  
2021

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**VITOR ANTÔNIO PONDÉ LUZ PITHON NASCIMENTO**

**DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: Uma análise da legitimidade ativa e do novo papel da Instituição na defesa dos direitos difusos e coletivos e a Ação Civil Pública sob o prisma da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2021.

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, por me apoiarem neste momento tão importante da minha vida, onde finalizo um ciclo e começo outro. A eles devo a mais genuína gratidão, não somente por me proporcionarem tamanha realização, mas também pela dedicação em me educar. Sabemos mais que ninguém os obstáculos que tive que passar para chegar até aqui, os inúmeros erros que cometi e, em contraponto a isso, os grandes aprendizados que levarei para a vida. Sinto-me, hoje, preparado para encarar o mundo graças a vocês. Obrigado por me mostrarem, da forma mais pura, o que é o amor, o carinho, o altruísmo, a dedicação, o empenho, o esforço, o perdão e o acolhimento.

Com a devida vênia, gostaria de parafrasear o Gen. David Petraus que, de forma singela, mas emblemática, resume o que vocês me ensinaram: “Os pais não são uma âncora para nos segurar, tampouco uma vela para nos levar onde queremos, mas sim um farol para nos mostrar o caminho”.

À minha querida irmã, por estar sempre do meu lado e por me ensinar que a vida é mais que nossos universos particulares. Obrigado também por exercitar em mim a paciência e tolerância, até porque, convenhamos, não foi fácil aguentar anos e anos de pirraça e mordidas! Por fim, obrigado por me possibilitar, quando criança ainda, experimentar o que é ser altruísta e caridoso, e a importância de nos despir de nossas crenças fugazes e egocêntricas para ajudar os que estão necessitados – lembra que eu tinha aquele boneco de um desenho bem famoso à época e que você o deu a primeira pessoa que bateu na nossa porta querendo um pedaço de pão com uma criança no colo? Pois bem, hoje consigo perceber a importância de ter chegado da praia e descobrir que aquele boneco já tinha sido entregue ao filho desta senhora. Precisamos, como privilegiados que somos, oferecer parte de nós aos outros que não tiveram as mesmas oportunidades!

E por fim, mas não menos importante, gostaria de agradecer a todos as pessoas com quem tive o prazer de trabalhar nestes 09 (nove) anos de curso, que doaram parte do seu tempo para me ensinar o que é ser um operador do direito e me mostraram a diferença e simbiose entre teoria e prática.

Não poderia assim, deixar de citar todos eles, a começar pela minha querida mãe (Promotora de Justiça do Estado da Bahia), com quem tive o primeiro contato com o direito, quando ela ainda atuava na Vara da Infância e Juventude, me mostrando todo o lado (des)humano da

sociedade e de suas vítimas, pondo uma pá de realidade na minha idealização do Direito como prática. Agradeço, hoje, pela confiança que deposita em mim, em meu conhecimento e minha competência para ajudá-la na elaboração de denúncias e memoriais (dentre tantos outros).

Em seguida, ao meu pai (Defensor Público de Segundo Grau do Estado da Bahia), com quem tive o prazer de fazer minha primeira visita à Penitenciária Lemos de Brito e, até pouco tempo atrás, me deu a felicidade de poder estagiar ao seu lado, após êxito em concurso público, na Instância Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Obrigado por todos os ensinamentos e pelo senso maior de responsabilidade e ética profissional – e tivemos expressivos êxitos nas nossas peças não?! Isso me deixa com a sensação de dever cumprido! Saiba que você é minha grande referência de profissional e operador do Direito.

Gostaria de agradecer também a Kristiany Travessa (Promotora de Justiça do Estado da Bahia), com quem tive a primeira experiência formal, através do estágio voluntário. Muito obrigado pelo acolhimento, pela paciência e por todos os ensinamentos. Com toda a certeza, se sei fazer hoje uma denúncia ou memoriais de olhos fechados, devo a você!

Reservo também, parte de meus agradecimentos a Cristina Lemos (advogada e sócia do escritório DedaLLG), uma pessoa que guardo no meu coração! Obrigado pelo amor, carinho, paciência e vontade de me ensinar. Obrigado por me ensinar o que é ser um advogado, o que é ter proatividade, organização, valores éticos e profissionais. Agradeço também a Rize Lêda e Bruno Rezende (advogados), dois mestres com quem tive o prazer de trabalhar e aprender muito sobre o Direito e, principalmente, por me ensinarem a importância do senso crítico e de se desfibrilar a fundo os conhecimentos e conceitos.

É um agradecimento mais que especial a Rosane Assunção (Defensora Pública do Estado da Bahia), com quem tive o prazer de estagiar por quase 01 (um) ano e 06 (seis) meses na Vara de Família. Obrigado pelo grande carinho, pela atenção redobrada e pelo cuidado em me ensinar todos os aspectos deste ramo do Direito. Quanta coisa conseguimos alcançar nesse período não é mesmo? De revisionais de alimentos até investigação de paternidade! Obrigado por me tornar mais humano, por reacender em mim a chama da solidariedade e da compaixão e conseguir fazer com que os nossos assistidos tivessem seus direitos respeitados e efetivados.

Agradeço ainda, de forma genuína, a Solange de Lima Rios (Promotora de Justiça do Estado da Bahia), com quem tive o prazer de estagiar neste último ano da faculdade. Com certeza as observações e os elogios feitos sobre as peças produzidas reafirmaram o quanto me lapidei ao longe desta longa jornada e o quanto estou preparado para encarar a vida profissional.

Obrigado pelo acolhimento e pelo carinho, como também pela compreensão e pela flexibilidade nos horários e na carga de trabalho. Com certeza me deram chance de focar ainda mais nesta última etapa deste ciclo.

Por fim, reservo estas linhas finais ao Dr. Antônio Carlos da Silveira Símaro, responsável por me dar uma oportunidade única de estagiar em seu gabinete no E. TJ/BA neste momento de conclusão de um ciclo e poder vivenciar, mais de perto, o trabalho da justiça pelo viés do julgador. Todo o cuidado na elaboração dos acórdãos, votos, despachos, dentre tantos outros, bem como na análise casuística dos processos e as suas nuances, com certeza me fizeram ter um grande e importante referencial profissional da atividade judicante que deve ser justa e coerente para o desempenho do cargo ao qual almejo desde pequeno. Meu muito obrigado pela atenção, pelo cuidado, por me oportunizar viver esta experiência e por me permitir estar ao lado de pessoas tão cuidadosas e atenciosas com o trabalho e com meu processo de aprendizado – a estes, ressalto os Assessores Gabriel Solidade e Emanuelle Costa. Com certeza fecharei este ciclo com ainda mais certeza de que a carreira da magistratura é a que almejo.

Agradeço também, a todos os meus amigos que estão comigo desde o início do curso e só me trouxeram boas experiências e oportunidades de crescimento pessoal. A Silvio Dayube, Caio Andrade, Luis Henrique Zaro, Luiz Alberto Viana, Nairo Elo e Priscila Lordelo, meu muito obrigado! A Christiano Sanchez, reservo um agradecimento pessoal, pela orientação prévia na estruturação deste trabalho.

Ao meu orientador, agradeço por ter aceitado este desafio e estar ao meu lado neste momento tão decisivo e importante da minha vida, tanto acadêmico quanto profissionalmente. Me transbordou de alegria ter o seu auxílio e orientação. A metodologia, a acessibilidade, a disponibilidade, a paciência, a solidariedade e compreensão com certeza são diferenciais que transpõe à docência. Obrigado pelos ensinamentos e por todas as pontuações feitas ao longo desta jornada!

Por fim, reservo estas linhas finais para fazer uma singela dedicatória a meu avô, parte importante da minha vida e, principalmente, da de meu pai, que se foi de forma prematura em razão do Covid-19 nesse ano de 2021. As lembranças serão eternas!

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando as nossas igualdades nos descaracterizam. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza as desigualdades”.

Boaventura de Souza Santos

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise acerca da legitimidade da Defensoria Pública na defesa e afirmação dos direitos difusos e coletivos e da Ação Civil Pública, sob o prisma do entendimento sedimentado pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF. Para tanto, em seu introito, serão trazidos alguns conceitos pertinentes a compreensão da Instituição como elemento essencial na busca pela preservação, efetivação e defesa de direitos individuais, difusos e coletivos, com o seu respectivo esboço histórico, estruturação interna e princípios, funções e objetivos institucionais da Defensoria Pública. Durante o desenvolvimento da presente, far-se-á uma análise ampla sobre a evolução dos direitos fundamentais, com enfoque no direito de acesso à Justiça, a pertinente atuação e papel da Instituição e, ao final, uma análise pormenorizada da referida ADI e todos os seus elementos jurídicos envolvidos, bem como seu ulterior desfecho.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Defensoria Pública; Direitos difusos e coletivos; Ação Civil Pública; Novo papel da Defensoria Pública; ADI nº 3.943/DF;



## ABSTRACT

This work presents an analysis about the legitimacy of the Public Defense in the safeguarding and affirmation of diffuse and collective rights and of Public Civil Action, under the prism of the understanding consolidated by the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n° 3.943 / DF. Therefore, in its introduction, some pertinent concepts will be brought to the understanding of the Institution as an essential element in the search for the preservation, realization and defense of individual, diffuse and collective rights, with its respective historical foreshortening, internal structure and principles, functions and objectives institutional aspects of the Public Defender's Office. During the development of this, a broad analysis will be made on the evolution of fundamental rights, with a focus on the right of access to Justice, the pertinent performance and role of the Institution and, at the end, a detailed analysis of said ADI and all the legal elements involved, as well as its subsequent outcome.

**Keywords:** Access to justice; Public Defense; Diffuse and collective rights; Public Civil Action; New role of the Public Defense; ADI n° 3.943/DF;

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANADEP	Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CONAMP	Associação Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro(a)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	01
<b>2 DEFENSORIA PÚBLICA</b>	03
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO	03
2.2 DOS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS	06
2.3 DOS OBJETIVOS E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS	09
2.4 DA ESTRUTURA E SEUS ÂMBITOS DE ATUAÇÃO	12
<b>3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	14
3.1 INTRODUÇÃO E CLASSIFICAÇÃO	14
3.2 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	16
3.3 DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	20
<b>4 LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO DEFENSORIAL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b>	23
4.1 LEGITIMIDADE ATIVA NO PROCESSO COLETIVO	23
4.2 INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA NORMA CONSTITUCIONAL	27
<b>4.2.1 Acesso à justiça como mecanismo para efetivação dos direitos difusos e coletivos</b>	32
<b>4.2.2 Conceito de necessitados</b>	33
<b>4.2.3 Função de <i>Ombudsman</i> da Defensoria Pública</b>	35
<b>5 ADI 3.943/DF E A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS</b>	38
5.1 INTRODUÇÃO	38
5.2 DAS RAZÕES APRESENTADAS PELO CONAMP	41
<b>5.2.1 Da (in)constitucionalidade da norma impugnada</b>	41
5.3 DAS RAZÕES APRESENTADAS PELA ANADEP	42
<b>5.3.1 Disposição normativa e abrangência constitucional do campo de atuação e da legitimidade do Órgão Defensorial na propositura de Ação Civil Pública</b>	44
<b>5.3.2 Da legitimidade ativa do órgão para defesa dos interesses difusos e coletivos</b>	45
5.4 DO ACÓRDÃO	48
<b>5.4.1 Do acolhimento das razões apresentadas pela ANADEP e do julgamento pela improcedência da ação</b>	51
<b>5.4.2 Dos reflexos do acórdão e do (novo) papel da Defensoria Pública na tutela</b>	

<b>de direitos difusos e coletivos</b>	56
<b>6 CONCLUSÃO</b>	57
<b>REFERÊNCIAS</b>	61

## 1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como principal objetivo a análise pormenorizada da legitimidade da Defensoria Pública na defesa e promoção dos direitos difusos e coletivos, tendo como principal destaque a Ação Civil Pública, sob a lente do entendimento sedimentado na ADI nº 3.943/DF. Mais que isso, traz o presente os impactos do referido entendimento *supra*, especificamente do novo papel do Órgão Defensorial e a reafirmação do acesso à justiça como direito fundamental por intermédio deste.

A sociedade atual é marcada por um grande dinamismo e esse faz (e fez) com que houvesse alterações legislativas e jurisprudenciais sobre o tema ora em análise, com o conseqüente reconhecimento e disposição constitucional e infraconstitucional da legitimidade da Defensoria Pública frente a direitos difusos e coletivos porventura violados ou ameaçados.

Não por menos, serão abordados conceitos introdutórios necessários para a compreensão da atuação da Instituição e da sua necessidade como Órgão integrante da justiça na defesa dos direitos dos indivíduos ou grupos sociais, bem como, durante o decorrer da presente, serão abordados conceitos e institutos jurídicos pertinentes ao tema posto, no intuito de analisar, de forma crítica e aprofundada, a legitimidade Defensorial na defesa destes direitos.

O objetivo da pesquisa consiste, basicamente, em sobrelevar a função essencial e de suma importância da instituição à Justiça e na defesa dos direitos dos indivíduos e de grupos sociais, através do reconhecimento jurisprudencial sedimentado na ADI nº 3.943/DF e das disposições constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema.

A motivação pela escolha do tema consiste na ascendente importância do Órgão Defensorial como instrumento de Justiça e no papel importantíssimo que vem desempenhando na defesa de direitos individuais, difusos e coletivos. Por ainda ser um tema recente e de pouca difusão nos meios acadêmicos, o espectro de atuação da Defensoria e sua legitimidade para determinadas ações ainda é por muitos desconhecido ou pouco aprofundado.

Neste sentido é que se concebeu a ideia da presente monografia, fruto de experiências vividas e absorvidas ao longo de mais de 02 (dois) anos de estágio no Órgão – entre voluntariado e concursado –, em que se pode ver de perto a luta incansável dos seus representantes na defesa de direitos violados ou ameaçados.

A elucidação do tema foi subdividida em cinco capítulos de desenvolvimento. O primeiro deles destinou-se inicialmente ao estudo histórico da Instituição, da sua estrutura interna e de seus princípios e objetivos.

O segundo capítulo de desenvolvimento esclarece os conceitos e classificação dos direitos fundamentais, dando enfoque no direito do acesso à justiça. Nesse contexto, serão estudadas as suas dimensões e, ao final, será feita uma breve análise sobre o papel da Defensoria Pública na defesa destes direitos, como uma espécie de ponte para a introdução do próximo capítulo.

Todo este cuidado foi pensado no intuito de fixar o leitor na cronologia lógica adotada no presente trabalho, para que seja possível culminar na análise pormenorizada da ADI nº 3.943/DF e na consequente legitimidade do Órgão Defensorial na defesa de direitos difusos e coletivos.

O terceiro capítulo de desenvolvimento focaliza no instituto da Ação Civil Pública. É aqui que a presente monografia começa a aprofundar na análise do tema posto, visto que será feita uma breve introdução do instituto *supra*, no intuito de incluir o leitor ao fato que causou a propositura da ADI nº 3.943/DF – que, ressalte-se, possui, dentre diversos fundamentos, questões que perpassam também pela análise dos direitos abordados no capítulo anterior.

Por conseguinte, o quarto capítulo direciona-se para o tema central da monografia. O novo entendimento jurisprudencial sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da legitimidade da Defensoria Pública na propositura de ações que envolvam a defesa e efetivação de direitos difusos e coletivos. Para tanto, a pesquisa volta-se aos aspectos jurídicos e institutos que permeiam a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, remetendo o leitor aos conceitos trazidos em capítulos pretéritos – necessários, ressalte-se, a melhor compreensão desta parte do trabalho – e a análise aprofundada dos aparatos constitucionais e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua propositura e o desfecho desfavorável ao Requerente, com consequente reconhecimento da legitimidade do Órgão Defensorial.

Assim é que, diante de todas estas considerações, se chegará à conclusão acerca do problema da presente pesquisa, qual seja, se a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a defesa dos direitos difusos e coletivos e na propositura de Ação Civil Pública está geneticamente ligada ao princípio constitucional do acesso à justiça e como o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o tema.

O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo proposto por Karl R. Popper, tendo em vista partir-se o estudo de premissas maiores e conceito básicos até o refinamento da pesquisa para o tema específico.

As fontes bibliográficas utilizadas foram diversas, considerando que não há, ainda, um vasto acervo de obras que tratem especificamente do tema abordado. O trabalho foi construído a partir de utilização de artigos, livros, teses, dissertações, experiências pessoais, leis internas e entendimento jurisprudencial.

## **2. DEFENSORIA PÚBLICA**

Neste primeiro momento do trabalho, a pesquisa se volta a análise da evolução histórica da Defensoria Pública, perpassando pelas diversas recepções infraconstitucionais e constitucionais ao longo do tempo, bem como a atual estrutura interna, de seus princípios institucionais e dos objetivos e funções do referido Órgão. Tal introdução mostra-se necessária, posto que tem como objetivo trazer o leitor para a compreensão da evolução do Órgão Defensorial como instrumento da Justiça na defesa de direitos individuais, difusos e coletivos, com consequente entendimento da recepção constitucional e da sintética e respectiva consequência disto para o campo jurídico.

### **2.1. ESCORÇO HISTÓRICO**

O ano de 1870 foi um marco na história brasileira, pois foi nesta época que o Instituto dos Advogados Brasileiros criou uma espécie de Conselho para prestar assistência judiciária aos necessitados. Importante ressaltar que o então presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, Nabuco de Araújo, era um grande apoiador e incentivador para a criação e consolidação deste Conselho e, inconformado com a situação e diante da insuficiência de sua iniciativa e de seus companheiros, Nabuco de Araújo (*apud* MORAES, 1984, p. 85) disse:

Se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado actual da nossa legislação, e attendendo às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar, que a igualdade perante a lei não é uma palavra vã. Que importa ter direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos delle? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode pagar as despesas das demandas (mantida a grafia da época).

Assim, somente em meados de 1900, no Estado do Rio de Janeiro – que era a capital do país, à época –, o embrião da Defensoria Pública surgia, por intermédio do Decreto de 05 de maio de 1897, em meio a necessidade de institucionalizar um serviço de assistência jurídica pública. Em 1915, o Estado da Bahia, seguindo o precursor Estado do Rio de Janeiro, inseriu no seu Código de Processo um capítulo especial para regulamentar tal serviço jurídico, denominado de “Representação Judicial das pessoas pobres” (art. 38 a 43).

Com o movimento político de 1930, que destituiu o presidente Washington Luís da presidência do país, colocando Getúlio Vargas em seu lugar, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil, através do Decreto de nº 19.408 de 18 de novembro de 1930.

O Decreto nº 20.784/1931 aprovou o regulamento da OAB elevando a assistência judiciária ao patamar de obrigação profissional, substituindo o caráter caritativo anteriormente atribuído à atividade.

Não obstante suas limitações, a primeira citação constitucional – Constituição Federal de 1934, também conhecida como Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em seu art. 113, n. 32 – trouxe uma importante inovação, qual seja, a possibilidade de criação de órgãos especiais, com a finalidade da prestação de assistência judiciária, vejamos:

A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira (1992, p. 197):

A norma de 1934 tratava de um conjunto de duas ordens de providências: "isenção de emolumentos, custas, taxas e selos" e a criação imposta à União e aos Estados, de "órgãos especiais" para assistir aos necessitados. Cuidava de duas dimensões realmente distintas e complementares, quais sejam, a dispensa do pagamento das custas judiciárias e a prestação gratuita de serviços jurídicos, respectivamente, a Justiça Gratuita e a Assistência Judiciária.

Percebe-se, pois, que, sob a Constituição Democrática de 1934 e o Código de Processo Civil de 1939, qualquer envolvimento do Estado em prestar serviço jurídico gratuito cingia-se à indicação de profissional liberal que atuava *pro bono*, situação que comprometia a estatização de um serviço de assistência jurídica integral, gratuita e pública, em contrariedade com o dever de constituição de um órgão próprio para aquele *mister*.



Seguindo este movimento constitucional, o Estado de São Paulo criou, em 1935, um serviço governamental de assistência judiciária, denominado “Departamento de Assistência Social”, através do Decreto Estadual nº 7.078, vejamos o que dizia o seu art. 4º, *in verbis*:

Artigo 4.º - Fica creado o Departamento de Assistencia Social subordinado é Secretaria da Justiça e Negocios do Interior, extinguindo-se a actual Comissão de Assistencia Social.

Já o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) cuidou do tema entre os arts. 68 e 79, inserindo no capítulo II (DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA) do Título VII – que tratava das despesas judiciais –, rol de serviços isentos de pagamento em prol daquele que se declarasse sem condições de suportar as custas do processo.

#### CAPÍTULO II

##### DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas;

V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.

A Constituição de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 01/69, manteve a mesma orientação da Carta de 1946. Na década de 70, o direito à assistência jurídica gratuita foi objeto de vários debates em congressos e simpósios jurídicos, inclusive, com o decisivo apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), concluindo a comunidade jurídica pela necessidade de ser criada a Instituição Defensoria Pública. Assim, em 12 de maio de 1977, surge a Lei Complementar nº 06, do Estado do Rio de Janeiro, que organizou a Assistência Judiciária naquela localidade e que, com importantes modificações posteriores, passou a vigorar como Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, quando finalmente esta foi criada.

Esta lei, a mais avançada de sua época sobre o tema, seguida pelas do Mato Grosso do Sul e do Rio Grande do Sul, serviu de exemplo para outros Estados e, futuramente, serviu de referência para a Lei Complementar Federal nº 80/94.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública passou a ocupar o mesmo *status* que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia possuem, qual seja, o de contribuir para o funcionamento da Justiça. Mais que isso, nas palavras de Ana Mônica Amorim (2017, p. 148), *verbo ad verbum*:

Largo avanço legislativo fora alcançado a partir da edição da Lei Complementar Federal 132/2009, que alterou sobremaneira a Lei Complementar 80/1994, e da Emenda Constitucional 80/2014, estabelecendo simetria constitucional com o Poder Judiciário e com o Ministério Público, constitucionalizando a legitimidade para tutela coletiva e atribuindo iniciativa de lei.

O texto constitucional assentou, neste sentido, um *munus* público histórico a ser exercido pela Defensoria Pública, notadamente a assistência jurídica dos necessitados, dando azo ao dever do Estado em prestar orientação jurídica e a defesa daqueles cujos recursos são insuficientes para afastar obstáculos inerentes à proteção de direitos, tudo por ser medida de inafastabilidade e acessibilidade jurisdicional integral.

## **2.2. DOS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

De uma análise primeva, antes de adentrar nos princípios institucionais da Defensoria Pública, necessária se faz a contextualização de sua concepção. Pois bem. O desenvolvimento do Jusnaturalismo moderno foi sedimentando suas bases no direito natural – onde os valores e anseios humanos não decorrem de uma norma emanada do Estado – servindo, segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 188 e 334), de trunfo ideológico da burguesia e combustível para as revoluções liberais.

Tempos depois, com o advento do Estado liberal, o Jusnaturalismo começa a perder a sua utilidade, sendo gradativamente substituído pelo positivismo jurídico – crescendo, assim, o ideal de conhecimento fundado na razão e, concomitantemente, o próprio ideal de liberdade. É neste sentido que o Direito sofreu, à época, estas influências filosóficas, resultando na pretensão de estruturação de uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Luís Roberto Barroso (*ibidem*, p. 335) afirma, ainda, que para o positivismo, Direito é norma, ato emanado do Estado, com caráter imperativo e força coativa.

Avançando ainda mais no tempo, a necessidade de superação do legalismo estrito do positivismo normativista foi, como dito em linhas antecedentes, o combustível necessário para

o ressurgimento dos princípios legais, compreendidos agora como norteadores de uma sistemática jurídica mais estruturada, orientando as atividades produtivas, interpretativas e aplicativas das regras, conforme lições de Guilherme Peña de Moraes (2015, p. 98), possuindo eficácia própria. Conforme leciona o Ministro do STF, Luís Alberto Barroso (*Ibidem*, p. 338/339):

[...] Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir [...] Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. [...] Sua aplicação, portanto, não está no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Assim sendo, trazendo tais conceitos para o âmbito da Defensoria Pública como instituição, tem-se que os princípios institucionais funcionam como farol na sua sistemática normativa, atuando como instrutor nestas denominadas atividades produtivas, interpretativas e aplicativas das normas jurídicas.

Segundo o ensinamento dos mestres Gustavo Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira (2013, p. 52) “Os princípios institucionais da Defensoria Pública possuem a função de “iluminar a leitura de toda a lei orgânica, numa perspectiva de sistema.”.

Soma-se a isso, com o advento da Emenda Constitucional nº 80/2014, os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional foram elevados ao patamar de normas constitucionais, sendo expressamente previstos no art. 134, § 4º, da nossa Constituição pátria – conseqüentemente, sua incidência foi significativamente ampliada.

No entendimento dos mestres Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2018, p. 356):

Como princípios constitucionais, os princípios institucionais da Defensoria Pública são recobertos de três modalidades primordiais de eficácia jurídica: (i) eficácia negativa, que autoriza sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos aplicativos concretos que contravenham os efeitos pretendidos pelo art. 134, §4º, da CRFB; (ii) eficácia positiva (*ou simétrica*), que assegura a exigibilidade dos efeitos pretendidos pelos princípios institucionais; e (iii) eficácia interpretativa, que subordina a aplicação das normas pertinentes aos valores contidos nos princípios institucionais da Defensoria Pública.

De forma bem sintética, o princípio da unidade indica que a Defensoria Pública deve ser vista como instituição única, compondo seus membros um mesmo todo unitário e, segundo lições de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2018, p. 358 e 360), é justamente daí que os

atos praticados pelo Defensor no exercício de suas funções não devem ser creditados a este, mas sim à própria Defensoria.

Nesta mesma esteira é que o professor Caio Paiva (2016, p. 30/35) discorre sobre o referido princípio, *verbo ad verbum*:

O princípio da unidade passa a possuir caráter tríplice: (i) *unidade hierárquico-administrativa*, existente apenas no âmbito de cada Defensoria Pública, já que compõem estruturas organizacionais distintas e autônomas; (ii) *unidade funcional*, ligando todas as Defensorias Públicas do país, no desempenho das mesmas funções institucionais e na busca pela finalidade ideológica; e (iii) *unidade normativa*, orientando toda a legislação institucional com o escopo de garantir uma singularidade normativa.

Lado outro, o princípio da indivisibilidade deve ser visto como verdadeiro corolário do princípio da unidade, formando com ele verdadeira relação simbiótica. Assim, por este princípio, é perfeitamente cabível a atuação sucessiva de diversos agentes da Defensoria em um mesmo processo (desde que observadas a sistemática legal, a exemplo de férias, licenças, impedimentos, etc.) – isto porque, de acordo com o próprio princípio da unidade, o desempenho funcional do agente reflete a atuação da própria Instituição, logo, a atuação sucessiva em um mesmo processo, em verdade, reflete a atuação singular da própria Instituição.

Por seu turno, o princípio da independência funcional é, sem sombra de dúvidas, uma das mais valiosas garantias do Defensor Público, pois lhe permite atuar com inteira liberdade, sem sofrer qualquer tipo de censura ou limitação, seja por parte do Chefe da Instituição ou mesmo do próprio Chefe do Poder Executivo ou de qualquer outra autoridade. Afirmo Silvio Roberto Mello (1995, p. 94), que o Defensor age de acordo com a sua consciência devendo ser obediente, apenas, à lei. Ou seja, não há de se falar, pois, em subordinação hierárquica – visto que, seguindo a lição de Silvio Roberto e de outros juristas e docentes, o Defensor Público não se encontra adstrito ao comando de nenhuma outra autoridade –, apenas em hierarquia funcional.

Sobre isto, leciona Guilherme Peña de Moraes (1999, p. 175):

[...] Em outros termos: apenas de não existir submissão escalonar no plano funcional, ocorre, no plano administrativo, sujeição hierárquica do defensor público com relação à chefia ou órgãos de direção superior da Instituição. Posto isso, a hierarquia verificada é, unicamente, administrativa, quer dizer, o Defensor Público-Geral, em razão da autonomia administrativa própria que comanda, exerce funções

de direção e organização de seus serviços administrativos, nos limites dos poderes a eles conferidos.

E mais, tal princípio tem como conseqüente a possibilidade de sucessão de membro da Defensoria Pública no mesmo processo, vez que é garantia constitucional do assistido e dever da Instituição assegurar a continuidade do serviço público de assistência jurídica gratuita. Tal assertiva se encaixa ainda nas hipóteses de não atuação funcional de membro da Defensoria, quando este entender que não cabe atuação positiva no caso posto à sua análise devendo, para tanto, dar ciência ao Defensor Público-Geral, através de motivação adequada, momento em que este indicará novo membro para atuar no processo, se for o caso.

E entende-se aqui como “motivação adequada”, em apertada síntese, as hipóteses de recusa de atuação por discordância quanto ao mérito da causa, nos casos de suspeição ou impedimento, ou por objeção de consciência. Neste sentido, leciona Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira (2015, p. 176):

[...] A independência funcional dos Defensores Públicos está assegurada no art. 4º, § 8º, da Lei Complementar nº 80/1994, que possibilita que, caso o defensor público identifique inexistir hipótese de atuação funcional, dará imediata ciência ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia. Se o Chefe da instituição entender que é situação de atuação institucional, não poderá impor ao Defensor que o provocou a sua atuação, mas deve designar outro membro para funcionar no caso concreto. O membro designado também não está vinculado ao entendimento do Defensor Público-Geral e, caso entenda que a situação não é de atuação funcional, deve devolver os autos ao Chefe da Instituição para nova manifestação.

Por fim, temos, da leitura do arts. 44, XII, 89, XII e 128, XII, da LC 80/1994, que o Defensor somente poderá “deixar de patrocinar a ação, quando ela for manifestadamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu domínio”. Já no que tange a última hipótese aludida acima, o tema fica mais delicado. Isto porque, a objeção de consciência tem como resultado um conflito aparente entre a moral individual e a ordem estatal, o que nos leva a concluir, da desfibrilação subjetiva do tema, a contrapontos legítimos entre o membro da Instituição e as garantias constitucionais do assistido.

### **2.3. DOS OBJETIVOS E FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Avançando um pouco mais no tema trazido à baila no presente trabalho, necessária se mostra a dissertação sobre os objetivos e funções institucionais da Instituição antes de adentrar no decote temático do presente.

Tais objetivos podem ser encontrados de forma expressa no art. 3º da Lei Complementar nº 80/1994 e nas Leis Orgânicas das Defensorias Públicas Estaduais – a exemplo da Bahia, no art. 2º e 3º da Lei Complementar Estadual nº 26/2006 – e se revestem de caráter amplo e natureza aberta e sentido fluido e, segundo Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva (2018, p. 383), são capazes de proporcionar a mais ampla interpretação de seu espectro de incidência. São eles: (i) primazia da dignidade da pessoa humana e a redução de desigualdades sociais; (ii) afirmação do Estado Democrático de Direito; (iii) prevalência, relevância e efetividade dos direitos humanos; (iv) garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, afirma Alexandre de Moraes (2008, p. 22) que, com relação ao primeiro deles, a dignidade da pessoa humana é considerada como a essência e núcleo axiológico dos valores e da ordem jurídico-constitucional, expressando o mínimo inviolável do indivíduo. E como tal, a Defensoria Pública é incumbida de protegê-la e efetivá-la perante o Poder Público e a sociedade.

Não por menos, o art. 3º, III da Constituição Federal de 1988 traz a seguinte redação referente ao objetivo da Instituição na salvaguarda dos direitos fundamentais e na própria implementação de medidas que visem “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. E seguindo a lição de Gustavo de Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira (2013, p. 60):

É que, se o direito pode ser usado como instrumento de controle social, a diferença nas oportunidades de acesso à Justiça apenas reproduz e multiplica as desigualdades. A possibilidade de emancipar os necessitados e permitir que possam realmente protagonizar a defesa de seus direitos é instrumento vital para reequilibrar as relações, ao menos sob o prisma jurídico.

Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana encontra íntima e direta relação com a própria redução das desigualdades sociais e do amplo acesso à Justiça por parte dos menos favorecidos, enaltecendo o protagonismo da Defensoria Pública como um instrumento capaz de realizar mudanças sociais. É, portanto, considerada como o instrumento de promoção da Justiça Social, como bem pontua Sérgio Luiz Junkes (2006, p. 132):

A atuação da Defensoria Pública e seus membros é finalística, no sentido de promover a Justiça Social. Assim, por exigência do Princípio da Justiça Social, a Defensoria Pública deverá pautar a sua organização e o seu funcionamento de maneira que melhor e mais adequadamente tanto garanta e favoreça a redução dos desequilíbrios sociais quanto, simultaneamente, promova a igualdade das pessoas por ela assistidas no que se refere à liberdade, dignidade e oportunidades.

De mais a mais, de uma análise perfunctória sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, temos que essa fórmula condensa duas características importantes do Estado Constitucional contemporâneo, a saber: (i) o Estado Democrático, que denota a organização política em que o poder emana do povo – que o exerce diretamente ou através de seus representantes eleitos, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, em eleições livres e periódicas; e (ii) o Estado de Direito, que proclama a primazia da lei e a observância obrigatória da legalidade pela administração pública, reforçando os direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional.

Assim sendo, é possível afirmar também que a Defensoria Pública atua na salvaguarda do Estado Democrático de Direito servindo de instrumento para postulação judicial e extrajudicial dos direitos dos seus assistidos, efetivando o próprio direito fundamental do acesso à justiça.

Nas palavras de Cleber Francisco Alves (2006, p. 158), o Estado de Direito “[...] não pode existir se não houver mecanismos capazes de assegurar que a lei prevalecerá sempre sobre o arbítrio e sobre a força, independentemente das condições de fortuna ou origem social”.

Aliado a isso, temos o protagonismo da Instituição na defesa e resguardo dos direitos humanos e na efetividade de sua proteção normativa, vez que a vida humana digna perpassa, inclusive, pela prestação igualitária dos serviços e atividades estatais e entre particulares, preservando e enaltecendo a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como farol a ser seguido.

Nas palavras de Guilherme Freire de Melo Barros e Gustavo Civis Seabra (2016, p. 73):

É inegável que os casos mais flagrantes e recorrentes de violação dos direitos humanos ocorrem nos bolsões de pobreza de nosso País. Exemplo emblemáticos são as chacinas em favelas de grandes cidades [...] e a situação caótica do sistema penitenciário. São os marginalizados que mais têm seus direitos violados.

E, avançando um pouco mais no recorte trazido pelo tópico em análise, temos a defesa dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa como um dos papéis mais importantes da Instituição, sendo talvez o seu viés de atuação em maior evidência no cenário jurídico e social na atualidade. Isto porque, a Defensoria Pública atua como instrumento capaz de igualar as posições jurídicas atinentes aquela determinada demanda processual, na medida em que oportuniza a parte menos favorecida (econômica e socialmente) a oportunidade de ter seus argumentos (fáticos e jurídicos) expressados de forma técnica e bem fundamentados.

Em obra irretocável, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 547), juntamente com Paulo Gustavo Gonet Branco, assim se referem a este princípio:

[...] a ampla defesa e o contraditório garantem o direito de informação (*Recht auf Information*), o direito a manifestação (*Recht auf Äusserung*) e o direito de ver seus argumentos considerados pelos julgados (*Rech auf Berücksichtigung*).

#### **2.4. DA ESTRUTURA DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL E SEUS ÂMBITOS DE ATUAÇÃO**

Inicialmente, convém destacar que a Defensoria Pública (*lato sensu*) possui três ramos de atuação, sendo eles: (i) Defensoria Pública Estadual; (ii) Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e (iii) Defensoria Pública da União.

Sobre a Defensoria Pública Estadual, convém destacar que esta será exercida pelos Defensores Públicos Estaduais, que por sua vez atuarão na defesa dos direitos de determinado cidadão ou de um grupo de cidadãos carentes. Desta forma, estará este incumbido de praticar todos os atos do procedimento e do processo, inclusive os atos de natureza recursal, ressalvados os casos em que a própria lei exija poderes específicos. Em se tratando do Estado da Bahia, a sua atividade é regulamentada pela Lei Complementar nº 26 de 28 de junho de 2006<sup>1</sup> – que dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Percebemos, ainda, logo nos primeiros artigos do diploma estadual que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção das políticas públicas, preventivas e postulatórias, de assistência e orientação jurídica, integral e gratuita aos necessitados, dos direitos humanos, dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos e a defesa judicial, extrajudicial e administrativa, em todos os graus e instâncias, consoante o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal – conforme art. 2º da referida Lei Estadual, vejamos:

Art. 2º - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção das políticas públicas, preventivas e postulatórias, de assistência e orientação jurídica, integral e gratuita aos necessitados, dos direitos humanos, dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos e a defesa judicial, extrajudicial e administrativa, em todos os graus e instâncias, consoante o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Disponível em: < <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-complementar-no-26-de-28-de-junho-de-2006>>. Acesso em: 13.05.2020



De forma mais esmiuçada, percebemos que a atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia, por exemplo, é ampla e diversa – reafirmando, assim, princípios constitucionais insculpidos na nossa Carta Magna – e encontra-se positivada no Capítulo II da Lei Complementar nº 26/2006. Para tanto, a própria Lei, em seu art. 2º, parágrafo único, determina – mesmo de forma ampla e sem o rigor técnico e seletivo necessário – o sujeito habilitado a receber assistência da Defensoria Pública, vejamos:

Parágrafo único - Considera-se juridicamente necessitado, para os efeitos desta Lei, toda pessoa física ou jurídica que não tenha condição de constituir advogado para a defesa de seus direitos e de arcar com as custas processuais, sem prejuízos do sustento próprio e/ou dos seus dependentes.

Diante da visível lacuna presente no texto normativo acima, o Conselho Superior da Defensoria Pública, na data de 10 de fevereiro de 2014, através da Resolução de nº 03, resolveu fixar parâmetros objetivos e cumulativos, bem como procedimentos para a presunção e para a comprovação da necessidade, assim dispondo:

Art. 1º. Presume-se necessitado todo aquele que atenda, cumulativamente, as seguintes condições: I - aufera renda mensal não superior ao valor da isenção de pagamento do imposto de renda (R\$ 2.046,38);

[...]

II - não seja proprietário, titular de aquisição, herdeiro, legatário ou usufrutuário de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 50 (cinquenta) vezes o valor de isenção de pagamento do imposto de renda;

III - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 05 (cinco) vezes o valor de isenção de pagamento do imposto de renda.

Art. 2º. Todo aquele que não se enquadrar no critério estabelecido para a presunção da necessidade poderá requerer a assistência jurídica gratuita demonstrando que, apesar de não se enquadrar nas hipóteses do art. 1º, não tem como arcar com os honorários de advogado e com as custas processuais sem prejuízo do seu próprio sustento ou do de sua família.

É importante destacar que estes parâmetros serão de extrema importância para a detida análise jurídica posterior da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, porque, conforme será visto, o Supremo Tribunal Federal acolheu os fundamentos da ANADEP (Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos), no sentido de dar interpretação extensiva e integrativa ao conceito de necessitados – posto que fora um dos argumentos utilizados pelo CONAMP (Conselho Nacional do Ministério Público) para o ingresso da ADI perante o STF pois, em seu entendimento, a coletividade mostra-se incompatível com a possibilidade de aferição da comprovação da necessidade individual – e consequente identificação dos necessitados – daqueles a serem beneficiados pela Ação Civil Pública, criando óbice inexorável a sua interposição pelo Órgão Defensorial.

É cediço – apenas à título de observação – neste interim, que assiste razão a ANADEP e a parcela da doutrina que entende que a Defensoria Pública, como Órgão imbuído da prestação

de assistência jurídica integral e gratuita, goza de presunção *juris tantum* de gratuidade da Justiça, de modo que sequer haveria a necessidade de requerimento, por tratar-se de questão de ordem pública, de verdadeira efetivação do art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

### 3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, para aprofundar o tópico em análise, torna-se indispensável tecer alguns comentários acerca dos direitos fundamentais propriamente ditos, o seu desenvolvimento, características e peculiaridades e a sua importância no contexto jurídico constitucional atual, objetivando análise de melhor visualização da atuação da Defensoria Pública quando da salvaguarda destes direitos.

#### 3.1. INTRODUÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

É consenso doutrinário que os direitos fundamentais são para o Estado Democrático de Direito o que as fundações são para uma edificação, sendo aquele *conditio sine qua non* deste, ou seja, um não existe sem a outro, demonstrando, assim, o nível de simbiose que guardam entre si. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito – *vide* conceito trazido no tópico anterior – o respeito às leis e seus fundamentos maiores são garantia de um mínimo de existência digna e de tratamento igualitário aos cidadãos, servindo como legítimo limitador da atuação Estatal frente ao indivíduo ou a sociedade. Segundo lição de George Marmelstein (2011, p. 18):

Eles são valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles são intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal em um ambiente de opressão não há lugar para uma vida digna.

Nesta mesma esteira, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 54) preconizam:

[...] são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Finalizando o pensamento introdutório, convém destacar a importância do pensamento de Karel Vasak, responsável pelo desenvolvimento da “Teoria das gerações dos direitos” que, com o passar do tempo, acabou ganhando aspectos mais atuais, passando-se a denominar

“dimensões dos direitos fundamentais”. Nas palavras do docente Paulo Lopo (2002, p. 110), Karel havia se inspirado no ideal revolucionário francês, assim classificando as gerações dos direitos fundamentais: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*); b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados da igualdade (*égalité*); c) a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, criando a tríade com a fraternidade (*fraternité*).

Com o passar do tempo e, como já dito, com a “repaginação” da referida teoria, temos que os direitos fundamentais de primeira dimensão – relacionados ao direito a liberdade – são considerados instrumentos de freio da atuação estatal perante o indivíduo, sendo este os seus titulares. Já os de segunda dimensão, referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou de coletividades.

Por fim, os de terceira dimensão refletem o interesse comum da humanidade, o que hoje são ditos direitos difusos, direitos inerentes a pessoas indeterminadas e, nas lições de Ana Mônica Anselmo Amorim (2017, p. 76), relacionadas por um liame fático.

Neste sentido, é possível então, fazer um pequeno avanço no tema, uma vez que os direitos abarcados e protegidos pelas Ações Civis Públicas, grosso modo, são considerados como direitos fundamentais de terceira dimensão.

Tal classificação é de suma importância porque, em que pese a distinção dos referidos direitos em “dimensões”, as suas essências são convergentes, posto que reclamam para si a integralização dos conceitos e a incompatibilidade de prevalência de uma sobre outra, via de regra.

É justamente neste sentido que as lições de Carlos V. Weis (2010) se encontram, posto que defende a indivisibilidade e a interdependência entre os direitos fundamentais, sobrelevando a dignidade da pessoa humana como cerne axiológico e a própria atuação da Defensoria Pública. Ou seja, como visto em tópico anterior, talvez o principal objetivo da Instituição seja o de defender e promover a dignidade dos indivíduos e grupos sociais necessitados, razão por que atua em todas as “dimensões” dos direitos fundamentais.

Não por menos encontramos recepção legislativa no art. 4º, X, da Lei Complementar nº 80/1994 – citada em linhas pretéritas –, que assim dispõe:

Art. 4º [...] [...]

X - Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissível todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

É neste novo cenário jurídico-constitucional que o próprio entendimento da Instituição como órgão essencial da justiça ganha contornos ainda mais ampliados, especialmente pelo prisma da efetiva defesa dos direitos contemporâneos de natureza coletiva – posto que também clamam por proteção.

### **3.2. DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Diante da breve análise acerca dos direitos fundamentais chega-se à conclusão de que estas são normas dotadas de conteúdo aberto e que regulamentam a dignidade e o mínimo existencial do cidadão. Acontece que a violação de tais direitos se torna ordinária e comum, seja por um privado ou pelo próprio Estado e, sempre que isto acontece, a intervenção do Judiciário se faz pertinente. Neste sentido, ressalta-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 741):

Não se pode esquecer que, quando se diz que direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, afirma-se que eles geram um dever de proteção ao legislados, ao administrador e ao juiz. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador.

É justamente nesta possibilidade de intervenção do Estado-Juiz na proteção do direito violado do cidadão ou do coletivo que o acesso à justiça ganha contornos de protagonismo e relevância maior, visto que é o instrumento pelo qual o cidadão comunica e busca a efetivação, compensação e/ou restauração daquele direito violado. Afirma Ana Mônica Anselmo de Amorim (2017, p. 49), neste sentido, que ao Estado “é conferido o dever legal de proteção, no sentido de pautar o seu agir para garantir os direitos elencados na Magna Carta. A inafastabilidade da jurisdição é premissa do Estado de Direito [...]”

Mais que isso, a tutela jurisdicional adequada, célere e justa é corolário e guarda direta sinergia com este direito fundamental, posto que concretiza, efetivamente, a tutela dos direitos violados, seja na paridade de armas – igualando as partes contenciosas –, como em um provimento jurisdicional profundo, fundamentado e que busque, a todo momento, a maior celeridade na resolução do feito.

E, justamente por ser tão complexo, parte da doutrina defende que o acesso à justiça pode ser considerado como o mais basilar dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos apenas se efetivam por intermédio dos mecanismos necessários ao seu exercício. E mais, defendem também que o magistrado deve exercer maior atividade hermenêutica e pensante, deixando de lado a posição comumente ocupada de expectador da vida social e aplicador frio da lei, dando lugar a equidade e a livre e motivada convicção, na efetiva prestação jurisdicional justa.

Nas palavras de Mauro Vasni Paroski (2008, p. 167):

Nesse contexto, é de se afirmar que a sociedade atual exige que o juiz não seja mais exclusivamente um mero expectador da vida social, aplicando mecanicamente a lei ao caso concreto, num apego desmensurado a um legalismo aparente e injusto. A ampliação do catálogo de direitos fundamentais, que nunca está completo, mas sempre autorizando uma complementação, conforme as novas necessidades surgidas dos avanços sociais em diversos campos do conhecimento humano e das próprias experiências concretas da vida em sociedade [...] têm exigido aprimoramentos constantes nos modos de solução dos conflitos de interesse, tanto os individuais como os coletivos, mas não só de solução, mas de garantia de uma vida digna e de prevenção do próprio litígio.

Acontece que nem sempre este acesso é fácil e muitas vezes, não é facilitado, sendo mitigado por diversos fatores podendo ser citados, dentre os mais relevantes, aqueles de ordem econômica e social pois implicam, por consequente, no apequenamento das dimensões deste direito fundamental e da própria dignidade humana – este último entendido, neste espectro, como sendo um direito tolhido, do sujeito-paciente, afetando a essência do seu ser enquanto detentor de direitos. Segundo José Cichocki Neto (2008, p. 55):

Justiça não se confunde com legalidade. Por isso, o acesso à ordem jurídica funda-se na dignidade da pessoa humana; e, as limitações ao acesso são todas aquelas que agridem essa dignidade.

Seguindo esta linha de intelecção, são considerados fatores de ordem econômica e social que afetam o acesso à justiça aqueles que impedem ou dificultam a realização de atos processuais na defesa de seus direito, as dificuldades de locomoção (seja para prática de atos processuais como também para atendimento com o patrono da causa), como também a própria ignorância do sujeito (frente a seus direitos e deveres ou em relação ao trâmite processual) e a escassez de Defensores Públicos (segundo a ANADEP, há um déficit de, pelo menos, 5.938 profissionais sendo que, na Bahia, este déficit é de cerca de 643 profissionais)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> ANADEP, 2013; IBGE, Censo 2010

Acerca da referida escassez, convém destacar trecho do estudo realizado pelo IPEA denominado Mapa da Defensoria Pública do Brasil<sup>3</sup>, publicado no ano de 2013, *in verbis*:

Os estados com os maiores déficits em números absolutos são São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834). O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos. Vale destacar que a análise de déficits foi realizada para o número total de população alvo do estado. Assim, podemos observar que apesar de alguns estados não apresentarem déficits, não apresentam necessariamente a cobertura integral das Varas Judiciais e apresenta um número de defensores públicos significativamente menor do que promotores e juízes, como por exemplo, ocorre com o Distrito Federal.

[...]

No entanto, [...] apesar da previsão constitucional e do progresso recente, a assistência jurídica gratuita ainda não é garantida em 72% das comarcas – ou seja, em 72% dos locais que possuem ao menos um juiz, a população em condições de vulnerabilidade não tem seu direito de acesso gratuito à justiça garantido por um defensor público. Mas a análise também permitiu compreender melhor as nuances da presença e da ausência da defensoria, bem como estimar os déficits e refletir sobre os esforços necessários para enfrentar os desafios colocados para a instituição e, de maneira mais geral, os governos e a sociedade brasileira

Segundo Ana Mônica Anselmo de Amorim (2017, p. 128/132):

[...] A concessão da gratuidade da justiça não é restrita aos assistidos da Defensoria Pública (art. 99º, § 4º do Novo Código de Processo Civil), e esta assistência, para ser integral, não pode se limitar às instâncias inferiores, devendo alcançar também o esgotamento das vias recursais legítimas e eventuais ações e procedimentos incidentais cabíveis [...] Tenta-se, aos poucos, propiciar meios de redução ou isenção total destas custas, conferindo benefício direto aos mais humildes, sendo necessária medidas que propiciem a isonomia material e não apenas formal de todas as pessoas, independentemente, de sua condição social e de sua capacidade econômica.

As pessoas economicamente desfavorecidas têm dificuldade em reconhecer os direitos tradicionais e os novos, e, quando os reconhecem, muitas vezes estão sem informação dos instrumentos para reivindicação. [...] Esta omissão Estatal não se coaduna com o Estado de Direito, que pressupõe o reconhecimento e a concretização do princípio da isonomia, expressamente declarado pela Constituição da República Brasileira, de modo que os pobres devem ter as mesmas oportunidades que os ricos para ingressarem em juízo postulando tutela jurisdicional aos seus direitos, o que importa em reconhecer a necessidade de adoção de medidas que garantam a igualdade material e não apenas formal, de todas as pessoas.

Assim, percebe-se o grande desafio da Defensoria Pública na prestação e efetivação deste direito fundamental, posto que há, como visto alhures, empecilhos de toda a ordem – que, como visto, nos remontam a aspectos sociais e culturais, inclusive, não apenas jurídicos. Não por menos podemos chegar à conclusão de que o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição é afetado. Explica-se.

---

3

Disponível em:  
 <[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impresso\\_.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf)>. Acesso em: 16.07.2020

Após a promulgação da CF/88, tal princípio fora positivado no art. 5º, XXXV da nossa Carta Magna, que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ora, percebe-se, neste interim, que tal princípio não mais restringe o acesso à justiça a situações em que há efetiva lesão a direito violado, mas também a ameaça a direito, não mais se limitando, portanto, na defesa dos direitos individuais, passando a incorporar, também, a tutela dos direitos coletivos e difusos – incluídas, aqui, portanto, o próprio objeto das Ações Civis Públicas.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 68), a tutela jurisdicional é direito de todo cidadão “como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O direito à adequada tutela jurisdicional é princípio inerente a qualquer Estado de Direito.”.

Complementa este pensamento Nelson Nery Junior (1999, p. 94), *in verbis*:

[...] o novo texto consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do direito de ação. Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Mais que isso, é importante destacar que a Defensoria Pública exerce, como multicitado em linhas antecedentes, papel essencial à Justiça e, não por menos, a observância do princípio do acesso à justiça como direito fundamental que é se transmuta, por consequência lógico-jurídica, em defesa da própria igualdade material. É dizer, neste sentido, que a possibilidade de provocação da Justiça por qualquer cidadão constitui instrumento da justiça distributiva, em que colocam os desiguais em palanques nivelados. E esta igualdade constitui, inclusive, preceito à própria dignidade da pessoa humana, pelos quais, inclusive, as mudanças sociais ocorrerão, com óbice as discriminações e a extinção de privilégios.

É dizer, portanto, que aos necessitados – público da atuação do Órgão Defensorial – deve ser garantido sempre a possibilidade de defesa de seus direitos e, inclusive, de defender-se em demandas processuais em que figuram no polo passivo da demanda. Isto porque, como visto durante as linhas antecedentes, a atuação e/ou omissão Estatal é realidade da qual não estamos blindados – vide, neste interim, as recorrentes violações (por ação ou omissão) no que se refere aos direitos fundamentais à saúde, educação, moradia e alimentação –, o que nos impõe, cada vez mais, enquanto estudiosos e aplicadores do direito, a ratificação deste direito fundamental *sub examine* – acesso à justiça – que, como visto, possui como um dos maiores referenciais atuantes o Órgão Defensorial.

Afirma Márcio Thomaz Bastos (2006, p. 09), neste mesmo sentido:

Para poder superar a democracia meramente formal, um dos pontos centrais a serem enfrentados é a questão do acesso à Justiça. Para o ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti o acesso à Justiça pode ser definido como “o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos humanos.

### 3.3. DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Como visto no introito do presente capítulo, os direitos difusos e coletivos encontram-se inseridos nos denominados direitos de terceira geração. Tais direitos foram recepcionados e dispostos em nossa Carta Magna, em razão da chamada constitucionalização dos direitos. É neste interim que se vislumbra, da leitura detida do texto constitucional – especificamente em seu “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais –, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos” – a preocupação do legislador em instituir a tutela coletiva.

Conforme lição de Hermes Zaneti Jr (2012, p. 268), a própria Constituição nos traz mecanismos de defesa destes direitos, seja através de garantias de primeiro grau quanto de segundo, traduzidas por alguns exemplos, respectivamente, sendo eles: i) pela tutela coletiva à educação, saúde e meio ambiente; e ii) as ações populares e os mandados de segurança coletivo.

Soma-se a isso, é importante destacar, neste interim, que para além da disposição constitucional sobre tais direitos, há normas infraconstitucionais que também os abarcam. Cita-se, por exemplo, a Lei 8.078/1990 (CDC) e seu artigo 81 que, da análise detida, dispõe sobre: i) direitos difusos (também denominado de direitos coletivos *lato sensu*); ii) direitos coletivos e; iii) direitos individuais homogêneos.

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

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

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

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

E sobre estes, forçoso decotar os dois primeiros, posto que são objetos de estudo da presente.

Inicialmente, destaca-se que as disposições normativas (constitucionais e infraconstitucionais) sobre tais direitos demonstra uma preocupação do distingui-los no intuito de fazer cessar as



discussões doutrinárias porventura existentes acerca dos temas, o que poderia impedir sua efetiva tutela. Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 26) afirmam que os interesses difusos e coletivos apesar de serem fragmentados, são essencialmente distintos em sua origem – conforme se extrai, inclusive, de uma interpretação hermenêutica do dispositivo alhures –, visto que os direitos difusos pressupõem titulares indeterminados ligados por uma circunstância de fato – marcada, inclusive, pela inexistência de relação jurídica entre elas –, enquanto os direitos coletivos pressupõe um grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica – pode-se dar, à título de exemplo, nas lições de Hermes Zaneti Jr (2012, p. 229), entre membros do grupo *affectio societatis* ou pela sua relação com a parte contrária.

Traz-se, neste ponto, lição do Min. Teori Zavascki (2014, p. 34-35), *in verbis*:

Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. "Direito coletivo" é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

[...]

Quando se fala, pois, em "defesa coletiva" ou em "tutela coletiva" de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.

Ou seja, em seu aspecto subjetivo, os direitos difusos (ou coletivos *lato sensu*) são marcados pela indeterminação dos titulares e pela inexistência de relação jurídica base entre eles e, no aspecto objetivo, tem-se como característica essencial a indivisibilidade do bem jurídico a ser tutelado.

Outrossim, os direitos coletivos propriamente ditos possuem como aspecto subjetivo a determinação dos sujeitos – que podem ser um grupo, categoria ou classe de pessoas – e a existência de vínculo jurídico entre eles ou contra a parte contrária e, no aspecto objetivo, a indivisibilidade do bem jurídico também se faz presente. Cita-se, neste sentido, exemplo de

jurisprudência que destaca tais características, tal qual fora o voto do Ministro do STF Dias Toffoli no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 976.761/SP<sup>4</sup>, *verbo ad verbum*:

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a natureza do interesse tutelado, assentou que se cuidava de direito coletivo strictu sensu. De fato, colhe-se do acórdão prolatado naquela Corte o seguinte. [...] Na hipótese, visa-se à tutela dos interesses de um grupo de pessoas determináveis, porque ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base, qual seja, o contrato de compra e venda de mais de 11.000 lotes no loteamento Santa Cristina Glebas II e III. São esses interesses objetivamente indivisíveis, na medida em que só se podem considerar como um todo para os membros do grupo, ou seja, a cláusula não pode ser abusiva para uns e não o ser para outros. Fica clara, pois, a natureza coletiva strictu sensu do interesse tutelado. [...] O que se verifica do julgado prolatado no STJ é que, não obstante, no voto condutor do acórdão recorrido, se tenha discorrido acerca dos direitos individuais homogêneos, é certo que, no caso concreto, a conclusão a que se chegou naquela Corte foi a de que o direito a ser tutelado era coletivo. Destarte, conforme já consignado na decisão agravada, o acórdão recorrido não dissentiu da jurisprudência desta Corte [...].

Nas lições de Elio Fazzalari (2006, p. 342-345), da análise dos direitos (ou interesses) difusos depreende-se que estes versam sobre relações de utilidade (bens ou situações) sem a individualização dos seus titulares – como dito em linhas anteriores –, mas que resguardam sinergia visceral com a coletividade em geral, *in verbis* “Se a lei cria ou reconhece um centro de referência de um desses interesses difusos, [...] não há problemas: o interesse é transindividual como matriz prática, mas, sob plano jurídico, já é “individualizado[...]”.

Por outro lado, nas lições de Marcelo Paulo Maggio (2005, p. 120-121), os direitos (ou interesses) coletivos são de titularidade singular e concreta, já que própria de determinado grupo da comunidade havendo, portanto, um vínculo organizativo que os atrai criando uma aderência jurígena.

*Mister* destacar, ainda, que processualmente, como será visto em linhas subsequentes, a causa de pedir mediata e imediata são os fatores essenciais de distinção entre tais figuras. Neste sentido, cita-se lição de Nelson Nery Jr. (1999, p. 1864), *in verbis* “O tipo de pretensão e seu fundamento, ou seja, o objeto litigioso trazido pelo autor da demanda, é que caracterizam a natureza do direito para fins de tutela jurisdicional.”.

Assim sendo é que se pode destacar um dos principais mecanismos de defesa destes interesses, a saber, a Ação Civil Pública – regulamentada através da Lei Federal nº 7.347/1985. Mais que isso, em decote temático pertinente, é que, em seu próprio art. 5º, II, a referida Lei dispõe sobre a legitimidade do Órgão Defensorial para sua propositura.

---

<sup>4</sup> Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768147792/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-979761-sp-sao-paulo/inteiro-teor-768147802>>. Acesso em: 16.07.2020.

## **4. DA LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO DEFENSORIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **4.1. LEGITIMIDADE ATIVA NO PROCESSO COLETIVO**

Inicialmente, forçoso destacar novamente que a Ação Civil Pública é matéria regulamentada pela Lei Federal nº 7.347/1985 que, em seu preâmbulo, nos traz a ideia da defesa dos conclamados direitos difusos, assim dispondo “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.”. Não por menos, a sua classificação etimológica encontra controvérsia doutrinária, posto que a sua nomenclatura, para determinadas ações, segundo parte da doutrina, é errônea. Vejamos.

Quem se filia a ideia de que a terminologia “ação civil pública” é usada incorretamente para determinar todas as ações que envolvem os direitos protegidos no preâmbulo da referida Lei Federal, se sustenta na legitimidade para propositura destas ações. Ou seja, a legitimação ativa é privativa de órgão público (Ministério Público). Nas palavras de Hugo Nigro Mazilli (2009, p. 73/74):

A rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público. Sem melhor técnica, portanto, a Lei 7.347/85 usou a expressão ação civil pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos colegitimados ativos [...] Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas, se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de ação coletiva.

E em mesmo sentido encontra-se as lições de Ada Pellegrini Grinover (1986, p. 03):

[...] O texto legal fala impropriamente em ação civil pública. Impropriamente, porque nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (Ministério Público, União, Estados e Municípios), nem é objeto do processo a tutela do interesse público.

Porém, para outra parcela da doutrina, entende-se que a terminologia utilizada pela Lei alhures é correta, posto que o critério terminológico puramente focado na legitimidade da propositura da ação é ultrapassada, nos remetendo a ideia da classificação da ação pelo seu objeto.

Ou seja, trata-se de terminologia correta pelo espectro de interesses e valores protegidos, abarcando inclusive os conflitos que envolvem interesses metaindividuais – aqueles protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 81, nos traz o conceito de tais interesses, a saber “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.”. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 19 e 24):

Registre-se ainda que, por conta da crescente judicialização dos megaconflitos, e correlata tendência à coletivização do processo, este vai se objetivando e se distanciando das lides estritamente intersubjetivas [...] Todavia, considerando-se que em essência toda ação judicial é pública (porque proposta perante o Estado-juiz); porque a ela tem acesso quem invoque um certo interesse jurídico e tenha legitimidade; porque a função jurisdicional, deflagrada pela ação, é eminentemente pública e indeclinável), cremos que por esse critério não se consegue explicar satisfatoriamente a razão pela qual se deu o nome de “ação civil pública” àquela objeto da Lei 7.347/85. Especialmente em se considerando que a legitimação ativa, nos casos dessa lei, é “concorrente e disjuntiva”, abrangendo outras instituições e entidades, públicas e privadas, além do Ministério Público (entes públicos, Defensoria Pública [...]).

A par desta discussão doutrinária – que, ressalte-se, torna-se um tanto inócua em razão do rigorismo formal que, deveras, já se encontra ultrapassado –, é certo que a natureza jurídica da Lei supra é de caráter processual, visto que é por intermédio desta que as normas substantivas são efetivadas. Explicando melhor.

A Ação Civil Pública implica em resultado jurisdicional com base em pedidos fundamentados em leis substantivas, posto que é esta que vai tipificar a infração e, muito possivelmente, culminar em uma condenação. Ou seja, a LACP é responsável por proporcionar os meios judiciais para efetivar o que se encontra positivado, por exemplo, no Código Consumerista e na defesa dos interesses transindividuais. E deste entendimento não destoam Hely Lopes Meireles (2001, p. 158/159), que leciona: “É unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material”.

Avançando um pouco mais nas características da Ação Civil Pública, necessário se faz o apontamento de seu objeto para, posteriormente, adentrar na legitimidade ativa da Defensoria Pública para sua propositura, principalmente sobre a luz da ADI nº 3.943/DF. Pois bem.

Como cediço na norma processual civil, o objeto de determinada ação é exteriorizado pelo pedido que, conforme melhor doutrina, pode ser dividido entre pedido mediato e imediato. De forma sintetizada, cita-se os conceitos trazidos por Moacyr Amaral Santos (2011, p. 173/174):

[...] o pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor.

Mais que isso, tem-se pela leitura do art. 3º da LACP que o pedido imediato é sempre de natureza condenatória – vide complementação trazida pelo art. 515, I do CPC. Dito isto, parte-se, portanto, a análise da legitimidade da Instituição na propositura destas ações.

Inicialmente, *mister* destacar que o conceito de legitimidade está geneticamente ligado a permissão legal conferida pela ordem jurídica vigente para que determinado agente possa postular, em juízo, demanda que se refere a determinado direito ou interesse. Nas lições de Fredie Didier Jr. (2007, p. 174), a legitimidade é uma condição da ação que se refere a um elemento subjetivo da demanda referente aos sujeitos, possibilitando-o discutir aquela relação jurídica posta para apreciação jurisdicional.

Neste sentido, a Defensoria Pública possui, como dito em linhas antecedentes, legitimidade ativa para propositura de Ação Civil Pública, conforme art. 5º, II da LACP – que sofreu alteração após a promulgação da Lei 11.448/2007 – salvaguardando assim os direitos transindividuais.

Apointa-se, ainda, que esta legitimidade, incluída que foi pela Lei supramencionada, se transmuta em efetivo reconhecimento do legislador da necessidade de ampliação dos mecanismos de tutela de tais direitos, especialmente através da observância do direito fundamental do acesso à justiça como um dos principais mecanismos para sua efetivação. Mais que isso, é dizer, inclusive, que tal alargamento é resultado de um movimento crescente de democracia participativa e conseqüente rompimento do modelo tradicional, onde os cidadãos e Órgãos Públicos atuam na sua proteção.

Afirma Fredie Didier Jr. e Hermes Zanneti Jr. (2011, p. 219) que a referida Lei, que alterou a LACP em seu art. 5º, ao incluir a Defensoria Pública como legítima parte para sua propositura, atende à evolução da matéria e reflete, inclusive, na democratização da legitimação. Acontece que, conforme será visto de forma detida e pormenorizada em capítulo subsequente, a constitucionalidade da Lei 11.448/2007 fora questionada pelo CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público) por intermédio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.943/DF. Segundo Ana Mônica Anselmo de Amorim (2017, p. 110), tal ação não tem razão de ser, *verbo ad verbum*:

[...] em verdadeiro retrocesso à nova ordem processualística, na qual pretende-se mitigar a tutela dos interesses dos menos favorecidos, ressaltando-se que, em

verdade, não pretende a Defensoria Pública se autoafirmar, mas sim, o legislador efetivamente imbuído no propósito de proporcionar um efetivo acesso à Justiça, legitimou o Órgão Defensorial para tanto, evitando-se excessivas demandas individuais, ou melhor, evitando que os direitos dos mais desvalidos, postos em verdadeiro ostracismo, passassem a ser lembrados e reconhecidos pelo poder judicante.

Em outras palavras, é dizer que esse conceito de democratização tem como principal consequência o reconhecimento do acesso de agentes que tiveram seu(s) direito(s) lesado(s) através de um processo coletivo conduzindo, neste sentido, uma resposta jurisdicional mais eficaz e efetiva. E isto encontra-se sua fundação, como destacado e como será pormenorizadamente analisado, em algumas garantias constitucionais, a saber: i) acesso à justiça; b) inafastabilidade do controle jurisdicional e sua efetiva prestação e; c) igualdade.

Nas lições de João Vitor Pinto Santana (2016, p. 339), *in verbis*:

Com o notório crescimento da tutela dos direitos fundamentais, o acesso à justiça tem se tornado uma forma de efetivação da cidadania e da isonomia entre os indivíduos [...] tendo em vista que existe a garantia de resposta do judiciário diante dessas demandas sociais (individual e/ou coletiva). [...] Justamente sob esta perspectiva de consolidação da segurança jurídica que, após a proteção atribuída pela CF/88, a Defensoria Pública passou a ter posição de destaque frente à tutela dos direitos individuais e coletivos, principalmente porque lhe foi conferida a função de proporcionar o acesso à justiça, com condições dignas, ao prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, bem como a função de orientar e defender juridicamente, em todos os graus, aos necessitados [...]

Aprofundando ainda mais na temática abordada, é importante destacar que todo o esforço histórico trazido em linhas introdutórias do presente trabalho foi de fundamental importância para esta mencionada democratização. Isto porque, como visto, a estruturação da Defensoria Pública (e conseqüentemente das Defensorias estaduais) repercutiu, inclusive, na importância crescente da instituição dentro do sistema jurisdicional nacional, gerando, neste sentido, segundo lições de Canotilho (2003, p. 498-501), o dever do Estado reorganizar (criar e estruturar) os órgãos do judiciário e o próprio procedimento jurisdicional para assegurar a efetiva prestação assistencial do Órgão Defensorial para aqueles que são desprovidos de meios econômicos e sociais para garantir ou proteger seus direitos.

Neste sentido, cita-se lição de Cristina Gonçalves (2007, p.20), *in verbis*:

A democratização dos instrumentos de acesso à Justiça, antes de dividir, deve ser vista como um fator de soma na busca de uma sociedade mais livre, justa e solidária, efetivando dessa forma um dos mais importantes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto na Constituição Federal.

A Defensoria Pública não busca a exclusividade na propositura da Ação Civil Pública, mas que, isto sim, essa ação seja um meio para atacar e corrigir as violações de direitos, em especial de direitos sociais, sofridas pela população carente.

[...]

A Defensoria Pública pretende desempenhar suas atribuições com responsabilidade, imbuída do senso de que seus membros são servidores públicos que devem salvaguardar os direitos da população pobre brasileira, que representa significativa parcela da população nacional. E, por isso, temos certeza da constitucionalidade da legitimidade conferida à Defensoria para propor Ação Civil Pública.

Mais que isso, é dizer, inclusive, que diante de toda a trajetória histórica do Órgão Defensorial, ao tornar-se um órgão essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, a defesa dos direitos individuais e, conseqüentemente, dos coletivos, sofreu considerável ampliação. Traz-se, nesse sentido, a lição de Mauro Capelletti e Bryant Garth (2002, p. 08):

[...] pelo qual pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiramente, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...] (CAPPELLETTI; GARTH, 2002. p.8).

Tais considerações alhures nos remete, neste ponto, a necessidade, como destacado, de uma reorganização do Estado através de nova interpretação das normas sobre o tema, especialmente no que se refere ao texto constitucional e ao conceito de acesso à justiça como importante mecanismo para a efetivação dos direitos difusos e coletivos, senão vejamos.

#### **4.2. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA NORMA CONSTITUCIONAL**

Inicialmente, forçoso destacar que há normas no sistema constitucional vigente que versam sobre alguns deveres específicos do Estado que, em recorte temático pertinente, nos remetem ao acesso à justiça como um dos mecanismos principais para efetivação dos direitos *sub examine*. Mais que isso, em análise detida sobre estas normas, é possível identificar que, para que este mecanismo seja eficaz em seu objeto, necessário um esforço interpretativo mais ampliado de outras normas e alguns conceitos a ela inerentes.

Neste sentido, como será visto em linhas subsequentes e em capítulo posterior, o conceito de necessitados é um dos fatores determinantes para a afirmação da própria legitimidade do Órgão Defensorial na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Acontece que, de uma análise perfunctória e de uma interpretação restritiva da norma constitucional e do conceito alhures mencionado, chegaríamos a errônea conclusão de que há incongruência inevitável entre a coletividade e a identificação da capacidade financeira individual, o que culminaria na própria impossibilidade de atuação do referido Órgão na defesa destes interesses.

Isto porque, da leitura do art. 134, *caput*, da CF/88, a identificação da “necessidade” dos assistidos é *conditio sine qua non* para a atuação da Defensoria, vejamos:

Art. 134. A Defensoria Pública é 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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Noutro giro, é importante destacar também a norma prescrita no art. 5º, LXXIV, que nos remete a necessidade de assegurar a todo e qualquer cidadão desprovido de recursos tenha assistência jurídica integral, nos seguintes termos:

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

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Assim sendo, caso também adotássemos uma interpretação restritiva da referida norma, encontraríamos o mesmo obstáculo insofismável alhures apontado. É neste sentido, portanto, que a interpretação ampliativa e sistemática de normas e de conceitos constitucionalmente previstos e prescritos na Carga Magna se faz necessária.

Desta maneira, *mister* a utilização e observância de determinados princípios da interpretação constitucional, dentre eles, merecendo maior destaque na presente, o denominado princípio da máxima efetividade, para que seja possível ultrapassar estas barreiras da interpretação restritiva para reconhecer, como será visto em capítulo subsequente, a legitimidade do Órgão Defensorial e a consonância deste com as normas constitucionais vigentes.

Cita-se, inicialmente, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 232) que ratifica a referida necessidade apontada alhures, vejamos:

[...] tanto a doutrina como a jurisprudência sentiram necessidade de elaborar um rol de enunciados importantes e relevantes para a interpretação constitucional, que pudesse auxiliar os intérpretes nessa difícil tarefa. O estudo destes postulados (ou axiomas) constitucionais revela-se de extrema importância na medida em que eles constituem vetores sem os quais a interpretação constitucional é inócua, porque ilegítima.

Podemos citar, portanto, que o primeiro princípio interpretativo a ser aplicado no estudo da presente temática é o da unidade da constituição que, de forma sintetizada, prevê que as normas constitucionais devem ser vistas como um bloco uno e integrado de regras e princípios. Cita-se, neste interregno, lição de Luís Roberto Barroso (1998, p. 181), *verbo ad verbum*:



A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre estes elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

Assim sendo, este princípio interpretativo faz com que, na prática, o aplicador ou intérprete das normas constitucionais evitem o surgimento de eventuais conflitos aparentes entre preceitos constitucionais que regulam a mesma situação fática, justamente por entender que a interpretação destas normas deve ser a mais expansiva possível.

Mais que isso, temos ainda o princípio da harmonização, que prevê a otimização da efetividade das normas constitucionais que se encontrem em aparente conflito, conciliando, neste interregno, os referidos bens ou valores constitucionais “contrapostos”, em verdadeiro juízo de adequação material. É dizer, neste sentido, que ao conferir legitimidade ao Órgão Defensorial para a defesa dos interesses difusos e coletivos estar-se-á concretizando a otimização da efetividade das referidas normas constitucionais, na medida em que haverá mais recursos e conseqüentemente maior estrutura para a sua efetivação.

Por fim, temos o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, onde o aplicador ou intérprete deve ter um olhar jurídico ao dispositivo em questão que seja possível atribuir maior eficácia, ou seja, aquele capaz de concretizar, de forma mais integral e ampla possível, *a ratio essendi* (razão de ser) da norma.

Na lição de Luís Roberto Barroso, este princípio representa (1998, p. 248) “[...] a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. E disto não destoa José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.187), vejamos:

[...] pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

E inclusive este princípio interpretativo tem ganhado força dentro do próprio STF, na medida em que demonstra a preocupação, cada vez mais pujante, de o aplicador do direito interpretar o texto de forma inovadora ao conferir maior efetividade a norma constitucional. Vejamos, neste sentido, a ementa da ADIn nº 2.596-PR, *in verbis*:

EMENTA: I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. 1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve

prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do STF.

Noutro giro, é certo destacar que a efetividade se distingue da eficácia da norma constitucional, na medida em que, segundo lições de Manoel Jorge Silva e Neto (2013, p. 11) a eficácia se refere a condição perfectível de determinada norma para desempenhar e instigar efeitos jurídicos a ela inerentes e, lado outro, a efetividade refere-se à qualidade e abrangência desta norma no mundo fático.

É neste ponto, portanto, que as normas constitucionais que versam sobre o tema devem ser interpretadas como permissivos constitucionais da legitimidade do Órgão Defensorial na defesa dos interesses difusos e coletivos, posto que é através destes mecanismos que é possível alcançarmos a máxima realização dos conteúdos constitucionais, em atenção, neste sentido, a ampliação e garantia de que estes direitos *sub examine* serão abarcados e defendidos de forma mais efetiva e inclusiva.

Em consonância a isto, de acordo com os processos clássicos de interpretação da norma jurídica, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais não pode ser aplicado de forma irrestrita ao ponto de reformar a própria norma escrita em análise, como bem assevera Manoel Jorge Silva e Neto (2013). É justamente neste ponto que a sugestão interpretativa, acerca das normas constitucionais posta em discussão no presente, encontra-se em total consonância com esta limitação, posto que a conferência de legitimidade do Órgão Defensorial não fere de morte o texto normativo constitucional – provocando, neste interregno, a sua modificação/reforma –, mas sim procura dar maior efetividade ao seu conteúdo através de um expansão de seus conceitos – em dissonância, neste ponto, a obra de Manoel Jorge alhures mencionada.

Mais que isso, em obra publicada de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 121), *concessiva vênua*, não há que se falar em ausência de efeitos práticos ou de relevância deste princípio interpretativo constitucional uma vez que, em análise à luz do tema *sub examine*, a utilização do referido princípio interpretativo propiciou à Corte Suprema de Justiça deste país fixar tese acerca da legitimidade do Órgão Defensorial gerando, neste interim, por via consequente, o elastecimento do rol de legitimados para a propositura de ações que visem tutelar tais direitos

(difusos e coletivos) impondo, assim, maior efetividade (abrangência dos efeitos da norma) e instrumentalidade da tutela estatal. É dizer, portanto, que quanto mais Órgãos Estatais capacitados para tutela de tais direitos forem legitimados para tanto, maior será a efetividade do conteúdo normativo constitucional (e infraconstitucional).

Para que seja possível sustentar, portanto, tais dissonância, recorre-se de forma analógica ao compilado de obras de J.J. Canotilho que nos traz uma perspectiva principiológica – com fundamento nas obras de Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (1985) – capaz de revelar as estruturas e funções da ordem jurídica e das próprias normas a ela inerentes, afastando, neste sentido, o direito como uma ciência metafísica e dissonância da constante evolução social. É dizer, portanto, que a interpretação ampliativa das normas constitucionais (baseada muitas das vezes, como visto no decorrer da presente, em arcabouço principiológico) permite, conforme as lições de Canotilho (1991, p. 176), suprir as necessidades da sociedade e atualizar o direito à realidade, vejamos:

A respiração obtém-se através da 'textura aberta' dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.

E, em sinergia a este entendimento, destaca-se a lição de Ruy Samuel Espíndola (1996, p. 137), *in verbis*:

Segundo se pode concluir, esta é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes - dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressiva e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior abertura e de menor densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a ideia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão axiológico-concretizadora, já que toma mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais.

É justamente neste ponto que a interpretação constitucional baseada no princípio da máxima efetividade da norma constitucional pode ser considerada como válida e, quiçá, necessária para compreensão da legitimidade do Órgão Defensorial na tutela dos direitos difusos e coletivos, posto que é este Órgão que consegue alcançar, de forma memorável e ímpar, parcela da sociedade que encontra-se à margem do direito e que sofre com intensas e habituais violações de seus direitos mais básicos o que reflete, portanto, na própria consecução nas referidas normas e seus princípios – destacando-se, novamente, princípios como a igualdade (material e processual), acesso à justiça e prestação jurisdicional efetiva.

#### **4.2.1. ACESSO À JUSTIÇA COMO MECANISMO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS**

Perpassado o enfrentamento acerca da necessária interpretação ampliativa das normas constitucionais acerca da legitimidade do Órgão Defensorial na defesa dos direitos difusos e coletivos, importante destacar, neste interregno, o acesso à justiça como mecanismo para efetivação destes. Pois bem.

Como visto em capítulo antecedente, o acesso à justiça é considerado, por grande parcela da doutrina contemporânea, como o mais basilar dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos apenas se efetivam por intermédio deste mecanismo necessário ao seu exercício. Mais que isso, é considerado parte da fundação do próprio Estado Democrático de Direito, já que visa garantir a todo e qualquer cidadão a guarida jurisdicional para eventuais ameaças ou violações a direito individual ou coletivo, em efetiva concretude da igualdade material. Segundo Cristina Ferraz (2013, p. 06):

[...] Ao assegurar o direito fundamental de defesa dos direitos e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, o direito ao acesso à justiça impõe um dever de proteção ao Estado por meio de normas que garantam a abertura da via judiciária. Além disso, os caminhos a serem percorridos pelo jurisdicionado em tal via devem ser adequados, sob pena de ineficácia da proteção constitucional.

Não por menos, é que a referida democratização dos direitos, apontada em linhas antecedentes, tem gerado consequências positivas nos direitos difusos e coletivos que, no seu turno, tem apresentado crescente força após inserção no rol dos direitos fundamentais, sendo instrumentalizada, neste compasso, por exemplo, por intermédio da Ação Civil Pública. Nas lições de José Emmanuel Burle Filho (2001, p. 262-364):

[...] o uso da ação civil pública tem se revelado um magnífico instrumento de educação social e democrática [...]. A ação civil pública transformou-se desse modo em instituto de solução judicial e pacífica dos conflitos qualificados pela presença dos interesses difusos e coletivos. Poucos percebem esse lado da ação civil pública, notável e digno de registro.

E seguindo esta tendência encabeçada pelo princípio do acesso à justiça é que a ampliação do rol dos legitimados se fez presente por intermédio também da Lei 11.448/2007 que alterou, como visto, o art. 5º, inciso II da Lei nº 7.347/1985 incluindo, neste interim, o Órgão Defensorial como legitimado para propositura de Ação Civil Pública e consequente defesa dos direitos difusos e coletivos. Nas lições de Angelita Maria Maders (2009), a Ação Civil Pública se mostra como um efetivo instrumento de acesso à justiça, posto que é através desta demanda judicial que é possível abarcar o(s) direito(s) de um grupo de pessoas (determináveis

ou não) e é através desta que a manifestação jurisdicional satisfativa produz efeitos *erga omnes*.

Portanto, a defesa dos direitos difusos e coletivos transmuta-se, em verdade, no próprio cumprimento da função institucional e constitucionalmente prevista de assistência jurídica integral aos necessitados.

#### 4.2.2. CONCEITO DE NECESSITADOS

Para a análise deste conceito, importante revisitarmos, neste espectro, parte das funções institucionais da Defensoria Pública que, ressalte-se, foram devidamente apontadas em capítulo introdutório da presente. É neste sentido, portanto, que a Defensoria Pública possui, como cediço, o dever primordial de tutelar os interesses dos necessitados (ou comumente denominados de hipossuficientes). E é justamente partindo deste conceito que podemos entender que este elemento não é capaz de obstaculizar a legitimidade ao Órgão Defensorial na defesa dos interesses difusos e coletivos, vejamos.

Os arts. 5º, LXXIV e 134, *caput*, ambos da CF/88, nos traz o conceito de necessitados sem, contudo, determinar a sua abrangência. É dizer, em outras palavras, que as normas constitucionais se referiram a concessão da gratuidade e da assistência jurídica integral – por intermédio do Órgão Defensorial, ressalte-se – àqueles que comprovarem insuficiência de recursos sem, contudo, especificar se estes recursos eram de aspecto econômico, técnico, jurídico ou social.

Neste sentido, cita-se lição do Des. Rogério de Oliveira Souza, vejamos:

As espécies de hipossuficiência. A hipossuficiência deve ser analisada sob três aspectos: a hipossuficiência econômica, a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica. A hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual. A hipossuficiência tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural, de molde a possibilitar o preenchimento do conceito. A investigação, no entanto, se desenvolve dentro do processo, inexistindo procedimento específico e autônomo que demonstre ao Juiz tal condição, valendo apenas para o fim de demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos que autorizam o deferimento da inversão da carga probatória processual.

É neste sentido, portanto, que a adoção de um conceito restritivo de “necessitados” para afastar a legitimidade do Órgão Defensorial nos revela, neste interim, uma privação de

direitos, posto que ausência de qualquer tipo de guarida jurisdicional destes acarretaria efeitos sociais e individuais negativos. Nas lições de Axel Honneth (2016, p. 216):

[...] não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.

Inclusive, tal interpretação acarreta grave violação, inclusive, às normas constitucionais – desde que interpretadas de forma ampliativa e integrada, como visto –, uma vez que é dever do Estado assegurar o respeito aos direitos fundamentais e a vida digna dos indivíduos e dos grupos sociais necessitados. Mais que isso, é por uma pá de cal no princípio constitucional da igualdade ou isonomia, uma vez que este princípio prevê não somente uma igualdade jurídica formal, mas também material (fática), resultando, em sinergia com o que vem sendo exposto na presente, em amparo aos indivíduos e grupos sociais hipossuficientes. Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 430):

[...] o princípio da igualdade não é apenas um princípio do Estado de Direito mas também um princípio do Estado Social. Independentemente do problema da distribuição entre ‘igualdade fática’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um princípio de justiça social. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida. Garantir ‘liberdade real’ ou ‘liberdade igual’ (gleiche Freiheit) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição.

É dizer, portanto, que adotar interpretação ampliativa do conceito de necessitados – ante a omissão constitucional de sua delimitação conceitual – é medida que se impõe em razão da necessidade de reconhecimento da desigualdade fática plúrima existente entre os indivíduos e os grupos sociais que integram a nação brasileira e da certeza de que estes terão ao seu alcance os mecanismos jurisdicionais de assistência jurídica gratuita e integral para que exercitem, com plenitude, os seus direitos. E a Defensoria Pública, neste sentido, exerce função primordial dentro do Estado, uma vez que, segundo lições de Tiago Fensterseifer (2020, p. 49):

A Defensoria Pública representa, portanto, esse “movimento” do Estado, por força dos seus deveres de proteção estabelecidos pela Constituição, no sentido de criar, tanto em termos organizacionais quanto procedimentais, políticas públicas inclusivas e capazes de operacionalizar o próprio princípio da igualdade na sua dimensão material, designadamente naquilo que constitui um dos principais esteios do Estado de Direito: um direito a ter direitos fundamentais civis, políticos, econômicos,

sociais, culturais e ambientais efetivos. A criação da Defensoria Pública na CF/88 e a ampliação do acesso à justiça aos indivíduos e grupos sociais necessitados são expressão desse novo programa político-jurídico inaugurado em 1988.

Isto porque, este conceito de necessitados abarca não somente o aspecto econômico, mas o conjunto de vulnerabilidades que disto decorrem, seja a dificuldade do acesso à educação, ao emprego, as condições de moradia, como também ao conhecimento de seus direitos. E tal afirmação encontra guarida, como apontado em linhas antecedentes, na própria Lei Complementar nº 80/1994, em seu art. 4º, incisos X e XI, ao apontar a vulnerabilidade de determinados grupos sociais e a necessidade de proteção de seus direitos em razão de sua(s) condição(ões) para que seja possível exercê-los de forma integral, atribuindo este papel, portanto, a própria Defensoria Pública, vejamos.

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

[...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

Vejamos, neste sentido, lição do Ministro do STJ Antônio Herman Benjamin na AResp nº 50.212/RS<sup>5</sup>, *in verbis*:

[...] a expressão ‘necessitados’ deve ser interpretada de maneira mais ampla, não se restringindo, exclusivamente, às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim a todos os socialmente vulneráveis.

#### 4.2.2. FUNÇÃO DE *OMBUDSMAN* DA DEFENSORIA PÚBLICA

Inicialmente, forçoso fazer um breve aparato histórico da função do *Ombudsman* para, então, adentrarmos na correlação entre esta função e o Órgão Defensorial.

A função de *Ombudsman* teve origem por volta de 1713, no governo do Rei Carlos XII, mas somente fora constitucionalmente prevista nos arts. 96 a 106 da Constituição Sueca de 1809 (ou *Swedish Constitution Act of 1809*) – fundamentalmente influenciada pelas ideias iluministas de Locke e Montesquieu, que tinha como premissa maior a lei e a liberdade. Enquanto a Constituição de 1809 foi marcada pela filosofia iluminista, a provisão para uma

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895028703/agravo-em-recurso-especial-aresp-50212-rs-2011-0135599-5>>. Acesso em 16.07.2020.

estruturação do *Ombudsman* foi ainda mais fortemente afetada por instituições que cresceram na Suécia durante nos séculos anteriores. Assim, sob as constituições anteriores, os representantes do povo nos Estados do Reino tinham freqüentemente exercido poder sobre o governo e a administração civil, conquanto o Parlamento atuava como um tribunal, muitas vezes em ações de natureza política. Mas a função do *Ombudsman* representou uma ruptura marcante de tais métodos, que, como cediço, caíram em descrédito como resultado de inúmeros abusos e que estavam, além disso, claramente em conflito com a doutrina reformista da separação de poderes.

Embora o cargo de *Ombudsman* fosse diferente dos mecanismos anteriores para controle parlamentar direto da administração, o cargo possui alguns precedentes históricos interessantes. Podemos citar, de início, o exemplo da *tribuni plebis* na antiga Roma e da figura do *justiciate* no reino medieval de Aragão (1479), cuja função era proteger os cidadãos privados contra abusos da lei cometidos pelos oficiais.

Neste sentido, o exemplo mais fidedigno do que hoje compreendemos pelo *Ombudsman* surgiu através da figura do Advogado Geral ou (*General Attorney*) criado em 1739 na Suíça, que tinha como função essencial a supervisão da aplicação da lei pelos juizes e outros oficiais do governo que exerciam funções administrativas.

Assim, em decote pertinente, como visto em linhas antecedentes, o Órgão Defensorial tornou-se essencial para o Estado Democrático de Direito, uma vez que é imbuído – como função institucional – de prestar assistência jurídica gratuita e integral a todos aqueles que se inserem no conceito de necessitados.

Neste sentido, é que a Defensoria exerce papel de inclusão social (e jurídica), nos exatos termos em que possibilita a participação desta parcela da população que carece de meios (econômicos, sociais e culturais, como visto em capítulo introdutório) para ter seus direitos respeitados e protegidos. É neste sentido que se encontra a lição de Mauro Cappelletti (1999, p. 107), ao afirmar a noção de essencialidade do Órgão no atual Estado Democrático de direito, *in verbis*: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade”.

Diante desta conjuntura, é que surge o conceito de *Ombudsman* que, nas palavras de Leonardo Peixoto e Marco Waller (2020, p. 259), citando a Federação Iberoamericana do Ombudsman (FIO), *verbo ad verbum*: “[...] instituição pública (criada normalmente pela Constituição e regulada por lei do Parlamento) dotada de autonomia, cuja finalidade principal



é proteger os direitos humanos dos cidadãos frente à Administração Pública do país respectivo”.

Da análise conjuntiva do que fora exposto em linhas introdutória, é correto afirmar, portanto, que a Defensoria Pública pode (e deve) ser considerado como verdadeiro *ombudsman*, uma vez que possui, dentre tantas outras características: i) autonomia (política, funcional e administrativa); ii) estruturação organizacional e; iii) posição constitucional de valor essencial ao Estado Democrático de Direito, atuando na proteção dos direitos dos cidadãos (*vide* art. 5º, incisos LXXIV e XXXV e art. 134, ambos da CF/88).

Afirma-se, portanto, que esta função e conceito, apesar de serem novos na doutrina, já haviam sido inseridos em nossa ordem jurídica através das Emendas Constitucionais nº 73/13 e 80/14, começando a serem mais bem trabalhados e desenvolvidos atualmente. E deste entendimento pela necessidade de reconhecimento do Órgão Defensorial como verdadeiro *ombudsman* não destoa nosso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 4.636<sup>6</sup>, destacando-se, nesta oportunidade, o voto do Min. Gilmar Mendes, *verbo ad verbum*:

A bem da verdade, examinando o projeto constitucional de resguardo dos direitos humanos, podemos dizer que a Defensoria Pública é verdadeiro *ombudsman*, que deve zelar pela concretização do Estado Democrático de Direito, promoção dos direitos humanos e defesa dos necessitados, visto tal conceito da forma mais ampla possível, tudo com o objetivo de dissipar, tanto quanto possível, as desigualdades do Brasil, hoje quase perenes.

E em parecer apresentado à ANADEP, Daniel Sarmiento (2021) afirma a influência das referidas Emendas Constitucionais e reitera a função de *ombudsman* desempenhada pelo Órgão, vejamos:

Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de *ombudsman*. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem “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” (art. 134, caput, CF).

Justamente por isso, é que se chega à conclusão insofismável de que a Defensoria Pública deve possuir legitimidade para a tutela dos direitos difusos e coletivos, em razão da necessidade, casa vez mais pujante, de conferir integral proteção àqueles cidadãos ou grupos que tem ou estão na eminência de ter seus direitos violados. Não por menos, é que, como será visto, a ADI nº 3.943/DF declarou a constitucionalidade da Lei 11.448/2007 – que alterou o disposto na Lei 7.347/85 (LACP) incluindo o Órgão Defensorial no rol de legitimados para sua propositura.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/91952215/processo-n-4636-do-stf>

Assim, diante de todo o entendimento esposado nestes subcapítulos é que se enfrentará a jurisprudência sedimentada (ADI nº 3.943/DF) acerca da temática da legitimidade do Órgão Defensorial para a propositura de Ação Civil Pública e a tutela de direito difusos e coletivos, destacando todos os conceitos necessários para melhor compreensão do acórdão prolatado pela Suprema Corte de Justiça, bem como a sua pertinência com os institutos até aqui abordados e seu acerto irretocável no que se refere ao reconhecimento da referida legitimidade.

## **5. ADI 3.943/DF E A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS**

### **5.1. INTRODUÇÃO**

*Ab initio*, não há como se fazer uma análise escorreita acerca dos fundamentos jurídicos suscitado pelas partes (CONAMP e ANADEP) e pelo órgão julgador (*in casu*, o STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF<sup>7</sup> sem antes introduzirmos, brevemente, mas de maneira adequada e clara, o que seria a própria ADI. Pois bem.

É cediço que a nossa Constituição é tida como a *lex fundamentalis* do nosso Estado Democrático de Direito e, conforme lições de Paulo Bonavides (2002, p. 63), ela é “[...] o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana”, daí porque é correto afirmar que ela ocupa posição hierárquica superior às demais normas de nosso ordenamento jurídico.

Em passagem doutrinária pertinente, o Min. do STF Luís Roberto Barroso (1998, p. 158) afirma, desta feita, que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. E é justamente diante da supremacia da Constituição Federal sobre os demais diplomas legais e da possível incompatibilidade entre a Lei (seja ordinária ou não) ou norma e a Carta Magna que surge o denominado controle de constitucionalidade.

Cita-se, neste interregno, lição de Juliana Paiva dos Santos (2009, p. 09), *in verbis*:

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>>. Acesso em: 13.06.2021

Como paradigma de controle, a supremacia da Constituição se manifesta com prescrições imperativas de natureza formal e material. A prescrição formal está ligada ao fato de a Constituição ser a fonte primária da produção normativa, estabelecendo competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores.

Já as prescrições de natureza material subordinam toda a atividade normativa do Estado à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Quando há a inobservância, por parte do órgão do órgão legiferante, das prescrições formais e materiais, deflagra-se o mecanismo de proteção da Constituição chamado no Brasil de controle de constitucionalidade.

Outrossim, é em razão da supremacia da constituição que a sua observância, como dito anteriormente, se faz essencial, na medida em que legitima e limita o próprio poder estatal através da garantia dos direitos fundamentais nela inseridos. Soma-se a isso, é correto afirmar ainda que tal supremacia é, por muitos doutrinadores, considerada um próprio princípio em si mesma, denotando, neste sentido, a rigidez da constituição ao prever procedimentos legislativos complexos para sua modificação.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2000, p. 39-40):

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuído. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Neste sentido, de forma bem singular, o nosso ordenamento adota, portanto, um modelo misto de constitucionalidade, para que seja possível tornar efetiva a referida supremacia, sendo composto, portanto, de: i) controle de constitucionalidade difuso e; ii) controle de constitucionalidade concentrado – objeto de análise em linhas subsequentes, em razão da temática *sub examine*.

Nas lições de Alexandre de Moraes (2000, p. 555) “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”.

Trata-se de inconstitucionalidade formal quando a norma hierarquicamente inferior a Constituição não observa o procedimento legislativo nela previsto para sua criação. Paulo Bonavides (2002, p. 268) assim leciona:

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes [...].

Por outro lado, a inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo da norma hierarquicamente inferior, em afronta direta a norma constitucional. E é neste terreno da inconstitucionalidade material que a referida ADI (de nº 3.943/DF), objeto de estudo, fora proposta pelo CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), para questionar a edição da Lei Federal nº 11.448/2007 – que alterou o disposto na Lei 7.347/85 (LACP) incluindo o Órgão Defensorial no rol de legitimados para sua propositura.

## **5.2. DAS RAZÕES APRESENTADAS PELO CONAMP**

Da análise da peça inaugural proposta que foi pelo CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) em agosto de 2017, extraem-se alguns pontos importantes que merecem uma análise pormenorizada, a saber: i) competência do STF para processar e julgar a presente demanda; ii) a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007 que alterou o inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85 ao inserir, no rol de legitimados para propositura de ACP, a Defensoria Pública; iii) legitimidade ativa da referida Associação e; iv) pertinência temática.

### **5.2.1 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA**

Como cediço, a própria CF/88, em seu art. 102, inciso I, alínea “a)” dispõe que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originalmente a arguição de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo federal ou estadual que contrarie a Carta Magna, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Diante da matéria aventada (Lei Federal nº 11.448/2007), nota-se, portanto, que realmente compete ao STF julgar e processar a referida demanda, já que o seu mérito – como veremos em linhas subsequentes – é relativo à incompatibilidade material de Lei Federal à Constituição da República.

Perpassado o primeiro ponto de análise, parte-se para o mérito da própria ação, qual seja, a arguição, pelo CONAMP, de contrariedade da referida Lei Federal de nº 11.448/2007 à Constituição, especificamente em seus arts. 5º, inciso LXXVI e 134.

Como apontado pela Entidade proponente, a Lei Federal combatida alterou o teor da Lei nº 7.347/85 (LACP) ao incluir no inciso II do art. 5º, o Órgão Defensorial como legitimado para propositura de Ação Civil Pública. Vejamos, neste ponto, o seu preâmbulo e o seu art. 2º e, logo em seguida, a nova disposição da norma reformada:

Altera o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública.

[...]

Art. 2º O art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos I (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

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

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

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

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

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

Esta alteração, por sua vez, segundo a CONAMP, afronta diretamente o disposto nos arts. 5º, inciso LXXVI e 134, ambos da CF/88, pois encontra óbice intransponível no próprio conceito de necessitados elencado nos dispositivos alhures mencionados, vejamos:

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

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. 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 desta Constituição Federal.

O Requerente, para tanto, utilizou-se de interpretação literal dos conceitos abarcados pelas normas retro citadas afirmando, neste compasso, que diante da natureza da Ação Civil Pública e da hipótese de atuação do Órgão Defensorial, não há que se falar na possibilidade de

individualização e identificação de seus assistidos e das respectivas carências financeiras – já que o objeto da ACP é a proteção dos interesses transindividuais que, como visto, pressupõe uma pluralidade de agentes (identificáveis ou não, como visto no Capítulo 3 da presente).

É importante destacar que o Requerente fundamentou a referida alegação no próprio objetivo da Ação Civil Pública que, conforme se extrai do Documento de nº 05 anexado à Inicial, trata-se de “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” que, portanto, não há como se inserir o conceito de “cidadão necessitado” a qualquer destas categorias alhures mencionadas.

Com a *devida vênia*, como visto em capítulo antecedente, o referido entendimento não merece prosperar, inclusive, é o que se extrai do acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque que se encontra correto e adequado ao sentido da Constituição e de suas normas sobre a matéria, não havendo de se falar, portanto, em qualquer inconstitucionalidade da Lei Federal combatida com a nossa Carta Magna.

### **5.3. DAS RAZÕES APRESENTADAS PELA ANADEP**

Diante da Inicial apresentada pelo CONAMP, após o regular processamento inicial da demanda, a ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos), na qualidade de *Amicus Curiae*, manifestou-se nos autos da ADI *sub examine* pugnando, em síntese, pela total improcedência dos pedidos, sendo necessário destacar, neste compasso, seus principais fundamentos – sendo que alguns deles serão pormenorizadamente analisados em seguida –, a saber: i) ilegitimidade do CONAMP para propositura da presente ADI ora analisada; ii) da abrangência constitucional das atribuições da Defensoria Pública e da consequente legitimidade para propositura de ACP; iii) da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007; iv) legitimidade ativa para proteção dos direitos difusos e coletivos; v) aplicação, *in casu*, do princípio da maior/máxima eficácia à norma constitucional e; vi) impossibilidade de aplicação da interpretação conforma à Constituição.

Neste compasso, antes de adentrarmos nos fundamentos de maior relevância para o decote da presente monografia, necessário abordamos, de forma abreviada, a alegação de ilegitimidade do CONAMP para a propositura da presente demanda, senão vejamos.

Segundo a ANADEP, a legitimidade do CONAMP para a proposição da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade restaria prejudicada pela própria disposição de seu Estatuto que, em seu art. 1º, assim dispõe:

Art. 1º - A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, entidade de classe de âmbito nacional, é uma sociedade civil, integrada pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, prerrogativas, direitos e interesses, diretos e indiretos, da Instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado Democrático de Direito.

Da leitura do referido dispositivo, sustentou a ANADEP que a legitimidade da CONAMP estaria restrita somente à discussão “de temas de interesse institucional do Ministério Público ou de seus integrantes”.

Da análise isolada do referido dispositivo, poderíamos chegar à conclusão irretocável de que a legitimidade da Entidade se restringe a matérias de cunho institucional.

Mas, com a *devida vênia*, tal argumento não merecia prosperar (e efetivamente assim não o foi, quando do julgamento da referida ADI), haja vista que os incisos I a III do art. 2º, do próprio Estatuto, preveem a possibilidade de ingresso de ação de controle concentrado de constitucionalidade pela Entidade, senão vejamos:

Art. 2º - São finalidades da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP:

I - defender os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos;

II - defender o fortalecimento do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

III - defender os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para o seu exercício;

Por outro lado, acertou a Entidade, na medida em que entendeu que a saída viável para o acolhimento de tal argumentação, ao que parecia, poderia se situar na inexistência de prejudicialidade (de qualquer natureza) do reconhecimento da constitucionalidade da Lei Federal nº 11.448/2007 e, conseqüentemente, na legitimidade do Órgão Defensorial na propositura de ACP e conseqüente defesa dos interesses difusos e coletivos.

Isto porque, como cediço, a referida Lei não extirpou nem suprimiu a legitimidade do Órgão Ministerial para a propositura de ACP, tampouco na defesa dos interesses difusos e coletivos, pelo contrário. A Lei alterou somente, como visto, o rol de legitimados, na exata medida da inserção de mais um Órgão na proteção destes direitos. E assim se pronunciou a ANADEP, *in verbis* “[...] a inclusão da Defensoria Pública [...] não afeta, nem em termos mediatos, a atividade dos demais. Trata-se de iniciativa disjuntiva e concorrente [...]”.

Outrossim, como apontado, a premissa relativa à existência de conseqüências jurídicas negativas nos direitos dos seus associados (*in casu*, dos membros do Ministério Público *lato*

*sensu*) pressupõe a supressão, de algum modo, no próprio direito ao exercício de determinado ato que, como analisado, inexistente.

Mais que isso, conforme própria disposição Estatutária (art. 2º, inciso XI), incumbe ao CONAMP “colaborar com os Poderes Públicos no desenvolvimento da justiça, da segurança pública e da solidariedade social”.

Assim, da análise conjunta de seus dispositivos estatutários, a colaboração no desenvolvimento da justiça pressupõe, como exposto em capítulo antecedente, a própria contribuição com a lapidação do sistema normativo pátrio, e isso inclui, como apontado, na própria inserção de mais um Órgão na proteção de tais direitos – pois a finalidade não é quem o protege, mas sim o que se é protegido.

Mas tal discussão, como será demonstrado em subcapítulo seguinte, quando da análise do Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, refere-se a própria pertinência temática que, de forma insofismável, segundo próprio entendimento da Corte, pressupõe a análise do próprio mérito da Ação proposta.

### **5.3.1 DISPOSIÇÃO NORMATIVA E ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO CAMPO DE ATUAÇÃO E DA LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO DEFENSORIAL NA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Perpassada as pontuações prévias necessárias, passa-se a análise pormenorizada dos principais fundamentos atinentes ao tema ora analisado na presente. Neste sentido, alegou a ANADEP, em linhas meritórias introdutórias, que em razão das funções institucionais da instituição e do quanto disposto no art. 134 da CF/88, a transcendência de seu campo de atuação é medida que se impõe, na medida em que o acesso à justiça deve ser valorado de forma efetiva para a real concretude do sentido das normas constitucionais.

Sustentou, ainda, que o próprio conceito de “assistência jurídica integral” inserido no art. 5º inciso LXXIV não pode ser interpretado de forma literal ou gramatical, pois acabaria por contrapor o próprio sentido da norma. É dizer, portanto, que a CF/88 indica que os mecanismos de assistência jurídica devem compreender a utilização de todos os instrumentos (processuais) à disposição para a efetiva proteção dos direitos dos assistidos, compreendendo, neste compasso, os instrumentos de representação ordinária e extraordinária – fazendo menção, neste interregno, ao próprio princípio da maior eficácia possível (abordada em capítulo anterior).



É neste sentido, portanto, que entendeu a ANADEP que a Lei Federal combatida se encontra em conformidade com o disposto nas normas constitucionais elencadas como contrariadas, uma vez que, a inserção de mais um Órgão na proteção de tais interesses transindividuais resulta, inegavelmente, na concretização da integralidade da própria assistência jurídica Estatal, vejamos o seguinte trecho da sua manifestação “Se a Lei aumenta as atribuições da Defensoria [...] é evidente que está em conformidade e faz realizar o princípio aventado da maior eficácia possível das garantias constitucionais”.

Cita-se, neste sentido, lições de Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 31-32), *ad litteram*:

O direito processual coletivo brasileiro, no plano do seu objeto material, divide-se em especial e comum. O direito processual coletivo especial se destina ao controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade [...] 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. [...] 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 de conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude.

Soma-se a isso, trouxe a ANADEP ainda a necessidade de se conferir ao conceito de acesso à Justiça uma roupagem ampliada, no sentido de abranger não somente a tutela jurisdicional tradicional e individual, mas também dos mecanismos “modernos de tutela” – citando, neste ponto, com exemplo, a Lei nº 8.078/90 (CDC), Lei nº 7.853/89 (relativa às pessoas portadoras de deficiência) e Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) –, ou seja, daqueles que visam proteger os direitos coletivos.

Corroborando tal entendimento, cita-se lição de Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 01), *verbo ad verbum*:

Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização de poder, inaugurando um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. E isso também significou uma reorganização da sociedade civil em torno de associações e de grupos.

### **5.3.2 DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO PARA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS**

Justamente por estar empenhada em demonstrar a evolução constitucional (das normas e da interpretação), é que a ANADEP, neste compasso, sustentou que a Lei Federal nº 11.448/2007

é constitucional e, portanto, a legitimidade ativa do Órgão Defensorial merecia ser reconhecida.

Parte, em primeira análise, da premissa de que não há qualquer vedação constitucional relativa à legitimidade do Defensoria Pública na defesa dos interesses difusos e coletivos sem deixar de reconhecer, neste ponto, que também não há qualquer dispositivo constitucional que a preveja. Justamente pela ausência de vedação e/ou disposição, é que a interpretação do conceito de “assistência jurídica integral” prevista no art. 5, inciso LXXIV da CF/88 merece ser ampliada e visto à luz do princípio da maior eficácia possível, pois resultaria na compreensão do mecanismo de tutela ora discutido no rol de instrumentos disponíveis ao Órgão Defensorial para a efetiva defesa dos direitos de seus assistidos.

Em segundo momento, *mister* destacar que há confronto direto com o argumento trazido pela CONAMP em relação a inconstitucionalidade da Lei Federal retromencionada, na exata medida em que, se o fundamento da ação fosse levado a cabo, mediante pensamento lógico-jurídico, não havia de se falar na própria legitimidade do Ministério Público (tampouco de qualquer dos Órgãos ou Entidades previstos no rol de legitimados da Lei combatida – por ausência de expressa disposição constitucional) para a defesa de interesse individual homogêneo, em razão da omissão constitucional sobre o tema.

Para tanto, a ANADEP se retrata ao quanto disposto no art. 129, inciso III da CF/88, que trata sobre a matéria, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Neste ponto, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a ampliação da atuação do Órgão Ministerial à proteção dos interesses individuais homogêneos, utilizando-se, na oportunidade, da interpretação sistemática, conforme se extrai do REExt nº 195.056-1<sup>8</sup>, vejamos o seguinte trecho do voto do Min. Rel. Sepúlveda pertence, *verbo ad verbum*:

A afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir de identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela - Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados. Afinal de contas - e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio - a Constituição ainda aponta como metas da República 'construir uma sociedade livre, justa e solidaria erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais'. Esse critério (...) se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição.

Mais que isso, a ANADEP sustentou que a indeterminação dos sujeitos nas ações relativas à tutela de interesses difusos não é motivo de óbice para a conferência de legitimidade do Órgão

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624617>>. Acesso em: 13.06.2021

Defensorial na sua tutela, vejamos o seguinte trecho da manifestação da Entidade, *in verbis* “Titularidade indeterminável não é titularidade de ninguém, a coletividade não se constitui de um conjunto amorfo, mas na projeção qualificada e metaindividual de redes de direitos e interesses reais”.

Para tanto, a Entidade, com a cautela habitual, destacou que o conceito fático vivenciado pela sociedade brasileira não guarda sinergia direta e perfeita com o disposto na norma legal, especificamente no que se refere a possibilidade de defesa de tais direitos relativos, por exemplo, a pessoas consideradas como necessitadas que, de acordo com o disposto na própria LACP, em seu art. 5º, inciso V, prevê a possibilidade de representação extraordinária por intermédio das Associações. Isto porque, conforme cediço, há grupos sociais que sequer tem conhecimento das Leis e de seus direitos constitucionalmente garantidos, vejamos o seguinte trecho da referida manifestação da Entidade, em enquadro pertinente da realidade vivenciada, *in verbis* “Tais associações são [...] formadas por cidadão com capacidade de reconhecer a importância da unificação dos esforços [...] A maior parte da população necessitada não tem acesso às informações mais elementares sobre direitos”.

E justamente pelas funções institucionais da Defensoria Pública e da realidade vivenciada no cotidiano dos seus membros, é que a relação com a sociedade se torna mais palpável e habitual do que, por exemplo, com relação aos membros do Órgão Ministerial. É pertinente arriscar a dizer, neste ponto, que a compreensão da realidade dos ditos “necessitados” faz com que a Defensoria Pública, neste ponto, tenha mais *expertise* e acesso a estes grupos, inclusive para a interposição da ACP e dos direitos difusos e coletivos desta parcela expressiva da população brasileira.

Segundo leciona Antônio Herman V. Benajamin (1995, p. 139), *in verbis*:

Procede a crítica da literatura estrangeira, quando ataca a apatia ao Ministério Público para com tais interesses e direitos e sua tutela, com exclusividade, pelo aparelho estatal os órgãos governamentais (mesmo o Ministério Público), por mais independentes que sejam, sempre estão sujeitos a pressões políticas, possuindo limitações, humanas e materiais intransponíveis; além disso, trabalham com prioridades nem sempre coincidentes com aquelas dos tutelados, podendo, como indicado pela doutrina especializada, ser capturados pelos mesmos grupos e pessoas que deveriam, em tese, controlar.

Por isso mesmo, quando for conferida ao Ministério Público (através das figuras do Promotor de justiça, do Staatsanwalt, da Prokutura e do Attorney General ou Public Prosecutor), ou a qualquer outro órgão estatal, atribuição de defender o interesse supraindividual, é recomendável o reconhecimento de soluções pluralistas, complementares e essas instituições; em outras palavras o Estado, direta ou indiretamente, não pode ter o monopólio da tutela dos interesses transindividuais, de qualquer natureza.

Neste sentido, a ANADEP citou pertinente entendimento exarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 558-8/RJ<sup>9</sup>, vejamos decote pertinente sobre o tema no voto exarado pelo Min. Rel. Sepúlveda Pertence, *ad litteram*:

Certo, a própria Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados (art. 134).

Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados, a que alude o art. 176, caput, da Constituição do Estado (do Rio de Janeiro): é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade

[...]

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

Concluiu a ANADEP, portanto, que a improcedência dos pedidos é medida que se impõe pois, em sentido contrário, estaria o Supremo Tribunal Federal restringindo não somente o rol de legitimados para a tutela de tais interesses, como também o próprio interesse público e a assistência judiciária integral aos necessitados defendido na norma constitucional, em contraposição, inclusive, com o movimento de lapidação constitucional vivenciado nas últimas décadas com a conseqüente inclusão dos mais necessitados no processos de democratização da justiça – *in casu*, com visto em capítulo antecedente, transmutado pelo próprio conceito de Acesso à Justiça.

## 5.4 DO ACÓRDÃO

Após o regular processamento da demanda, tendo as partes interessadas se manifestado sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal prolatou acórdão<sup>10</sup> desfavorável ao Requerente CONAMP, exarando a seguinte ementa, *verbo ad verbum*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO 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

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1104820/false>>. Acesso em: 13.06.2021.

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>>. Acesso em: 13.06.2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Como apontado em linhas antecedentes, o STF manifestou-se, primeiramente, sobre a alegação de ilegitimidade do CONAMP para a propositura da referida ADI e, conseqüentemente, da própria pertinência temática, destacando, na oportunidade, que a possibilidade de impacto negativo na competência e nos prejuízos institucionais a serem suportados pelo Ministério Público através do reconhecimento da legitimidade do Órgão Defensorial para a defesa dos interesses difusos e coletivos por intermédio da propositura da ACP é matéria que, insofismavelmente, pressupõe a própria análise meritória, razão porque entendeu que a alegação devia ser superada.

É cediço, neste ponto, que a legitimidade para a propositura da ADI pode ser dividida entre legitimidade especial ou legitimidade universal. A legitimidade especial refere-se àquele em que o STF tem entendido que, para se falar neste requisito e, conseqüentemente, na admissibilidade da ação, necessária a comprovação da pertinência temática – como é o presente caso. Lado outro, são considerados legitimados universais aqueles elencados no art. 103, incisos I, II, III, VI, VII e VIII da CF/88, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

[...]

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

É certo, neste ponto, que a legitimidade, *per se*, estaria devidamente observado no presente caso, em razão do disposto no art. 103, inciso IX da CF/88, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Acontece que, como sabido, o Supremo Tribunal Federal demanda a demonstração, em determinados casos, para que seja possível se falar em admissibilidade da ADI, da chamada pertinência temática. Porém, da análise do referido texto constitucional que versa sobre a matéria, chegaríamos à conclusão cristalina de que a pertinência temática sequer encontra recepção normativa constitucional, razão porque sequer deveria ser considerada como condição essencial para referida admissibilidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidades

– como é o presente caso ora analisado. É dizer, em outras palavras, que a pertinência temática é considerada como uma figura atípica advinda do “ativismo jurídico” do próprio STF.

Segundo lição de Dimitri Dimoulis (2016, p. 42), tal separação feita entre os legitimados a partir da necessidade da demonstração da chamada pertinência temática acaba por discriminar “[...] alguns legitimados previstos no artigo 103 da Constituição, criando uma bipartição entre legitimados de primeira classe (os universais) e de segunda classe (os especiais)”. Tal crítica ao ativismo judicial implementado sobre a matéria é corroborada pelas importantes lições de Leonardo Sarmiento (2015, p. 563), *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal, ao querer a comprovação da pertinência temática, como um requisito de admissibilidade, tem atuado como legislador positivo, substituindo de modo temerário o Congresso Nacional, ou mesmo o Poder Constituinte. Bem, se a Constituição não faz qualquer exigência para os legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade de normas, não poderia o STF fazê-lo. Até mesmo uma lei que preveja o requisito da pertinência temática seria, a nosso sentir, de constitucionalidade duvidosa.

Outrossim, temos então que a pertinência temática, neste sentido, pode ser considerada como sendo a necessidade de demonstração de que as questões deduzidas “repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”, conforme lições do Min. Roberto Barroso (2009, p. 161). O Min. Moreira Alves (1990, p. 30) corrobora do referido entendimento, a saber:

Em se tratando de processo objetivo, o conceito correspondente ao do interesse subjetivo é o de pertinência objetiva, ou seja, o legitimado para propor a ação direta de inconstitucionalidade tem a sua legitimação circunscrita à pertinência entre suas atribuições e a repercussão nelas da norma que impugna como inconstitucional.

Avançando um pouco na referida análise preliminar, fica latente que, seguindo o entendimento e o ativismo judicial criado e sedimentado pela Corte Suprema quando a necessidade de demonstração da pertinência temática, a análise destes requisitos de admissibilidade se esbarra no mérito da própria ação, razão porque, da análise do acórdão exarado na ADI objeto do estudo, entenderam os ministros, por maioria, que a tese preliminar suscitada pelas demais partes deveria ser superada.

Neste ponto, cumpre destacar o voto exarado pelo Min. Marco Aurélio de Melo, ao qual entendeu que, em razão do reconhecimento da legitimidade especial da Entidade (CONAMP), a pertinência temática não restaria devidamente comprovada, em razão da inexistência de prejudicialidade, posto que, conforme sustenta, o próprio art. 129, § 1º da CF/88 a exclui, *in verbis*:

Não há, Presidente, e não podemos estender o enquadramento como legitimado universal, direito específico, direito peculiar, direito exclusivo dos representados.

Não havendo esse direito exclusivo, e atacado o inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 como se houvesse a legitimação universal. E, se entendermos que no caso é parte legítima, poderia ser também para atacar qualquer dos outros incisos. Certamente não impugnaria o inciso que versa a legitimação do próprio Ministério Público. Não estendo às associações a legitimação universal.

Por isso, assentando a inexistência de pertinência temática, proclamo a ilegitimidade da CONAMP.

#### **5.4.1 DO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES APRESENTADAS PELA ANADEP E DO JULGAMENTO PELA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO**

Feita a consideração prévia e necessária acerca da preliminar aventada na manifestação exarada pela ANADEP, forçoso dissecarmos o mérito do acórdão prolatado pelo STF na ADI de nº 3.943/DF que, como visto, entendeu pela improcedência da Ação, por unanimidade. Pois bem.

A Min. Rel. Carmen Lúcia parte da premissa de que a alteração legal promovida pela Lei Federal nº 11.488/2007 transcende a esfera subjetiva, na exata medida em que atribuiu ao Órgão Defensorial não somente da tutela de direitos individuais homogêneos, como também a tutela dos direitos transindividuais dos considerados menos favorecidos – ou necessitados.

Neste compasso, trouxe como primeiro fundamento a Emenda Constitucional nº 80/2014 que, conforme citada nos primeiros capítulos da presente, teve o condão de alterar o teor da norma constitucional prevista no art. 134 da CF/88, atribuindo, desde aquela oportunidade, a função institucional de tutela dos direitos individuais e coletivos, vejamos:

Art. 134. 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 desta Constituição Federal.

Trouxe a Min. Rel., ainda, trecho do Parecer de nº 312/2014 anexado a presente demanda, elaborado que foi pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, onde destacaram, *in verbis*:

No que se refere ao mérito, entendemos que as alterações propostas ao texto constitucional são de extrema importância para a sociedade brasileira, pois a Defensoria Pública é uma instituição que promove a garantia dos necessitados ao acesso à justiça, por meio de serviços gratuitos e de qualidade. A CF/88, portanto, deve ser enfática em assegurar a todos os cidadãos, brasileiros a utilização dos serviços da Defensoria.

[...]

Quanto à alteração do texto em si, a redação proposta ao art. 134 constitucionaliza importantes elementos relativos à Defensoria Pública, como o caráter permanente, a vocação para a solução judicial e extrajudicial dos litígios, a defesa individual ou coletiva dos necessitados e a promoção dos direitos humanos, conferindo a tais preceitos maior estabilidade normativa e à instituição a adequada relevância política

e finalística. Do mesmo modo, a inserção dos princípios da Defensoria Pública na Constituição fortalece esse órgão, como já ocorre com o Ministério Público, conforme o § 1º do art. 127 da Carta Política. (...)

*Destaque-se que, no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito, não podemos conceber que as instituições que compõem a Justiça brasileira (Estado-Juiz, Estado-Acusação e Estado-Defesa) estejam em patamares diferenciados, em desequilíbrio, sob pena de uma das funções se esvaziar em relação às demais e restar desfigurado o sistema concebido pelo constituinte originário. Portanto, é imperioso que seja assegurada a "paridade de armas" entre essas funções, com instrumentos, garantias e prerrogativas, dentro e fora do processo, que viabilizem o efetivo acesso à Justiça aos que dela necessitam.*

Soma-se a isso, reconheceu ainda que a legitimidade inserida na Lei combatida adveio dos princípios da máxima efetividade da Constituição e da própria dignidade da pessoa humana transmutada, *in casu*, segundo a Min. Rel., pelo próprio conceito de Acesso à Justiça.

Justamente diante deste quadro, é que a Corte Suprema entendeu, de forma perfunctória quando da análise do mérito, pela ausência de inconstitucionalidade, ante a previsão de norma constitucional – *vide* EC nº 80 e art. 134 da CF/88 – sobre a matéria.

Cita-se, neste ponto, trecho do voto da Min. Rel., *in verbis*:

Considero a norma aqui impugnada constitucional desde 2007, data da promulgação da Lei n. 11.448. A Emenda Constitucional n. 80/2014, coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais, confirma o movimento surgido na década de 1960 de ampliação de garantia de acesso integral à Justiça.

Perpassada a análise inicial do mérito da ADI, em análise detida sobre as questões conexas que envolvem a (in)constitucionalidade da norma impugnada, a Min. Rel. suscitou a evolução constitucional do conceito de Acesso à Justiça, destacando, naquela oportunidade, trecho das lições do Min. Teori Zavascki (2014, p. 14-15), vejamos:

As modificações do sistema processual civil operaram-se em duas fases, ou “ondas”, bem distintas. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo não o de introduzir novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos.

Nesta esteira, afirmou ser necessário o reconhecimento da legitimidade do Órgão Defensorial na tutela dos interesses difuso e coletivos, trazendo ao colegiado, naquela oportunidade, importante indagação, *in verbis* “A quem aproveitaria a inação da Defensoria Pública, negando-se-lhe a legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública?”.

Mais que isso, afirmou ainda a importância institucional e constitucional da Defensoria Pública como Órgão essencial à Justiça, na exata medida em que concretiza o princípio do acesso à justiça a camada menos abastada de nossa sociedade – *in casu*, dos necessitados.



Neste ponto, importante trazer o entendimento fixado pela Suprema Corte sobre a matéria, destacando-se a ementa do acórdão prolatado na ADI nº 2.903/PB<sup>11</sup>, *in verbis*:

DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA.

- A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

- De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES - DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICOSOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.

Avançando ainda mais na análise do mérito do voto da Min. Rel., destaca-se, neste ponto, o apontamento do conceito de assistência jurídica integral previsto no at. 5º, inciso LXXIV da CF/88, concluindo a Min. que a atuação da Defensoria Pública não poderia se limitar tão somente as demandas individuais dos necessitados. Neste ponto, importante citar as lições de José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 187), *verbo ad verbum*:

[...] com a expressão ‘ações coletivas’ (...) estou aludindo à matéria litigiosa, não à estrutura subjetiva do processo, mas ao próprio litígio que vai ser objeto da apreciação judicial; e até diria que um dos traços característicos dessas chamadas ações coletivas consiste, precisamente, na possibilidade, que em geral se assegura, de que a lide seja posta sob a cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica.

A interpretação principiológica também fora utilizada pela Min. quando da fundamentação de seu voto, na medida em que a interpretação da norma constitucional deve não somente extirpar as contradições normativas, como servir de orientação através do entendimento

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2135902>>. Acesso em 13.06.2021.

global e integrado das normas previstas na Carta Magna, com o objetivo de favorecer a integração social (igualdade e dignidade da pessoa humana) e o próprio acesso à justiça.

Traz-se, neste interregno, trecho da obra de Vânia Márcia Damasceno (2011, p. 29), *in verbis*:

[...] a melhor interpretação que se pode dar a qualquer direito ligado ao acesso à justiça é aquela que não cria obstáculo à sua efetivação. Que o torne elástico a ponto de alcançar o maior número de pessoas possíveis; que solucione os conflitos de massa da sociedade moderna [...]

Importante destacar, ainda, as lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1224) sobre a importância dos princípios – em destaque, ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional – na interpretação da sistemática constitucional, em contraponto, portanto, com a interpretação restritiva dada pela Requerente (CONAMP) aos dispositivos apontados como violados, *in verbis*:

[...] também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. E um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) [...]

Cita-se, neste ponto, trecho da manifestação da Advocacia Geral da União e o voto da Min. Rel. sobre a matéria, respectivamente, vejamos:

[...] a exegese que conduz à conclusão mais efetiva das atribuições da Defensoria Pública é aquela segundo a qual sua legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas está presente quando, entre os eventuais beneficiados, haja necessitados [...].

Contrariamente, restringir a legitimidade sob exame seria inviabilizar o próprio acesso à justiça dos hipossuficientes que, possuindo interesses convergentes com os dos demais cidadãos, não poderiam ser assistidos em pleito coletivo pela Defensoria Pública.

[...]

Na verdade, a máxima efetividade com que deve ser interpretada a implementação dos direitos fundamentais realiza-se quando o Poder Público protege os mais pobres, mesmo que seus interesses sejam indissociáveis ou estejam agrupados aos de pessoas mais abastadas.

36. A interpretação sugerida pela Autora desta ação tolhe, sem razões de ordem jurídica, a possibilidade de utilização de importante instrumento processual (a ação civil pública) capaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais de pobres e ricos a partir de iniciativa processual da Defensoria Pública.

Justamente neste sentido, é que a Corte afirmou que o conceito de necessitados não pode ficar adstrito somente ao aspecto financeiro, devendo ser incluído também o seu aspecto organizacional, abarcando, neste sentido, os grupos de pessoas (*lato sensu*) para a própria tutela dos interesses difusos e coletivo. Vejamos, neste ponto, lição de Vânia Márcia Nogueira (2001, p.30), *in verbis*:

[...] já não basta peticionar. O acesso à justiça compreende uma gama de princípios paralelos a serem cumpridos. Celeridade, contraditório, ampla defesa, decisões justas, ações afirmativas que possam, no caso concreto, transformar a realidade, buscar a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza, que é origem de todas as mazelas sociais adjacentes à violência urbana.

Noutro giro, entendeu a Corte Suprema de Justiça que a legitimação do Ministério Público para a propositura de ACP não é exclusiva, mas sim concorrente, por própria disposição constitucional prevista no art. 129, inciso III e § 1º da CF/88, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Assim, não há que se falar, portanto, em qualquer prejudicialidade no reconhecimento constitucional de que a Defensoria Pública detém legitimidade ativa na propositura da ACP e, conseqüentemente, na tutela dos interesses difusos e coletivos. Neste ponto, importante citar trecho da obra de Celso Ribeiro Batos e Ives Gandra Martins (2000, p. 184-185), *ad litteram*:

O parágrafo agora sob comento deu fundamento constitucional para o exercício dessa colegitimação, resultando recepcionada a referida lei e amparadas constitucionalmente outras que lhe seguiram, como as Leis n. 7.853/89, 7.913/89, 8.096/90 e 8.078/90.

Essa colegitimação foi fruto de uma relativamente longa batalha judicial, começada quando da aprovação da Lei n. 7.347/85 havendo quem sustentasse a sua inconstitucionalidade. Hoje, cremos não haver espaço para esse tipo de discussão, uma vez que o uso pelo Ministério Público do seu inquérito civil e da sua ação civil pública não exclui o direito de nenhum outro legitimado. Nessa duplicidade de sujeitos legitimados, só pode surgir um benefício para aqueles que tiveram seus direitos lesados; mesmo que o Ministério Público deixe de atuar em uma determinada hipótese, ainda assim os referidos lesados estão na plena posse dos seus direitos de ação. É um reforço, portanto.

Destaca-se, *concessa vênia*, trecho do voto da Min. Rel., *verbo a verbum*:

48. Como apontado pela Advocacia-Geral da União, “sob a égide da Lei nº 11.448, de 2007, o Parquet continua a deter todos os princípios, garantias, atribuições e procedimentos que, anteriormente, configuravam seu instrumental de promoção da defesa social, em especial a ação civil pública” (fl. 544) e, “quando o Ministério Público não for o autor da ação, intervirá sempre como fiscal da lei”, exatamente como consta da Mensagem n. 123/1985 (Projeto de Lei n. 4.984/1985, origem da Lei n. 7.347/1985 – atual art. 5º, § 1º).

49. A ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à justiça (a Defensoria Pública e o Ministério Público) demonstra inexistir prejuízo institucional para a segunda, menos ainda para os integrantes da Associação Autora.

Diante de todos os argumentos expostos e minuciosamente dissecados, é que a Corte Suprema entendeu pela improcedência da ADI proposta pelo CONAMP.

#### 5.4.2 DOS REFLEXOS DO ACÓRDÃO E DO (NOVO) PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Diante de todo o quadro fático-jurídico narrado em linhas antecedentes, é possível destacar que a improcedência da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo CONAMP gerou, por via transversa, a fixação do entendimento da Corte Suprema acerca da constitucionalidade da Lei Federal nº 11.448/2007 – que, como visto, alterou o disposto no art. 5º, inciso II da Lei nº 7.347/85 ao inserir, no rol de legitimados para propositura de ACP, a Defensoria Pública.

Mais que isso, observa-se que alguns conceitos importantes que envolvem a temática foram analisados e revistos, tendo sido ponto fulcral para o entendimento sedimentado pela referida Corte. Cita-se, como exemplo, o *status* de Órgão essencial à Justiça, bem como suas funções institucionais, além de destacarem as disposições normativas constitucionais previstas nos arts. 5º, inciso LXXVI e 134 e seus conceitos, a saber: i) o acesso à justiça; ii) assistência jurídica integral; e, como não poderia deixar de ser, o próprio reconhecimento da legitimidade do Órgão Defensorial por recepção constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

Cita-se, neste ponto, sintetizado voto do Min. Celso de Mello que, com a objetividade habitual, resumiu bem os pontos essenciais que firmaram o referido entendimento, *in verbis*:

Quanto a esse aspecto, já tive o ensejo de assinalar, em julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.903/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

É por isso, Senhor Presidente, que tenho para mim que o exame deste litígio constitucional impõe que se façam algumas considerações prévias em torno da significativa importância de que se reveste, em nosso sistema normativo, e nos planos jurídico, político e social, a Defensoria Pública, elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e reconhecida como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas.

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional do Estado.

Não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que

assegura aos necessitados o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária –, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável.

É preciso reconhecer, desse modo, que assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

## 6. CONCLUSÃO

Inicialmente, destaca-se a importância da historicidade do Órgão Defensorial durante a introdução da presente, perpassando pelos tímidos e embrionários movimentos pátrios da ideia de assistência judiciária até a criação formal da Defensoria Pública, de sua estruturação e do reconhecimento da Entidade como figura essencial à manutenção e desempenho da Justiça contando, inclusive, com previsão normativa constitucional, o que demonstra, neste ponto, a importância da Instituição dentro do sistema jurisdicional nacional, afetando de forma positiva, inclusive, o dever do Estado de se reorganizar para assegurar a efetiva prestação assistencial aos necessitados. A celeuma aqui perquirida perpassa, sem dúvidas, em primeira análise, pela premissa de que a Defensoria Pública é órgão essencial da Justiça, como disposto no art. 134 da CF/88.

E como Órgão essencial à Justiça, como citado em capítulo pertinente sobre o tema, possui como funções primordiais não somente a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução de desigualdades sociais, como também a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência, relevância e efetividade dos direitos humanos e, por fim, a própria garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório aos seus assistidos. Tais funções tem o condão de criar as fundações para a presente conclusão, pois servem de farol axiológico para a celeuma *sub examine*.

Noutro giro, em avanço pertinente deste desfecho, *mister* destacar que, imbuída destas funções institucionais e, após consecutivos avanços constitucionais já destacados, o conceito de acesso à justiça encontra sinergia visceral com a atuação do retromencionado Órgão. E assim não poderia deixar de ser. Isto porque, o acesso à justiça é encarado hoje como talvez o mais importante dos direitos fundamentais – talvez por ser pela possibilidade de guarida jurisdicional que os demais direitos efetivamente sejam exercidos e protegidos – e, como visto na presente, o seu exercício encontra obstáculos de diversas ordens (seja econômica, sociais, culturais e jurídicos).

Diante disso, é correto concluir que a garantia do acesso à justiça é, inclusive, antecedente do próprio exercício do direito fundamental da igualdade posto que reflete na possibilidade de provocação da Justiça por qualquer cidadão servindo, neste compasso, como próprio instrumento da justiça distributiva, em que colocam os desiguais em palanques nivelados. E, em via paralela, é possível destacar, de forma perfunctória, que esta garantia e a legitimidade do Órgão Defensorial se encontram intimamente relacionadas também aos próprios direitos difusos e coletivos.

Não por menos, tal legitimidade veio a ser expressamente prevista através da Lei 11.448/2007 que alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 ao incluir, no rol de legitimados para a propositura de Ação Civil Pública – e, conseqüentemente, da tutela dos direitos difusos e coletivos –, a Defensoria Pública, se transmutando, neste ponto, em efetivo reconhecimento do legislador da necessidade de ampliação dos mecanismos de tutela de tais direitos e da democratização da legitimação – citando, neste ponto, com exemplo, a Lei nº 8.078/90 (CDC), Lei nº 7.853/89 (relativa às pessoas portadoras de deficiência) e Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) –, especialmente através da observância do direito fundamental do acesso à justiça como um dos principais mecanismos para sua efetivação.

Em outras palavras, é dizer que esse conceito de democratização tem como principal consequência o reconhecimento do acesso de agentes que tiveram seu(s) direito(s) lesado(s) através de um processo coletivo conduzindo, neste sentido, uma resposta jurisdicional mais eficaz e efetiva.

A provocação do CONAMP (Associação Nacional dos membros do Ministério Público), neste compasso, não encontra (como efetivamente não encontrou, como bem apontado pela nossa Suprema Corte) respaldo jurídico algum. Isto porque, a interpretação literal dos conceitos atacados dispostos nos arts. 5º, inciso LXXVI e 134, ambos da CF/88, de “assistência judiciária integral” e “necessitados” fere de morte a própria finalidade das normas constitucionais pátrias. É neste sentido, portanto, que a interpretação ampliativa e sistemática de normas e de conceitos constitucionalmente previstos e prescritos na Carga Magna se faz necessária para a análise da celeuma ora discutida, servindo de premissa, inclusive, para a aplicação, *in casu*, do princípio da máxima efetividade, em que a interpretação jurídica ao dispositivo em questão seja aquela em que atribua maior eficácia, ou seja, aquele capaz de concretizar, de forma mais integral e ampla possível, *a ratio essendi* (razão de ser) da norma. É neste ponto, portanto, que as normas constitucionais que versam sobre o tema devem ser interpretadas como permissivos constitucionais da legitimidade do Órgão Defensorial na defesa dos interesses difusos e coletivos, posto que é através destes mecanismos que é

possível alcançarmos a máxima realização dos conteúdos constitucionais, em atenção, neste sentido, a ampliação e garantia de que estes direitos *sub examine* serão abarcados e defendidos de forma mais efetiva e inclusiva, pois é a Defensoria Pública que consegue alcançar, de forma memorável e ímpar, parcela da sociedade que encontra-se à margem do direito e que sofre com intensas e habituais violações de seus direitos mais básicos o que reflete, portanto, na própria consecução nas referidas normas e seus princípios – destacando-se, novamente, princípios como a igualdade (material e processual), acesso à justiça e prestação jurisdicional efetiva.

Lado outro, em que pese não haver vedação, nem tampouco permissivo constitucional expreso acerca da legitimidade do Órgão Defensorial na propositura de Ação Civil Pública, os conceitos basilares aqui apresentados servem para suprir tal lacuna, na medida em que a interpretação do conceito de “assistência jurídica integral” prevista no art. 5º, inciso LXXIV da CF/88 merece ser ampliado e visto à luz do princípio da maior eficácia possível, pois resultaria na compreensão do mecanismo de tutela ora discutido no rol de instrumentos disponíveis ao Órgão Defensorial para a efetiva defesa dos direitos de seus assistidos.

Se outro fosse o resultado da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade neste ponto, ou seja, se o nosso Supremo Tribunal entendesse que a omissão constitucional era óbice para o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública, invariavelmente estaria aberto precedente perigoso e danoso à ordem jurídica vigente e à sociedade, na exata medida em que a legitimidade do Órgão Ministerial para a propositura de ação relativa à tutela dos direitos individuais homogêneos também estaria prejudicada, pois, como visto em linhas antecedentes, também não há qualquer previsão (vedação e/ou permissão) constitucional sobre a matéria. Conclui-se, nesse ponto, que a nossa Suprema Corte se olvidou assertivamente, na medida em que manteve o posicionamento exarado, quando da análise da referida legitimidade do Ministério Público, ao presente caso (defesa dos direitos individuais homogêneos).

Arrematando o quanto exposto em linhas conclusivas, *mister* ainda apontar que, conforme alegado pela ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos) e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública – e, conseqüentemente, da defesa dos direitos difusos e coletivos – é concorrente e não exclusiva, razão porque, a prejudicialidade no efetivo reconhecimento da legitimidade do Órgão Defensorial, neste ponto, não esbarra em qualquer consequência negativa às atribuições e funções daquele.

Assim é que, não somente diante do julgamento da presente ADI, mas em recente alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional de nº 80/2014, a legitimidade da Defensoria Pública encontra recepção jurisprudencial e constitucional, e é fruto de uma compreensão evoluída e de amplo espectro do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica constitucional e das garantias fundamentais, onde a todos (não somente os indivíduos, mas os grupos de indivíduos, determináveis ou não, com a presença prévia ou não de vínculo jurídico ou de fato) assiste o direito a ter seus direitos efetivamente assegurados e protegidos, o que sobreleva, neste ponto, a própria importância da Defensoria Pública como Órgão essencial à Justiça.



## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto Federal nº 20.784, de 14 de Dezembro de 1931. Aprova o regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D20784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20784.htm)>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 80, de 04 de Junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc80.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.html)>. Acesso em: 17 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 26, de 28 de Junho de 2006. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/lei\\_organica%20dpe.pdf](https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf)>. Acesso em: 17 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm#:~:text=\(Reda%C3%A7%C3%A3o%20dada%20pela%20Lei%20Complementar,considerados%20na%20forma%20da%20lei.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm#:~:text=(Reda%C3%A7%C3%A3o%20dada%20pela%20Lei%20Complementar,considerados%20na%20forma%20da%20lei.)>. Acesso em: 17 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm)>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 14 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm)>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 03, de 10 de fevereiro de 2014. O CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 47, da Lei Complementar nº 26, de 28 de junho de 2006. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160126-02.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

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.

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

ALVES, Lucélia Sena. **Legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. interpretação a partir dos paradigmas constitucionais**, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **Controle de constitucionalidade**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva Jur., 1990.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria Pública**. Curitiba: Juruá, 2017.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; SEABRA, Gustavo Civis. **Defensoria Pública**. Bahia: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova Interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. A nova interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. In **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. 2596 PR**, julgada em 19/03/2003. Ministro Sepúlveda Pertence (relator). Disponível em: Acesso em: 28 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1151-1 MG**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Requerente: Confederação dos Servidores

Públicos do Brasil; Requerido: Governador do Estado de MG; Assembléia Legislativa de MG, Julgamento: 11.11.1994, D.J 19.05.1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BURLE FILHO, José Emmanuel. **Ação Civil Pública. Instrumento de educação democrática**. In: AÇÃO civil pública: lei 7.347/1985-15 anos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. ISBN 8520319904.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4º Volume – Tomo IV. Arts. 127 a 135. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Autonomia e Independência Funcional da Defensoria Pública**. In: Jus Podivm, 2015.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Graceie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual**. Volume 4 (Processo Coletivo). 6. ed. Salvador. Juspoivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2016.

DIMOULUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da contribuição de J.J. Gomes Canotilho**. 1996.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FAZALLARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **O Conceito jurídico de necessitado e o Regime Jurídico de Especial Proteção dos indivíduos e grupos sociais (hiper)vulneráveis na Constituição Federal de 1988**. Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, v. 2, n.1, p. 39-82, jan/jun. 2020.

FERRAZ, Cristina. **Legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública à luz do acesso à justiça**, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: Direitos Fundamentais e Sua Proteção Nos Planos Interno e Internacional**. SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Orgs.). (Coleção Direitos Individuais e Coletivos, v. 1). Belo Horizonte: Arraes Editores, p. 1-20, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Direitos Coletivos Lato Sensu. a Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos**, 2005.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Da lei à Constituição à Positivção dos direitos difusos e coletivos na Constituição Brasileira**, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. Ed. São Paulo: RT, 1999.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social**. Curitiba: Juruá, 2006.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Tutela jurisdicional dos direitos difusos**, 2015.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça / Caio Márcio Loureira**. – São Paulo: Editora Método, 2004.

MADERS, Angelita Maders. **Ampliação do Acesso à Justiça: a legitimação da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública**, 2009.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos**. Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar /**

Rodolfo de Camargo Mancuso - 14. Ed. rev., atual. E ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia do direito fundamental à tutela efetiva sobre o juiz e as partes**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONEL, Miguel. Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2011.

MARMELSTEIN, George; **Curso de direitos fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo** - 22. Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

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

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 3, ano VI, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. 1999.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **A nova Defensoria Pública e o Direito Fundamental de acesso à Justiça em uma neo-hermenêutica da hipossuficiência**. Repertório de Jurisprudência da IOB. V. III. Civil, Processual Civil, Penal e Comercial. Jan. 2011.

PAIVA, Caio. **Prática Penal para a Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso á justiça na constituição**. São Paulo: LTR, 2008.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno.; WALLER, Marco Christino Chibebe. **Fundamentos teóricos e empíricos da legítima atuação da defensoria pública na ação de improbidade administrativa**. Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: São Paulo, 2020

REIS, Gustavo Augusto Soares dos.; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, João Vitor Pinto. **Ação Civil Pública, Defensoria Pública e democratização do acesso à justiça. Reflexões sobre a legitimidade ativa na tutela dos Direitos difusos e coletivos**, 2016.

SANTOS, Juliana Paiva dos. **A (in)constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. 2009.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temas Afins**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Intepretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Malheiros. 2005.

WEIS, Carlos V. **Direitos humanos contemporâneos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Símona dos Santos. **Defensoria Pública Brasileira: sua história**, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11456/10192>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

SARMENTO, D. Parecer Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Disponível em: < [http://www.anadef.org.br/images/Parecer\\_ANADEF\\_CERTO.pdf](http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf)> Acesso em: 17 de março de 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.