

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes

A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes

A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de direitos difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da professora doutora Patricia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

Ao meu pequeno João, filho querido, e ao meu grande amor Ney.

À minha mãe e copiloto Teresa.

À minha amada vovó Lila.

A toda minha querida família.

Agradecimentos

À professora Patricia Pizzol, orientadora e amiga, pelo incentivo e pela confiança em mim depositada nesses anos de convivência.
Se não fosse aquele encontro, se não fosse aquela aula sobre tutela coletiva, no terceiro ano da graduação, na sala 224, certamente nada disso existiria.

À CAPES, por ter proporcionado o estudo.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por me fazer acreditar que é possível mudar.

A todos que tornaram o sonho da Defensoria Pública de São Paulo uma realidade, mesmo que ainda em construção.

Aos meus colegas e amigos Defensores Públicos, especialmente à minha fiel companheira Anái, sempre presente nas batalhas mais importantes.

RESUMO

O presente estudo investiga a atuação da instituição da Defensoria Pública na busca pelo efetivo acesso à justiça.

O princípio do acesso à justiça é o objeto deste trabalho, que analisa seus obstáculos e formas para superá-los.

Nesse contexto, a dissertação trata do direito à assistência jurídica, consagrado na Constituição Federal de 1988, bem como seus destinatários e sua forma de implementação por meio da Defensoria Pública.

Assim, a instituição da Defensoria Pública é cuidadosamente estudada, analisando-se suas características, princípios, atribuições e órgãos institucionais; vedações, garantias, prerrogativas e as responsabilidades dos membros da Defensoria Pública, previstos na Lei Complementar n. 80/1994, bem como em Leis Estaduais, com enfoque na Lei paulista n. 988/2006, uma vez que esse diploma legal apresentou diversas novidades e avanços na atuação da instituição.

Ademais, o estudo aborda a atuação da Defensoria Pública nas demandas coletivas.

Finalmente, o trabalho trata das atuações extrajudiciais, com destaque para os meios alternativos de composição de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) a serem desenvolvidos pela Defensoria Pública, além das atuações proativas da referida instituição na educação de direitos da população carente.

Palavras-chave: Defensoria Pública – Acesso à justiça – Assistência jurídica – Ação coletiva - Legitimidade – Meios extrajudiciais de composição de conflitos

ABSTRACT

This study investigates the performance of the Public Defense institution, in the search for actual access to courts.

The principle of access to courts is the purpose of this work, which analyzes its hindrances and the ways to overcome them.

Accordingly, the exposition discusses the right to free legal assistance, as established by the 1988 Brazilian Federal Constitution, as well as the addressees thereof, and the way to implement it through *Pro Bono* Lawyers.

Thus, the institution of the Public Defense is carefully studied, through the analysis of its characteristics, principles, attributions and institutional bodies; prohibitions, guarantees, prerogatives and the responsibilities of the members of the Public Defense Office, as provided for in Complementary Law No. 80/1994 and in State Laws, with especial focus on Law No. 988/2006 of the State of São Paulo, since that legal instrument presented several novelties and advancements in the performance of the institution.

Besides this, the study focuses on the performance of *Pro Bono* Lawyers in class actions.

Finally, the work discusses extrajudicial performances, with emphasis on alternative means to settle conflicts (conciliation, mediation and arbitration), to be developed by the Public Defense Office, in addition to proactive performances of the institution in the education of the rights of the needy population.

Key words: Public Defense Office – Access to courts – Legal assistance – Class action – Legitimacy – Extrajudicial means to settle conflicts

SUMÁRIO

Introdução.....	15
1. O Princípio do Efetivo Acesso à Justiça.....	17
1.1. Acesso à justiça	17
1.2. Obstáculos ao efetivo acesso à justiça.....	19
1.2.1. Obstáculo financeiro.....	19
1.2.2. Possibilidade das partes.....	22
1.2.3. A questão dos direitos difusos.....	23
1.3. As “ondas” para solução dos obstáculos à universalização do acesso à justiça.....	24
2. Da Assistência Jurídica Gratuita e Integral no Brasil.....	26
2.1. Breve histórico legal da assistência jurídica no Brasil.....	26
2.2. Assistência judiciária e assistência jurídica.....	34
2.3. Assistência jurídica integral e gratuita: um direito.....	37
2.4. Assistência jurídica integral e gratuita: dever do Estado	40
2.5. Sistemas de assistência jurídica.....	43
2.5.1. Sistema <i>judicare</i>	43
2.5.2. Sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos	45
2.5.3. Sistema combinado.....	45
2.6. A escolha constitucional: Defensoria Pública.....	46
2.6.1. Exclusividade	51
2.7. Gratuidade da justiça e assistência jurídica integral e gratuita.....	53
2.8. Destinatário da assistência jurídica	61
2.8.1. Direito das pessoas naturais e jurídicas	61
2.8.2. Assistência jurídica: direito não universal – requisito da hipossuficiência.	63
2.8.2.1. Hipossuficiência econômica.....	66
2.8.2.2. Outras hipossuficiências	77
2.8.3. Denegação do serviço.....	79

3. A Instituição da Defensoria Pública	84
3.1. As Defensorias Públicas	84
3.1.1. Defensoria Pública da União	84
3.1.2. Defensoria Pública do Distrito Federal	89
3.1.3. Defensoria Pública dos Estados.....	91
3.2. Características da Defensoria Pública	92
3.2.1. Essencialidade	92
3.2.2. Autonomia funcional	95
3.2.3. Autonomia administrativa	98
3.2.4. Autonomia orçamentária ou autonomia financeira	101
3.3. Princípios da Defensoria Pública	103
3.3.1. Unidade.....	103
3.3.1.1. A questão da colidência.....	104
3.3.2. Indivisibilidade	106
3.3.3. Independência funcional.....	108
3.3.4. Defensor natural	108
3.4. Atividades típicas e atividades atípicas da Defensoria Pública.....	113
3.5. Funções institucionais da Defensoria Pública	115
3.5.1. Promoção da conciliação das partes	115
3.5.2. Patrocinar ações e defesas	116
3.5.3. Curadoria especial	116
3.5.4. Atuação nos estabelecimentos policiais e penitenciários	121
3.5.5. Assegurar o contraditório e a ampla defesa.....	123
3.5.6. Atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis.....	125
3.5.7. Patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.....	136
3.6. Órgãos da Defensoria Pública	140
3.6.1. Órgãos da administração superior	140
3.6.1.1. Defensoria Pública Geral.....	140
3.6.1.2. Subdefensoria Pública Geral	145
3.6.1.3. Conselho Superior da Defensoria Pública.....	146
3.6.1.4. Corregedoria Geral da Defensoria Pública.....	149
3.6.2. Órgãos de atuação.....	152
3.6.2.1. Defensorias Públicas.....	152
3.6.2.2. Núcleos especializados da Defensoria Pública.....	154

3.6.3. Órgãos de execução	154
3.6.3.1. Defensores Públicos	154
3.6.4. Outros órgãos.....	154
3.6.4.1. Ouvidoria Geral	154
3.6.4.2. Órgãos auxiliares	156
3.7. O defensor público	159
3.7.1. A carreira	159
3.7.2. Ingresso na carreira.....	161
3.7.2.1. Necessidade de concurso público	161
3.7.2.2. O requisito da prática forense.....	163
3.7.2.3. Iniciativa para abrir concurso público	169
3.7.3. Defensor público X advogado	169
3.8. Deveres, garantias, prerrogativas e responsabilidade dos defensores públicos	172
3.8.1. Deveres dos defensores públicos.....	172
3.8.1.1. Vedações.....	172
3.8.1.2. Deveres positivos.....	177
3.8.2. Garantias dos defensores públicos.....	190
3.8.2.1. Inamovibilidade	190
3.8.2.2. Independência funcional.....	195
3.8.2.3. Irredutibilidade de vencimentos	199
3.8.2.4. Estabilidade	202
3.8.2.5. Prerrogativa de foro	203
3.8.2.6. Promoção	206
3.8.3. Prerrogativas dos defensores públicos.....	208
3.8.3.1. Intimação pessoal	208
3.8.3.2. Contagem do prazo em dobro.....	217
3.8.3.3. Representação independente de mandato	224
3.8.3.4. Poder de requisição.....	226
3.8.3.5. Deixar de patrocinar ação	228
3.8.3.6. Outras prerrogativas	231
3.8.4. Responsabilidade dos defensores públicos.....	232
3.8.4.1. Responsabilidade funcional.....	232
3.8.4.2. Responsabilidade civil.....	235

3.8.4.3. Responsabilidade criminal.....	237
4. A Defensoria Pública e as ações coletivas	239
4.1. A ação coletiva e o princípio do acesso à justiça	239
4.2. Objeto da ação coletiva	241
4.2.1. A clássica separação do direito privado e direito público	241
4.2.2. Conceitos dos direitos coletivos <i>lato sensu</i>	242
4.2.2.1. Direito difuso	244
4.2.2.2. Direito coletivo <i>stricto sensu</i>	246
4.2.2.3. Direito individual homogêneo	247
4.2.3. Código Modelo Ibero-Americano	249
4.2.4. Identificação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	251
4.2.5. As expressões “ação coletiva” e “ação civil pública”	253
4.3. Considerações gerais sobre a legitimidade ativa nas ações coletivas	255
4.3.1. Legitimidade para causa	255
4.3.2. A legitimidade ativa coletiva: característica e natureza jurídica	256
4.3.3. A representatividade adequada	259
4.4. Defensoria Pública	262
4.4.1. A legitimidade da Defensoria Pública antes da Lei n. 11.448/07.....	262
4.4.2. A questão da pertinência temática	268
4.4.2.1. Conceito e natureza jurídica	268
4.4.2.2. Pertinência temática e a Defensoria Pública – a figura do Necessitado	270
4.4.3. Obrigatoriedade	274
4.4.4. Da importância da legitimidade ativa da Defensoria Pública	276
4.5. Os outros legitimados ativos	278
4.5.1. Ministério Público	278
4.5.2. Pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista; entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.	283
4.5.3. Associação	285
4.6. A questão das custas processuais e honorários advocatícios	294

4.7. Coisa julgada	297
4.7.1. Direito difuso	297
4.7.2. Direito coletivo <i>stricto sensu</i>	298
4.7.3. Direito coletivo <i>stricto sensu</i>	299
4.7.4. Alteração do art. 16 da LACP pela Lei n. 9.494/97	302
4.7.5. Regime da coisa julgada nas ações ajuizadas pela Defensoria Pública	305
4.8. Recursos nas ações coletivas	306
4.8.1. Requisitos	307
4.8.1.1. Cabimento	307
4.8.1.2. Interesse recursal	307
4.8.1.3. Legitimidade para recorrer	309
4.8.1.4. Tempestividade	309
4.8.1.5. Regularidade formal	310
4.8.1.6. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer	311
4.8.2. Efeitos	313
4.8.2.1. Devolutivo	313
4.8.2.2. Efeito suspensivo	313
4.9. Ação rescisória	316
4.9.1. Conceito, objeto e hipóteses	316
4.9.2. Prazo	317
4.9.3. Legitimidade	318
4.9.3.1. Legitimidade ativa	318
4.9.3.2. Legitimidade passiva	319
4.10 Compromisso de ajustamento de conduta	319
4.10.1. Considerações sobre o compromisso de ajustamento de conduta	319
4.10.2. Legitimidade para firmar compromisso de ajustamento de conduta	322
4.10.3. Limites do compromisso de ajustamento de conduta	324
4.11. Inquérito civil	326
4.11.1. Conceito	326
4.11.2. Legitimidade	328
4.12. Liquidação e execução de sentença coletiva	329
4.12.1. Liquidação coletiva	329

4.12.1.1. Considerações iniciais	329
4.12.1.2. Espécies de liquidação.....	331
4.12.1.3. Competência	332
4.12.1.4. Legitimidade.....	334
4.12.1.5. Objeto	341
4.12.2. Cumprimento de sentença / Execução de título extrajudicial.....	342
4.12.2.1. Considerações iniciais	342
4.12.2.2. Competência	344
4.12.2.3. Legitimidade para o cumprimento de sentença coletiva	344
4.12.2.4. Legitimidade para execução de título extrajudicial.....	349
4.13. Relações entre ações coletivas e ações individuais	350
4.13.1. Sobre os fenômenos da litispendência, conexão e continência	350
4.13.2. Entre ações coletivas	352
4.13.3. Ação coletiva e ação individual.....	354
4.13.4. Banco de dados de ações coletivas.....	356
4.14. Da possibilidade da atuação da Defensoria Pública Estadual na Justiça Federal, da atuação Defensoria Pública da União na Justiça Estadual e da possibilidade de formação de litisconsórcio entre as Defensorias Públicas Estaduais ou entre Defensoria Estadual e da Defensoria Pública da União.....	357
4.15. Outras ações coletivas em sentido amplo.....	362
4.15.1. Mandado de segurança coletivo	363
4.15.1.1. Conceito.....	363
4.15.1.2. Objeto	364
4.15.1.3. Legitimados ativos.....	368
4.15.1.4. Ampliação dos legitimados ativos.....	374
4.15.2. Mandado de injunção coletivo.....	377
4.15.2.1. Conceito.....	377
4.15.2.2. Natureza do provimento concessivo.....	379
4.15.2.3. Legitimidade.....	381
4.15.3. <i>Habeas data</i> coletivo	383
4.15.3.1. Conceito.....	383
4.15.3.2. Objeto	386
4.15.3.3. Legitimados	388
4.15.4. O requisito da recusa administrativa	388

5. A Atuação Extrajudicial da Defensoria Pública.....	389
5.1. Conflito de interesses e Formas de Composição.....	389
5.1.1. Conciliação.....	395
5.1.2. Mediação.....	402
5.1.3. Arbitragem.....	405
5.2. Atividades proativas da Defensoria Pública.....	410
 Conclusão.....	 413
 Referências Bibliográficas.....	 418

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a instituição da Defensoria Pública e suas formas de atuação para garantir o efetivo acesso à justiça.

Este trabalho terá como base a importante obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, denominada *Acesso à justiça*. A importância do tema é defendida pelos mencionados autores:

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos¹.

Na referida obra, os autores identificam três obstáculos para o efetivo acesso à justiça. O primeiro obstáculo diz respeito à impossibilidade de os necessitados arcarem com as custas do processo, a má representação, bem como a ausência de conhecimento dos direitos da população carente. Para solucionar esse primeiro obstáculo, os autores identificam a chamada “primeira onda”, que é a implementação da assistência judiciária.

Assim, serão abordadas as dimensões do direito à assistência jurídica consagrado na Constituição Federal de 1988, destacando as diferenças em relação ao instituto da assistência meramente judiciária e o instituto da gratuidade judiciária, bem como a relação entre tais institutos. Também será abordado o dever do Estado em fornecer tal serviço, bem como a quem se destina.

O presente estudo também visa investigar a questão da hipossuficiência, não apenas econômica, mas também jurídica e organizacional. E, nesse contexto, será analisada a instituição da Defensoria Pública, órgão constitucionalmente eleito para prestar a assistência jurídica. Assim, serão objetos de estudo as características, os princípios, as atribuições e os órgãos institucionais; vedações, garantias, prerrogativas e responsabilidades dos membros da Defensoria Pública, previstos na Lei Complementar n. 80/94, bem como em leis estaduais, com enfoque na Lei Complementar paulista n. 988/2006, uma vez que esse diploma legal apresentou diversas novidades e avanços na

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 11.

atuação da instituição, com a previsão, por exemplo, da instituição de núcleos especializados e de orientação jurídica com o auxílio de Centros de Atendimento Multidisciplinar.

A segunda onda identificada pelos autores diz respeito às reformas destinadas a proporcionar a devida defesa dos direitos coletivos, especialmente dos relacionados ao direito do consumidor e ao direito ambiental.

O presente trabalho visa ainda fazer uma interseção entre a primeira e a segunda “onda”, explorando a questão da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação coletiva. Principalmente no que diz respeito à pertinência temática e à suposta obrigatoriedade de demonstrar a condição de “necessitado” para a propositura de determinada ação. Também é discutida a legitimidade da Defensoria Pública para recorrer e ajuizar ação rescisória de demandas coletivas, liquidar e executar sentenças coletivas, para firmar compromisso de ajustamento de conduta, bem como a possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo ativo entre Defensorias Públicas e a possibilidade de a Defensoria Pública Estadual atuar na Justiça Federal e vice-versa.

Por fim, é abordada a chamada terceira onda, que trata da necessidade de evitar o processo. Assim, é preciso evitar a demanda e tentar, ao máximo, a tutela extrajudicial, por meio da prevenção, da mediação e da conciliação. Vale destacar que a desinformação é fonte causadora de diversos conflitos.

Nesse ponto, o estudo se propõe a estudar as atuações extrajudiciais, com destaque para os meios alternativos de solução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem) a serem desenvolvido pela instituição da Defensoria Pública, além das atuações consideradas proativas da Defensoria Pública na educação de direitos da população carente.

O objetivo principal deste trabalho é identificar todas as atribuições da instituição da Defensoria Pública como instrumento fundamental para o acesso efetivo à justiça, por toda a população, principalmente a população mais carente.

1

O PRINCÍPIO DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**1.1. Acesso à Justiça**

Para tratar o tema acesso à justiça, é fundamental debruçar-se sobre a obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth intitulada *Acesso à justiça*. Na introdução, os autores já destacam a dificuldade de conceituação da expressão “acesso à justiça”, mas esclarecem as duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: a) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; b) o sistema deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos².

Ao tratar da evolução do conceito teórico do acesso à justiça, os autores afirmam que houve uma transformação importante. Anteriormente, nos estados liberais, adotantes de uma filosofia essencialmente individualista dos direitos, o acesso à justiça possuía uma conotação meramente formal, manifestando-se pela possibilidade virtual de o interessado propor ou contestar uma ação. Não havia, portanto, qualquer participação do Estado nessa iniciativa, o qual assumia uma postura passiva³.

Com o passar dos anos, o Estado constatou a necessidade de atuar positivamente para assegurar os direitos básicos da população, como na saúde, educação e segurança, incluindo o acesso à justiça. Nesse contexto:

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

³ Os autores completam o assunto afirmando: “*Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal e não efetiva*” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 9).

igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos⁴.

O conceito de acesso à justiça, dessa forma, evoluiu concomitantemente à evolução do Estado⁵. Assim, no contexto atual, acesso à justiça não pode ser resumido apenas ao acesso ao Poder Judiciário. Trata-se do que Kazuo Watanabe consagrou de “acesso à ordem jurídica justa”⁶.

Sobre o tema, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco dissertam o seguinte:

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que condiz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação social⁷.

Luiz Guilherme Marinoni insere no conceito de acesso à justiça, além das questões processuais, o acesso à informação e à orientação jurídicas, bem como o acesso a todos os meios alternativos de composição de conflito. E afirma: “O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania”⁸.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 11.

⁵ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 52.

⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128. No mesmo sentido: LENZA, Pedro. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados (Identificação e superação dos obstáculos – “ondas renovatórias” e “pontos sensíveis”). In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-34.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25.

Concebendo o direito ao acesso à justiça como mais básico dos direitos humanos, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam os obstáculos que devem ser transpostos para alcançar o efetivo acesso à justiça.

1.2. Obstáculos ao Efetivo Acesso à Justiça

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, principalmente após os estudos realizados no Projeto Florença, indicaram os obstáculos existentes para a universalização do acesso à justiça.

1.2.1. Obstáculo financeiro

O primeiro obstáculo indicado são as elevadas custas processuais, bem como a necessidade de pagar altos valores com honorários advocatícios.

Para exemplificar, vejamos as taxas judiciais do Estado de São Paulo, previstas na Lei Estadual n. 11.608/2003. Assim afirma o art. 4º da referida legislação:

O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: I – 1% (um por cento) sobre o valor da causa no momento da distribuição ou, na falta desta, antes do despacho inicial; essa mesma regra se aplica às hipóteses de reconvenção e de oposição; II – 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, como preparo da apelação e do recurso adesivo, ou, nos processos de competência originária do Tribunal, como preparo dos embargos infringentes; III – 1% (um por cento) ao ser satisfeita a execução.

O § 1º, por sua vez, indica os valores mínimo e máximo em cada uma das hipóteses previstas nos incisos: 5 (cinco) a 3.000 (três mil) UFESPs – Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, respectivamente, segundo o valor de cada UFESP vigente no primeiro dia do mês em que deva ser feito o recolhimento.

Além do pagamento dessas taxas, a parte deve arcar com o pagamento, por exemplo, da publicação do edital, despesas postais com citações e intimações etc.⁹ No

⁹ Afirma o parágrafo único do art. 2º do referido diploma legal estadual: “*Na taxa judiciária não se incluem: I – as publicações de editais; II – as despesas com o porte de remessa e de retorno dos autos, no caso de recurso, cujo valor será estabelecido por ato do Conselho Superior da Magistratura; III – as despesas postais com citações e intimações; IV – a comissão dos leiloeiros e assemelhados; V – a expedição de certidão, cartas de sentença, de arrematação, de adjudicação ou de remição, e a reprodução de peças do processo, cujos custos serão fixados periodicamente pelo Conselho Superior da Magistratura; VI – a remuneração do perito, assistente técnico, avaliador, depositário, tradutor,*

entanto, no contexto que ora se apresenta, o que representa maior custo é o pagamento dos honorários advocatícios¹⁰.

O fato de o ordenamento brasileiro adotar, no art. 20 do Código de Processo Civil (CPC), o sistema do ônus da sucumbência não faz com que o pagamento dos honorários deixe de ser um obstáculo ao acesso à justiça.

Afirma o *caput* do artigo 20 do CPC: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. Dessa forma, a regra da sucumbência impõe ao vencido na demanda o dever de reembolsar o vencedor dos honorários despendidos com seu advogado. Assim, fica entendido o seguinte:

O direito deve ser reintegrado integralmente, como se a decisão fosse proferida no mesmo dia da demanda. Se as despesas tivessem de ser pagas pelo vencedor, a recomposição do direito reconhecido pela sentença seria, sem qualquer justificação, apenas parcial. A ideia de culpa substitui, assim, a ideia do risco; quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas¹¹.

Como é muito raro que aquele que demanda tenha certeza do seu sucesso no tribunal, o sistema do ônus da sucumbência pode representar um risco ainda maior, uma vez que, se perdedor, deverá suportar os honorários de seu advogado, como também do da parte contrária¹².

Ademais, o valor dos honorários contratados pode ser muito superior ao valor dos honorários de sucumbência arbitrado pelo juiz. Segundo o CPC, o valor dos honorários advocatícios deve ser fixado da seguinte forma:

Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o

intérprete e administrador; VII – a indenização de viagem e diária de testemunha; VIII – as consultas de andamento dos processos por via eletrônica, ou da informática; IX – as despesas de diligências dos Oficiais de Justiça, salvo em relação aos mandados: a) expedidos de ofício; b) requeridos pelo Ministério Público; c) do interesse de beneficiário de assistência judiciária; d) expedidos nos processos referidos no artigo 5º, incisos I a IV; X – todas as demais despesas que não correspondam aos serviços relacionados no ‘caput’ deste artigo”.

¹⁰ FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 44. Nos Estados Unidos, o sistema é distinto, uma vez que o vencido não é obrigado a responder pelos honorários do advogado do litigante vencedor (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 28).

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 17. No mesmo sentido: FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça*, cit., p. 43.

lugar de prestação de serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 3º do art. 20 do CPC).

Assim, dados os diversos valores que devem ser pagos para a propositura de uma demanda, resta evidente que se torna um obstáculo ao acesso à justiça, mormente quando se tratar de causas de pequeno valor. Isso porque os valores pagos a título de taxas judiciárias e de honorários advocatícios pode extrapolar o benefício patrimonial que se obteria com o sucesso total da demanda.

Sobre o tema, destaca Cândido Rangel Dinamarco:

Constitui um fator de estreitamento das vias judiciárias o custo financeiro do processo a cargo das partes. A garantia constitucional da ação passa a ser fátua quimera, quando se sabe que a Justiça é cara, carregada de ônus pecuniários, e deficiente a assistência judiciária¹³.

O fator econômico é o obstáculo mais óbvio para o acesso à justiça, principalmente para boa parte da população de baixa renda, tendo em vista a intensa desigualdade social existente no país¹⁴.

Outro ponto que merece destaque é o fator tempo, pois os custos com o processo se potencializam em razão do tempo gasto com as demandas, prejudicando ainda mais aqueles mais desprovidos financeiramente¹⁵.

O tempo certamente é necessário para o processo, porém não pode ser tão extenso de forma que inviabilize a efetividade da tutela jurisdicional¹⁶.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu o inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal (CF), que assim passou a prever: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Vale destacar que essa questão do prazo razoável já havia sido prevista em dois dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I, p. 185.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., v. I, p. 187.

¹⁶ Sobre o tema, ler: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (item 5, art. 7º).

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (item 1, art. 8º).

1.2.2. Possibilidade das partes

O segundo obstáculo diz respeito à possibilidade das partes, abordada sob dois prismas: a) quanto aos recursos financeiros para suportar os custos e a demora das lides; e b) quanto à “capacidade jurídica” pessoal, que é a capacidade de reconhecer um direito e, a partir daí, propor uma ação ou exercer uma defesa¹⁷.

A possibilidade ou não de reconhecer um direito está relacionada não apenas à insuficiência de recursos, mas principalmente à insuficiência de conhecimentos jurídicos básicos.

Sobre as barreiras ao acesso à justiça, assim afirma Donaldo Armelim:

Não apenas econômicas e sociais, mas também culturais. É verdadeiro truísmo afirmar que este país apresenta diferentes estágios de desenvolvimento conforme as suas variadas regiões. O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia com maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isso implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais ou coletivos¹⁸.

Disso depreende-se que, novamente, é a população de baixa renda que mais sofre com essa barreira: “Muitas vezes estas pessoas percebem a existência de problemas, intuindo uma agressão, mas não conseguem configurá-los como de natureza jurídica”¹⁹.

Barbosa Moreira, atento ao fato, destaca a existência de demandas reprimidas e indica que as causas são numerosas e variadas. E afirma:

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 21-22.

¹⁸ ARMELIM, Donaldo. Acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 31, p. 181, jun. 1999.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 36.

Uma delas, bastante óbvia, é a falta de informação: não poucos, pelo país a fora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparatória ou acautelatória²⁰.

Depois de superada essa barreira, isto é, reconhecido o direito, apresenta-se outra barreira: a propositura da ação. Os autores apontam algumas causas que distanciam as pessoas comuns do Poder Judiciário: desconfiança em relação aos advogados, procedimentos complicados, formalismo exagerado, ambientes intimidadores, como são os tribunais, figuras opressoras, como juízes, promotores, advogados etc.²¹

Nesse sentido, também se manifesta Fernando de Castro Fontainha:

É lamentável que, de um lado, a ignorância sistemática afaste tantas pessoas deste mundo construído do direito, e de outro, este próprio mundo seja construído sobre lógica alheia à realidade da vida social, mantendo tal afastamento sustentado por dois vetores de direções opostas. A própria vida forense desenvolve subcultura própria, com todas as patologias de uma quase sociedade secreta, com próprios trejeitos, maneirismos e até linguagem – cujas cargas valorativas muito mais instrumentalizam a persuasão do que o esclarecimento –, o que faz o cidadão carente de justiça temê-la ainda mais e sentir-se verdadeiro corpo estranho ao seu metabolismo social²².

1.2.3. A questão dos direitos difusos

A problemática dos direitos difusos também é apontada como um obstáculo ao efetivo acesso à justiça²³.

Tais direitos, em razão da legitimidade difusa, não tem o indivíduo possibilidade de corrigir eventual lesão, em razão de sua ilegitimidade e/ou porque o prêmio para buscar a reparação é pequeno demais comparado ao desgaste da propositura de uma ação dessa natureza. Ademais, destacam o problema da reunião e da dificuldade das pessoas lesionadas se reunirem para demandar.

²⁰ MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61 (Temas de direito processual – Quinta série).

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 25-26. Luiz Guilherme Marinoni denomina esse obstáculo de barreira da “questão psicológica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 37-38).

²² FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça*, cit., p. 54.

²³ FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça*, cit., p. 26-28.

1.3. As “Ondas” para Solução dos Obstáculos à Universalização do Acesso à Justiça

Identificados os obstáculos, os autores destacam três posições básicas que têm como objetivo garantir o efetivo acesso à justiça:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente: enfoque de acesso à justiça, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, desta forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo²⁴.

Em outras palavras, a primeira onda diz respeito à assistência judiciária, isto é, possibilitar o acesso à justiça para a população de baixa renda. Vale destacar que não se trata meramente de viabilizar o acesso dessa população ao Poder Judiciário. A segunda onda diz respeito à criação de um sistema eficaz de defesa dos interesses metaindividuais. Já a terceira onda trata-se de uma concepção ampla acerca do acesso à justiça, por isso os autores a nomearam como “enfoque do acesso à justiça”. Somada às outras ondas, esta tem “atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁵.

A terceira onda pode ser resumida na simplificação dos procedimentos e na criação de vias alternativas de Justiça²⁶.

Podemos dizer que é a onda da “desformalização”, que pode se dar em duas facetas: processual e extraprocessual. Sobre o tema, disserta Ada Pellegrini Grinover:

De um lado, a desformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direito, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflito de interesses. De outro lado, a desformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de

²⁴ FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça*, cit., p. 31.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 67-68

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 19.

evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de medicação²⁷.

É importante destacar que as ondas devem ser somadas, de tal forma que um movimento esteja interligado ao outro²⁸.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 179.

²⁸ MORALLES, Luciana Camponoz Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*, cit. , p. 59.

DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E INTEGRAL NO BRASIL

2.1. Breve Histórico Legal da Assistência Jurídica no Brasil

A primeira previsão acerca da assistência judiciária constou nas Ordenações Filipinas, outorgadas em 1603, as quais, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, vigoraram no Brasil até 1916. Nesse ordenamento, eram previstas algumas isenções para aqueles que comprovassem o estado de pobreza²⁹.

A disposição constava no Livro III, Título 84, § 10:

Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo e, dizendo na audiência, uma vez o *Pater Noster* pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto eu tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo³⁰.

Assim, as pessoas que desejassem a gratuidade da justiça, além de declarar a necessidade, tinham de rezar o Pai Nosso, em audiência, para a alma do rei Don Diniz. Ademais, as Ordenações garantiam a nomeação de um curador para menores e loucos³¹.

A primeira lei propriamente brasileira que tratou do tema foi o Código de Processo Criminal do Império. A Lei n. 261, de 1841, ao regulamentar as custas do processo penal, previu a isenção do pagamento das custas do processo para aqueles verdadeiramente miseráveis³². Logo em seguida, a Lei n. 150, de 1842, previu a isenção do dízimo da chancelaria nas causas cíveis para a parte que não tivesse condição de arcar com o pagamento.

Note-se que as referidas legislações apenas mencionavam a isenção de custas processuais, sem qualquer menção a quem patrocinaria a causa daqueles carentes.

Nessa época, tem-se notícia de que a Câmara Municipal da Corte do Rio de Janeiro criou cargos para “Advogados dos Pobres”, responsáveis pela defesa criminal de

²⁹ Sobre o tema, ler: OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-4.

³⁰ Redação transcrita por Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito constitucional*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 423).

³¹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 238.

³² Afirmava o art. 99 da referida lei: “*Sendo o réo tão pobre, que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do Cofre da Câmara Municipal da Cabeça do Termo, guardando o seu direito contra o réo quanto à outra metade*”.

réus que não tinham condição econômica para suportar o custo da contratação de um advogado particular³³. Todavia, esse cargo existiu por poucos anos, sendo extinto logo em seguida, em 1884³⁴.

Dessa forma, aquele que não tinha condições de pagar um advogado, só contava com a caridade de advogados particulares ou, posteriormente, com o chamando “dever gratuito honorífico”, imposto aos advogados por lei. Tal dever foi imposto pelo art. 26, inc. IV, do Decreto 22.478, de 20 de fevereiro de 1933: “São deveres dos advogados, provisionados e solicitadores: aceitar e exercer, com desvelo, os encargos cometidos pela Ordem, pela assistência judiciária, ou pelos juízes competentes”³⁵. Trata-se de um dever que deveria ser prestado de forma graciosa, nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de 1963³⁶.

Sobre esse dever, leciona Cleber Francisco Alves:

Somente no século XIX o Estado passou a ocupar-se dessa matéria, todavia ainda numa ótica inadequada para o equacionamento do problema, tendo sido este dever moral erigido em obrigação jurídica, ou seja, um “dever gratuito honorífico” impondo-se, legalmente, aos advogados o patrocínio das causas dos pobres. Tal foi o que se deu, por exemplo, na Inglaterra, Bélgica, Holanda, França, Alemanha, Itália, sendo certo que no Brasil tal sistema foi implantado oficialmente a partir de 1930, com a fundação da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo Regulamento previa o dever de cada advogado “aceitar e exercer, com desvelo, os encargos cometidos pela Ordem, pela Assistência Judiciária ou pelos Juízes competentes”³⁷.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, essa situação caracterizava-se uma locupletação ilícita por parte do Estado³⁸.

Registre-se ainda que o referido Decreto, que também instituiu a OAB, previa, em seu art. 91, que caberia à OAB, com exclusividade, nomear patrono para os

³³ PINTO, Robson Flores. *A assistência jurídica aos hipossuficientes...* 1994. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1994, p. 105.

³⁴ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita: alcance e efetividade*. Dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 60.

³⁵ Depois, esse Decreto foi substituído pela Lei n. 4.215/63, que ficou em vigor até a promulgação do atual Regulamento instituído pela Lei n. 8.906/94, que previa, no art. 87, inc. XI: “São deveres do advogado e do provisionado: prestar, gratuitamente, serviços profissionais aos necessitados, no sentido da lei, quando nomeado pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo juízo”.

³⁶ Dispunha o art. 87, inc. XI, da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963: “São deveres do advogado e do provisionado: XI – prestar, gratuitamente, serviços profissionais aos necessitados, no sentido da lei, quando nomeado pela Assistência Judiciária, pela Ordem ou pelo juízo”.

³⁷ ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32.

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 423.

assistidos pobres³⁹. Até esse momento, a assistência jurídica não se caracteriza um dever do Estado.

No âmbito constitucional, vale mencionar a disposição do § 16, do art. 72, da CF de 1981, que, embora não tenha tratado especificamente da assistência judiciária, previu a plena defesa aos acusados, com todos os recursos e meios essenciais a ela. A redação do referido parágrafo é a seguinte: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

A assistência judiciária para os necessitados foi expressamente prevista apenas na Constituição de 1934, sendo inserida no Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuais”. Assim dispunha o art. 113, item 32: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

Trata-se de uma alteração de suma importância, uma vez que, a partir desse momento, o Estado passou a assumir como seu dever a assistência judiciária. Também merece destaque o fato de o dispositivo prever tanto a isenção de custas processuais quanto a necessidade de um órgão para patrocinar a defesa dos hipossuficientes⁴⁰.

Depois, na Constituição de 1937, a assistência judiciária gratuita deixou de ser um direito e garantia individual de *status* constitucional. Essa omissão ocorreu em razão do espírito de redução dos direitos e garantias individuais e da descrença na democracia da época⁴¹.

³⁹ Dispunha o art. 91 do diploma legal: “No Estado onde houver serviço de Assistência Judiciária mantido pelo Governo, caberá à Seção ou Subseção da Ordem a nomeação de advogado ou de provisionado para o necessitado, depois de deferido o pedido em juízo, mediante a comprovação do estado de necessidade”.

⁴⁰ Sobre o tema, escreve Robson Flores Pinto: “Cedo já se percebia, que uma coisa é dispensar o hipossuficiente de determinados pagamentos – com o que apenas se priva da correspondente receita a entidade à qual se teria de pagar; outra coisa, é proporcionar-lhe a prestação de serviços realizados, sob condições normais, por terceiro(s), mediante remuneração – para o que podem torna-se indispensáveis no plano da organização administrativa, e não haverá como evitar o aumento de despesas. Embora o ideal seja conjugá-las, em princípio concebe-se que qualquer dessas duas ordens de medidas se veja implementada independentemente da outra” (*A assistência jurídica aos hipossuficientes...*, cit, p. 106-107).

⁴¹ No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 50. Vale lembrar que a CF de 1937 foi uma Carta outorgada. Sobre esse diploma leciona Celso Ribeiro Bastos “Os antecedentes que propiciaram o desencadeamento do golpe, cuja institucionalização jurídica se deu nesta lei fundamental, foram principalmente os seguintes: a Constituição de 1934, de cunho bastante liberal, pelo menos se confrontarmos as suas disposições com as dificuldades existentes, e as crises de toda ordem que o Brasil ia enfrentar nos anos imediatamente subsequentes”. E completa o autor: “À Constituição democrática e social de 1934 sucede esta de 1937, inspirada no modelo fascista e, em consequencial, de cunho eminentemente autoritário (...) Vê-se assim que são postas em derrocada as

A despeito da omissão constitucional, conforme salienta Barbosa Moreira, em 1939, com a promulgação do Código de Processo Civil, a assistência judiciária foi minuciosamente tratada⁴². Assim afirma o autor:

Nele se definia o pressuposto do direito ao benefício da gratuidade, a ser pleiteado pelo juiz “competente para a causa” (art. 74, *initio*), como o fato de não estar a parte “em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 68, *initio*). Tal situação teria de ser justificada pela declaração do “rendimento ou vencimentos” do requerente, bem como dos “seus encargos pessoais e de família” (art. 72); e comprovada “com atestado de pobreza expedido (...) pelo serviço de assistência social”, onde houvesse, “ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição” em que residisse o interessado (art. 74, *fine*). O benefício abrangeria, em princípio, a isenção das taxas judiciárias e dos selos, dos emolumentos da Justiça, das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas a testemunhas e dos honorários de advogado e perito (art. 68,

vigas mínimas que poderiam sustentar um Estado democrático e um Estado de Direito. Trata-se, portanto, de um documento destinado exclusivamente a institucionalizar um regime autoritário” (Curso de direito constitucional, cit., p. 118-119).

⁴² A assistência judiciária estava prevista nos arts. 68 e seguinte do CPC: “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 juizes, 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; se esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz. Art. 69. O benefício de gratuidade é personalíssimo, extinguindo-se com a morte do beneficiário; poderá, entretanto, ser concedido aos herdeiros que continuarem a demanda, verificadas as condições previstas neste capítulo. Art. 70. O benefício de gratuidade será concedido a estrangeiro quando este residir no Brasil e tiver filho brasileiro, ou quando a sua lei nacional estabelecer reciprocidade de tratamento. Art. 71. O benefício de justiça gratuita abrangerá todas as instâncias, estendendo-se à execução da sentença. Art. 72. A parte que pretender o benefício de gratuidade mencionará, na petição, o rendimento ou vencimentos que percebe e os seus encargos pessoais e de família. Parágrafo único. Quem, para este efeito, prestar declarações falsas, será punido na forma da lei penal. Art. 73. O pedido formulado no curso da lide não a suspenderá, podendo o juiz, à vista das circunstâncias, conceder, de plano, a isenção. A petição, neste caso, será autuada em apartado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente. Art. 74. A solicitação será apresentada ao juiz competente para a causa, com o atestado de pobreza expedido, independentemente de selos ou emolumentos, pelo serviço de assistência social, onde houver, ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição em que residir o solicitante. Art. 75. O juiz, motivando, ou não, o deferimento, poderá julgar de plano o pedido. Se o não fizer, observará, quanto ao processo, o disposto no art. 685. Art. 76. Vencedor na causa o beneficiado, os honorários de seu advogado, as custas contadas em favor dos serventuários da justiça, bem como taxas e selos judiciários, serão pagos pelo vencido. Art. 77. A concessão do benefício poderá ser revogada em qualquer tempo, desde que se apure a inexistência ou o desaparecimento de qualquer dos requisitos necessários à sua concessão. Art. 78. A parte isenta do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, em qualquer tempo, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Art. 79. Se o beneficiado puder suportar em parte as despesas do processo, o juiz mandará pagar as custas aos oficiais de justiça, porteiros dos auditórios e demais serventuários, na ordem que estabelecer, considerando as necessidades de cada um”.

“*caput*” I a V⁴³.

A CF de 1946, por outro lado, conferiu novamente à assistência judiciária *status* constitucional, nos termos do art. 150, § 3: “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. No entanto deixou de disciplinar a garantia mais detalhadamente, destinando a organização para lei infraconstitucional. Pontes de Miranda, ao tratar do assunto, afirmou que, a despeito da expressão “na forma que a lei estabelecer”, tratava-se de uma norma constitucional autoaplicável, tendo em vista que já existia o CPC de 1939, que cuidava da matéria da assistência judiciária⁴⁴.

Ademais, vale mencionar que, ao contrário da legislação constitucional passada, esta Constituição, deixou de prever as duas esferas do Poder Público que tinha a responsabilidade da prestação do serviço da assistência judiciária, isso porque antes o texto dizia de forma expressa que cabia à União e aos Estados.

Em 1950, foi promulgada a Lei n. 1.060, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária, bem como a gratuidade da justiça aos necessitados, revogando-se as disposições sobre a matéria constante no CPC de 1939. Por falta de técnica legislativa, esse diploma legal confundiu indevidamente esses dois institutos, que são coisas diversas, conforme será visto adiante. A despeito de ser de 1950, a referida lei ainda está em vigor, com diversas alterações posteriores⁴⁵.

A CF de 1967, por sua vez, também previa a assistência judiciária como direito fundamental, de forma muito semelhante à anterior: “Art. 150, § 32: “Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”. A Emenda Constitucional n. 1 repetiu a regra da Constituição reformada (art. 153, § 32).

Ao comentar a CF de 1967, após a Emenda n. 01/69, Manoel Gonçalves Ferreira Filho questiona se a assistência, então judiciária, possui

tal relevância que deva ser incluída entre os direitos e as garantias fundamentais. Colocando-se no mesmo artigo, lado a lado, direitos como o da expressão do pensamento e o da assistência judiciária, corre-se o risco de desvalorizar o

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 50-51.

⁴⁴ “A regra é bastante em si, ‘self-executing’, a despeito da alusão à ‘forma que a lei estabelecer’. Há direito subjetivo à assistência” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. tomo V, p. 641). No mesmo sentido, ao comentar a regra do atual art. 5º: CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 819.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica, cit., p. 53.

primeiro e supervalorizar o segundo⁴⁶.

Barbosa Moreira, em atenção à afirmação do citado autor, responde de forma magistral:

Na eventualidade de que pessoa desprovida de meios se sinta lesada ou ameaçada no seu direito à expressão do pensamento e queira reclamar na Justiça a correspondente proteção: se não puder contar com a franquia de que estamos cuidando, a que ficará, na prática, reduzido aquele direito? Esta trivial reflexão evidencia que não são tão distantes, a final de contas os planos em que um e outro acham lugar adequado para inscrever-se, e que a vizinhança (relativa) do inciso LXXIV em nada desvaloriza, no art. 5º o inciso IV (...)⁴⁷.

Embora seja de suma importância a previsão constitucional acerca do direito ao acesso à justiça dos necessitados⁴⁸, com redações genéricas, sem estabelecer quaisquer princípios ou regras, as Constituições Federais citadas deixavam a cargo de cada Estado implementar o dispositivo constitucional.

A assistência jurídica aos carentes no Estado de São Paulo, por exemplo, de 1935 até 1947, era realizada por advogados assalariados pagos pelo Estado⁴⁹. Posteriormente, o Decreto-lei n 17.330/47 criou a Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), atrelada à Procuradoria Geral do Estado.

Já no antigo Estado do Rio de Janeiro foram criados os primeiros cargos de defensores públicos. Em 21 de julho de 1954, foi aprovada a Lei Estadual n. 2.188, que criava, na estrutura da Procuradoria Geral da Justiça, seis cargos de defensores públicos, subordinados ao Procurador Geral da Justiça. É importante destacar que eram cargos isolados, ocupados não mediante aprovação em concurso público, mas pela indicação do Chefe do Poder Executivo. Vale comentar que se tratava de um cargo de destaque, já que possuía uma boa remuneração, comparado ao cargo de promotor de segunda categoria. Depois, em 1955, o Decreto n. 4.986 criou mais três cargos de defensores públicos, também sujeitando-os à disciplina do Ministério Público⁵⁰.

No Estado da Guanabara, então Distrito Federal, a assistência jurídica era

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 119.

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 57.

⁴⁸ MESSITE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. *Revista dos Tribunais*, n. 392, p. 404.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., 1999, p. 424; MESSITE, Peter. *Assistência Judiciária no Brasil*, cit., p. 404.

⁵⁰ ROCHA, Jorge Luís. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7-9.

prestada pelos membros que ingressavam no Ministério Público⁵¹. Depois, em 1958, foi promulgada a Lei n. 3.434 – o Código do Ministério Público –, que criou cinco cargos de defensores públicos, nomeados livremente pelo presidente da República, dentre os promotores figurados no primeiro terço da lista de antiguidade⁵². Em 1962, com a Lei Estadual n. 5.111, organizou-se a estrutura da Procuradoria Geral do Estado com dois quadros funcionais, o primeiro composto pelos membros do Ministério Público e o segundo, por membros da assistência judiciária.

Na ocasião da junção dos dois Estados (Guanabara e Rio de Janeiro), com a criação da nova unidade federativa, foi prevista uma nova carreira, totalmente independente, com ingresso por meio de concurso público, destinada, exclusivamente, à assistência judiciária. Assim, em 1977, foi instalada a primeira Defensoria Pública do Brasil no Estado do Rio de Janeiro⁵³.

A CF atual, de 1988, é fruto de lutas pela instauração de uma ordem política e jurídica democrática. E, neste sentido, com receio de que os direitos e garantias previstos na Carta Magna não fossem efetivados, vários foram os instrumentos previstos na própria Constituição para garantir o que nela se previa. O exemplo mais ordinário é a previsão do *habeas corpus*, instrumento destinado à proteção da liberdade, garantido constitucionalmente⁵⁴. Mas também é certo que a garantia da assistência jurídica também é um instrumento de efetivação de direitos constitucionais.

Assim, foi esse diploma que rompeu bruscamente com os antigos paradigmas, alterando de forma substancial a questão da assistência aos hipossuficientes econômicos.

Primeiro, por ter previsto tal instituto expressamente como direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV). Note-se que nas constituições passadas apenas previa-se a assistência judiciária, não a assistência jurídica. Ademais, o texto atual utiliza a expressão “integral”, que possui reflexos importantes, como será visto no decorrer deste trabalho. Segundo, por delegar tal função exclusivamente às Defensorias Públicas, conforme pode ser visto no *caput* do art. 134 da CF: “A Defensoria Pública é instituição

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I, p. 733; ROCHA, Jorge Luís. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, cit., p. 19.

⁵² ROCHA, Jorge Luís. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, cit., p. 13.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 425.

⁵⁴ Neste sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* cit., p. 301-302.

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV)”. Isso porque “não é suficiente que o Estado assegure, apenas, o direito à assistência judiciária, sendo necessário que garanta, também, os instrumentos necessários ao seu efetivo exercício”⁵⁵.

Sobre o tema, afirma Cassio Scarpinella Bueno:

Trata-se de passo fundamental que foi dado pela Constituição Federal em prol da construção e aperfeiçoamento de um novo Estado Democrático de Direito para o país. Antes do art. 134, a tutela jurídica do hipossuficiente era não só incipiente mas, também, feita quase que casuisticamente pelos diversos membros da Federação. O dispositivo da Constituição Federal, neste sentido, teve grande mérito de impor a necessária institucionalização daquelas funções, permitindo, assim, uma maior racionalização na atividade de conscientização e de tutela jurídica da população carente, providência inafastável para o engrandecimento de um verdadeiro Estado e do fortalecimento de suas próprias instituições⁵⁶.

Cumprir observar que o direito à assistência jurídica também possui previsão em tratados internacionais. O primeiro documento internacional que cuidou da concessão de defensor gratuito foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em setembro de 1990, o qual afirma:

Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo. (art. 14, item 3, alínea “d”).

Sobre o tema, disserta Carlos Weis:

O direito de ser assistido juridicamente insere-se no rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que corresponde a uma contraprestação ativa por parte do Estado, responsável por prover o serviço público correspondente ou, como ocorre em alguns países, custear advogados privados a quem não possa pagá-los. Curiosamente, porém, foi no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que tal direito acabou reconhecido, o que se explica por sua evolução

⁵⁵ MORAES, Humberto Peña de. A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça, no Estado Democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*, cit. p. 235.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I, p. 231.

histórica. De fato, a ideia de que todos têm direito a se defender perante um tribunal guarda relação com o estabelecimento do “*due process law*” e suas garantias inerentes, como contrafação ao poder estatal de privar o ser humano de um de seus mais caros bens, a liberdade de locomoção⁵⁷.

Por sua vez, a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, trata expressamente da assistência jurídica no art. 37, alínea “d”, que assim dispõe:

Os Estados Partes zelarão para que: (...) d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Ademais, o art. 40, itens i e ii, afirma a necessidade de informar ao cidadão a respeito do direito de ser assistido por assistência jurídica, bem como de ter a causa decidida em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica.

O outro documento é o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, que prevê a obrigatoriedade de ser franqueada pelo Estado a assistência jurídica ao acusado⁵⁸. O Estatuto de Roma também prevê a necessidade de assistência jurídica ao necessitado⁵⁹.

2.2. Assistência Judiciária e Assistência Jurídica

Tendo em vista a alteração substancial realizada pela CF de 1988, é fundamental tratar da diferença entre assistência jurídica (direito garantido pelas constituições passadas) e assistência jurídica (direito garantido pela Constituição Cidadã de 1988).

Barbosa Moreira destaca, com muita propriedade, a alteração promovida pela

⁵⁷ WEIS, Carlos. Direitos humanos e Defensoria Pública. *Boletim IBCrim*, ano 10, n. 115, p. 5, jun. 2002.

⁵⁸ Afirma o art. 8º, item 2, alínea “e”: “*Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei*”.

⁵⁹ Afirma o art. 55, item 2, alínea “c”: “*2 – Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto no capítulo IX, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos: (...) c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver, a solicitar que lhe seja designado um defensor oficioso, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija, e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar*”.

CF de 1988:

A mudança do adjetivo qualificador da “assistência”, reforçada pelo acréscimo “integral”, importa notável aplicação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos⁶⁰.

E, descreve, ao final que: “O assunto decerto merece, primeiro a nossa atenção; em seguida, a nossa reflexão; depois – *‘last but not least’* o nosso esforço para fazer transbordar do papel para a vida a bela promessa constitucional”⁶¹.

Sobre a abrangência do direito, manifestam-se Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetem suas vidas”⁶².

A expressão “assistência jurídica e integral”, nas lições de Pedro Armando Egydio de Carvalho, contém duas finalidades. A primeira é a que implica que “a assistência transcende o Juízo, não se contenta em ser ‘judiciária’, é ‘jurídica’, isto é, efetiva-se onde estiver o Direito”. A segunda é

a assistência integral, ou seja, não se esgota na parte, na unidade, mas visa a integrar as seções e facetas de um todo, visa, em uma palavra, coordenar os diversos grupos sociais, desintegrados do conjunto por sua marginalização⁶³.

É importante mencionar que Pontes de Miranda indica que, mesmo a “assistência judiciária”, expressão contida na CF anterior, inclui “quaisquer atos que tenham de servir ao conhecimento da justiça, como as certidões de tabeliães”⁶⁴.

No mesmo sentido, posiciona-se Kazuo Watanabe, que afirmava, em 1985, que a assistência judiciária poderia ter duas acepções: uma restrita e uma ampla. A primeira significa “assistência técnica prestada por profissional legalmente habilitado, que é o advogado, em juízo. Quando muito, assistência prestada na fase pré-processual, mas

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 59.

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 62.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 143.

⁶³ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A Defensoria Pública: um novo conceito de assistência judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, p. 303, mar. 1993.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, p. 384.

sempre com vistas a uma demanda e à pessoa com conflito determinado”. A acepção mais ampla, segundo o autor,

tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, sua modificação e inclusive revogação. Mais adequado seria chamar-se serviço de semelhante amplitude, de “assistência jurídica”, ao invés de “assistência judiciária”⁶⁵.

Entretanto, majoritariamente, o conceito de assistência judiciária estava ligado umbilicalmente ao Poder Judiciário. Nesse sentido, veja-se a conceituação de assistência judiciária posta por Moacyr Amaral Santos: “Consiste a assistência judiciária no instituto constitucional que assegura aos necessitados, como tais havidos os economicamente fracos, valer-se dos serviços judiciários sem ônus de natureza pecuniária”⁶⁶.

Assim, pode-se concluir que a assistência jurídica inclui as atividades preventivas de consultoria e auxílio extrajudicial, bem como assistência judiciária (processual)⁶⁷. Além da atividade fundamental de conscientização jurídica, fortalecendo o espírito de cidadania⁶⁸.

Nesse sentido, afirma Cleber Francisco Alves:

De acordo com o novo regime constitucional, passou a incluir também a consultoria e a orientação/aconselhamento jurídico em geral, além de ações institucionais de educação para a cidadania e de luta pelo aprimoramento do sistema jurídico como um todo, mediante reformas legislativas e ações políticas voltadas para a melhoria de vida das pessoas pobres. Assim, toda uma nova gama de serviços, como os que se classificam sob a denominação de advocacia preventiva, além da assistência para a redação de contratos e atos jurídicos de um

⁶⁵ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. In: *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.277, de 7 de novembro de 1984*. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 161.

⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p. 310.

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 678; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, cit., p. 139; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 33.

modo geral, a defesa de interesses em instância extrajudiciais, notadamente em processos administrativos perante órgãos públicos, e até mesmo processos de cunho disciplinar perante entidades paraestatais, como as corporações profissionais diversas, não podem ser excluídos do campo de abrangência da assistência jurídica integral e gratuita que é estabelecida pela Constituição como dever do Estado em prol dos necessitados ou hipossuficientes⁶⁹.

Tendo em vista a ampliação promovida pela CF, a assistência técnica também pode ser solicitada em processo administrativo⁷⁰.

A assistência extrajudicial não possui regulamentação em lei federal, ao contrário da processual, que possui regulamentação pela Lei n. 1.060/50, recepcionada pela CF de 1988; porém, algumas legislações estaduais tratam da matéria, é o caso da lei estadual carioca e da paulista⁷¹.

Assim, pode-se entender a assistência jurídica, instrumento fundamental à ordem justa no Estado Social Democrático de Direito, como o dever estatal de auxílio jurídico prestado ao hipossuficiente em sentido amplo, caracterizado pelo dever de: a) prestar informação e conscientização dos indivíduos acerca dos seus direitos, b) prestar orientação jurídica; c) realizar atividades extrajudiciais, buscando prevenir a constituição de conflito, como envio de ofício, elaboração de contratos etc.; d) buscar a composição extrajudicial dos conflitos; e) representar e defender os interesses do indivíduo em processos administrativos; f) representar e defender os interesses do indivíduo em processos judiciais; g) defender os interesses da coletividade.

2.3. Assistência Jurídica Integral e Gratuita: um Direito

A assistência jurídica é um direito subjetivo do cidadão⁷². E mais, trata-se de

⁶⁹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 274-275.

⁷⁰ Nesse sentido: “Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Ausência de defesa de defensor dativo. Cerceamento de defesa. Ocorrência. I – “A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusados em geral” (Precedentes). II – Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. III – O art. 18 da Lei Complementar n° 80/94 prevê a atuação da Defensoria Pública da União em processos administrativos disciplinares, o que contribui para a garantia da ampla defesa em processos dessa natureza. IV – A ausência de nomeação de defensor dativo gera nulidade dos atos editados no processo administrativo disciplinar a partir da fase instrutória (inquirição de testemunhas). Ordem parcialmente concedida” (STJ, MS 12336/DF, 3ª Seção, rel. Min. Felix Fischer, j. 13.6.2007, DJ 24.9.2007, p. 244, v.u.).

⁷¹ Esse tema será abordado mais detalhadamente no Capítulo 5 deste estudo

⁷² Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 242; FERREIRA, Pinto.

uma garantia inserida no rol das garantias individuais fundamentais⁷³.

Vale destacar que o fato de a assistência jurídica não ser um direito universal, destinado a toda e qualquer pessoa, conforme será abordado no item 2.8.2 deste capítulo, não a descaracteriza como um direito.

Entretanto, é certo que a assistência jurídica, como um instrumento fundamental para o acesso à ordem jurídica justa, é um direito de todos no Estado Democrático de Direito⁷⁴.

A norma constitucional que trata da assistência jurídica é norma de eficácia plena e aplicação imediata⁷⁵, ou seja, não depende de qualquer regulamentação para poder ser implementada⁷⁶. Como tal, pode ser exigida perante o Poder Judiciário⁷⁷. José Afonso da Silva entende que a omissão do dever positivo, pelo Estado, de prestar assistência jurídica gera a possibilidade do exercício da ação de inconstitucionalidade por omissão, a fim de obrigar o Poder Público a realizar, na prática, a imposição constitucional⁷⁸.

Mais do que o direito à assistência jurídica, o necessitado tem direito à assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, tendo em vista a escolha constitucional⁷⁹.

É importante destacar também que o direito à assistência jurídica, na amplitude aqui defendida, tem como fundamento principal o Estado Social Democrático de

Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 214; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 641; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 247; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 69; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173.

⁷³ GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 114. WEIS, Carlos. *Direitos humanos e Defensoria Pública*, cit., p. 5.

⁷⁴ Nesse sentido: ALVARES, Anselmo Prieto. *A assistência jurídica gratuita e o direito das relações de consumo*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 75; ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 42.

⁷⁵ Sobre a classificação das normas constitucionais acerca de sua efetividade e aplicação, ler: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁷⁶ Nesse sentido: CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 819. Vale destacar que, desde a Constituição de 1967, a norma constitucional que tratava do tema já era considerada autoaplicável, conforme afirma Pontes de Miranda: “A regra é bastante em si, ‘self-executing’, a despeito da alusão à ‘forma que a lei estabelecer’”. Há direito subjetivo à assistência” (*Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 641). Há, entretanto, posição em sentido contrário, sustentando ser norma de eficácia limitada e aplicabilidade indireta: Nesse sentido: TAVARES, Marcelo Leonardo. *Carentes de justiça*. *Revista de direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 13, n. 17, p. 135, jan. 2001.

⁷⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 260.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 173.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita V. *Acesso à justiça: Defensoria Pública e a assistência jurídica gratuita (alguns obstáculos)*. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, n. 16, p. 19, jul. 2000.

Direito, consagrado na CF de 1988.

O Estado Social Democrático de Direito, conforme sintetiza Carlos Ari Sunfeld, “é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”⁸⁰.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni afirma: “o Estado Democrático de Direito tem em seu conteúdo princípios da justiça social e do pluralismo, devendo realizar-se através da democracia participativa”⁸¹.

Paulo Bonavides destaca o Estado Social da Democracia como aquele que, concomitantemente, oferece a sua feição jurídico-constitucional focada no intervencionismo e paternalismo, com a garantia tutelar do direito da personalidade⁸².

Carlos Weis afirma:

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas funções essenciais a realização da justiça social, justiça esta que pressupõe o conhecimento e realização dos direitos fundamentais pelos seus titulares, sejam tais direitos individuais, coletivos ou difusos⁸³.

A assistência jurídica é um instrumento veiculador de participação popular no poder por meio do processo judicial e extrajudicial⁸⁴. Outrossim, é meio hábil para erradicar a pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais – todos objetivos fundamentais da República do Brasil, previstos no art. 3º e seus incisos da Constituição Federal⁸⁵.

Esse direito também se relaciona ao princípio da dignidade humana, uma vez que só se pode ter uma vida digna quando se tem conhecimento dos direitos e dos mecanismos legais para salvaguardá-los.

Somente com a assistência jurídica é possível consagrar o princípio do devido

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 57.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 20.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 203-204.

⁸³ WEIS, Carlos. *Direitos humanos e Defensoria Pública*, cit., p. 6.

⁸⁴ LIMA, Francisco Marque de. *Fundamentos constitucionais do processo* (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 208; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 47. Sobre o tema, ler: RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 150-165.

⁸⁵ Nesse sentido: WEIS, Carlos. *Direitos humanos e Defensoria Pública*, cit., p. 5; ALVARES, Anselmo Prieto. *A assistência jurídica gratuita e o direito das relações de consumo*, cit., p. 82; CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *A Defensoria Pública*, cit., p. 302; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Acesso à justiça: Defensoria Pública e reforma do Judiciário. *Cidadania e Justiça*, São Paulo, n. 7, p. 52, jul./dez. 1999.

processo legal, previsto art. 5º, inc. XIV, da CF⁸⁶, o qual é tido como princípio fundamental do processo civil, considerado “base sobre a qual todos os outros se sustentam”⁸⁷. Por essa razão, Nelson Nery Junior conclui:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o “*caput*” e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações⁸⁸.

Assim, a assistência jurídica relaciona-se a todos os direitos decorrentes do devido processo legal: o princípio da isonomia⁸⁹, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

2.4. Assistência Jurídica Integral e Gratuita: Dever do Estado

Conforme visto, foi a CF de 1934 que estabeleceu o dever do Poder Público em conceder assistência, inicialmente judiciária, aos necessitados.

Na primeira previsão, o texto constitucional foi expresso ao dispor que o dever

⁸⁶ Vale apenas consignar que o princípio do devido processo legal possui ampla extensão e pode ser analisado em dois sentidos: no sentido material ou substantivo (*substantive due process of law*) e no sentido processual, formal ou adjetivo (*judicial process*). No sentido substancial, o devido processo legal deve ser entendido como um meio pelo qual se “*controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público*” (FERREIRA, Olavo A. V. Alves. O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves e LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal 15 anos – mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003, p. 95). Além dos princípios da legalidade e da razoabilidade, extrai-se do *substantive due process* o princípio da proporcionalidade. Assim, observa Geraldo Brindeiro: “*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm sido aplicados em hipóteses de proibições e vedações legais consideradas arbitrárias ou irrazoáveis em desrespeito à cláusula do ‘substantive due process of law (...) o devido processo legal não pode ser reduzido a nenhuma fórmula, mas deve representar o equilíbrio constituído sobre o respeito à liberdade individual e às exigências de uma sociedade organizada’*” (O devido processo legal na Constituição de 1988 e o direito comparado. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal 15 anos – mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003, p. 87). Nesse sentido, há um julgado do STF que determina a suspensão do artigo de uma medida provisória referente a registro de arma de fogo em razão da violação do devido processo legal, no sentido material (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 2290/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 18.10.2000, DJ 23.2.2001, p. 83, v.u.).

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 70.

⁸⁹ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 273; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 69; OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. A Defensoria Pública como garantia de acesso à justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, n. 16, p. 317, jul. 2000.

de prestar o serviço era de dois entes federativos: União e Estados. Afirmava o art. 113, item 32: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais. assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

As redações constitucionais seguintes, que traziam a previsão da assistência judiciária e depois da assistência jurídica, em 1988, não mais continham essa previsão expressa acerca dos entes políticos responsáveis por prestar o serviço, prevendo apenas o dever genérico do Poder Público de prover o serviço em tela. Questiona-se, então, se o Município passou a ter o dever de também prestar esse serviço.

Para tratar do tema, faz-se necessário um breve estudo a respeito da competência legislativa acerca da assistência jurídica.

Afirma o art. 24, inc. XIII, da CF, ser competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública. Sendo competência concorrente, pela regra do § 1º, a União tem competência para legislar sobre normas gerais e o Estado, sobre questões específicas. Tem-se, assim, a Lei Complementar (LC) n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. É a Lei Orgânica da Defensoria Pública. E cada Estado possui sua legislação específica. No caso do Estado de São Paulo, a lei que regulamenta a Defensoria Pública estadual é a Lei Complementar paulista n. 988/2006.

Note-se que em momento algum a CF fez referência às Defensorias Públicas municipais. Tal silêncio, na opinião de Cleber Francisco Alves, é eloquente e não por acaso ou por esquecimento⁹⁰.

Ademais, com a análise da competência legislativa, é possível verificar a impossibilidade de o Município legislar sobre Defensoria Pública. O art. 30 da CF, que trata da competência do Município, não faz qualquer referência à prestação jurídica dos necessitados⁹¹.

⁹⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 312.

⁹¹ Dispõe o art. 30: “*Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX*

É certo que a assistência jurídica pode ser considerada de interesse local. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que são

assuntos vedados ao Município, por não se enquadrarem no conceito de interesse local, a atividade jurídica, a segurança nacional, o serviço postal, a energia em geral, a informática, o sistema monetário, a telecomunicação e outros mais, que, por sua própria natureza e fins, transcendem o âmbito local⁹².

Portanto, a exemplo da Magistratura e do Ministério Público, deve a Defensoria Pública ser instituída apenas no nível federal e estadual⁹³. O que existe são órgãos de execução da Defensoria Pública localizados nos Municípios⁹⁴.

Por fim, destacamos outro fundamento:

Uma Defensoria Pública Municipal, ou mesmo qualquer outro órgão prestador de assistência jurídica e judiciária em nível municipal, dificilmente poderia conceder a seus membros as condições institucionais indispensáveis para o bom exercício de suas funções, notadamente no que se refere à independência e autonomia. Ficariam os “advogados” integrantes desse tipo de serviço muito mais vulneráveis às pressões e interesses locais; isto fatalmente comprometeria o desempenho de suas atribuições, circunstância que ocorreria igualmente se houvesse a figura do juiz municipal ou do promotor de Justiça municipal. Exatamente para evitar esses dissabores, a tradição jurídica brasileira sempre optou pela colocação da assistência judiciária e, agora, da Defensoria Pública, no âmbito da competência estadual⁹⁵.

O Município de Ilha Comprida promulgou uma lei que instituiu a Defensoria Pública municipal, que cria, no Departamento do Bem-Estar Social, a Defensoria Pública. Essa lei foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob n. 169.937.0/0-00, interposta em setembro do ano de 2008, pelo procurador-geral de Justiça do Estado.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que, a despeito de a Lei Complementar n. 80 não ter cogitado que a incumbência de prestar assistência jurídica também caberia aos Municípios, a expressão “Estado”, utilizada pelo texto constitucional, designa toda e

– *promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*”.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 347.

⁹³ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 312. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 616. Em sentido contrário, sustentando expressamente a possibilidade de o Município criar Defensoria Pública, manifesta-se: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 244.

⁹⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 616.

⁹⁵ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 314.

qualquer entidade político-administrativa, incluindo, portanto, os Municípios⁹⁶. Segundo o autor, não importa se são apenas os entes federais e os estaduais que possuem competência legislativa, isso porque não se pode confundir competência legislativa e competência administrativa, eis que nem sempre coincidem⁹⁷.

Concordando com a última posição, Ruy Pereira Barbosa reforça que é responsabilidade da Municipalidade, também pelo texto constitucional, o combate das causas de pobreza e os fatores de marginalização⁹⁸.

De fato, a competência legislativa não pode ser confundida com a competência material⁹⁹; porém, tendo em vista a escolha constitucional acerca da prestação do serviço da assistência jurídica pelo Estado exclusivamente pelas Defensorias Públicas, que devem ser organizadas apenas nos níveis estadual e federal, se o Município pretender realizar assistência jurídica não visando qualquer óbice, deverá fazê-lo por meio de convênios com a Defensoria Pública correspondente, mas jamais instituir uma Defensoria Pública municipal ou qualquer outro órgão municipal para realizar essa atividade.

Vejamos: na hipótese de um determinado Município desejar promover um programa de regularização fundiária de moradias de população de baixa renda, sendo esta uma competência não legislativa, prevista no inc. IX do art. 23, para tanto necessitará de assistência jurídica gratuita. É perfeitamente possível uma parceria entre o Município e a Defensoria Pública do Estado ou da União para elaboração de cartilhas, ações de usucapião individual ou coletiva etc.

2.5. Sistemas de Assistência Jurídica

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam a existência de três sistemas de assistência jurídica¹⁰⁰.

2.5.1. Sistema *judicare*

⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica, cit., p. 57. No mesmo sentido: PINTO, Robson Flores. *A assistência jurídica aos hipossuficientes...*, cit., p. 127.

⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica, cit., p. 58.

⁹⁸ BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 61.

⁹⁹ A competência material do Município pode ser dividida em comum, quando comum aos quatro entes federativos (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), prevista no art. 23 da CF; ou privativa, quando exclusiva ao Município, prevista nos incs. III a IX do art. 30 da CF.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 35-49.

O primeiro dos sistemas de assistência jurídica é denominado *Sistema judicare*, o qual confere aos litigantes de baixa renda o direito de serem defendidos por advogados particulares, dispostos para tanto e remunerados pelo Estado. É o sistema adotado na Austrália, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental¹⁰¹.

José Carlos da Silva Alves apresenta os pontos positivos desse sistema:

- a) os advogados particulares asseguram um serviço de melhor qualidade; b) o modelo permite a utilização da advocacia privada; c) sendo bem remunerados, até os advogados mais experimentados participam; d) nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, há possibilidade de existirem escritórios de advocacia em qualquer lugar, mesmo longe dos centros da cidade¹⁰².

Discordamos acerca dos pontos levantados pelo autor. Primeiro por não corresponder à verdade a alegação de que advogados particulares prestam um serviço de melhor qualidade. No Brasil, por exemplo, com a pulverização de faculdades de direitos, não é raro encontrar advogados particulares de péssima qualidade. Por outro lado, o serviço de assistência jurídica, quando prestado diretamente pelo Estado, exige a contratação de profissionais por meio de concurso público, fato que, normalmente, eleva a qualidade profissional das pessoas que prestam a assistência.

Também é necessário constar que a prática de assistência jurídica em parceria com a advocacia particular normalmente faz com que o advogado se dedique e gaste mais tempo com as causas particulares que com aquelas decorrentes da assistência jurídica.

Normalmente o Estado não tem condições de pagar, de forma individual, o preço de mercado aos advogados renomados. De sorte que os advogados mais experientes não devem fazer parte do quadro de advogados que prestam assistência jurídica.

Ademais, o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica em todo e qualquer lugar. Como é seu dever prestar o direito à saúde e à educação.

Outra suposta vantagem do sistema seria a possibilidade de escolha. Ocorre que esse direito de escolha é limitado, tendo em vista que o indivíduo deve escolher os advogados que se dispõem a participar da assistência jurídica.

¹⁰¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 35.

¹⁰² ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 36.

A principal crítica desse sistema é que os indivíduos utilizam a justiça para resolver problemas que lhes são conhecidos, como direito penal e de família, sem a utilização da assistência judiciária para reivindicar seus novos direitos, como aqueles relacionados ao consumo. Isso porque esse sistema não possibilita algumas facetas da assistência jurídica, como a prestação e conscientização dos direitos da população mais carente, a orientação e composição extrajudicial. Assim, não tem o condão de romper a barreira do acesso à justiça em razão do desconhecimento do direito, uma vez que confia ao necessitado a tarefa de reconhecer o direito e procurar auxílio¹⁰³.

Por fim, esse sistema não oferece a possibilidade de transcender os remédios judiciais individuais, como a propositura de ação coletiva.

2.5.2. Sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos

O segundo sistema de assistência jurídica apontado é aquele formado por advogados remunerados pelos cofres públicos, que prestam o serviço de assistência judiciária por meio de “escritórios de vizinhança”.

Com esse sistema, objetivou-se não a defesa judiciária dos necessitados, mas sim a conscientização de novos direitos e despertar o desejo de obtê-los, seja dentro ou fora dos autos de um processo judicial¹⁰⁴.

Ou seja:

Além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema “*judicare*”, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe¹⁰⁵.

Tem-se como crítica a esse sistema a possibilidade de os advogados de equipe descuidarem dos casos individuais em razão da maior repercussão e melhor resultado dos casos coletivos. Ademais, tal sistema depende de apoio governamental¹⁰⁶.

2.5.3. Sistema combinado

¹⁰³ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 38.

¹⁰⁴ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 40.

¹⁰⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 41.

¹⁰⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 41-42.

O último dos sistemas é o sistema combinado, ou misto. É aquele em que o país adota os dois sistemas anteriores. É o sistema adotado pela Suécia e Canadá¹⁰⁷.

O objetivo é a possibilidade de o hipossuficiente optar entre o advogado particular ou o membro da instituição pública responsável por prestar assistência jurídica. Sendo a principal crítica a baixa remuneração dos advogados¹⁰⁸.

2.6. A Escolha Constitucional: Defensoria Pública

O constituinte de 1988 foi expresso na sua escolha: a Defensoria Pública é a instituição responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Assim, a nosso ver, adotou-se um sistema próximo ao sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos; porém, com diferenças substanciais. Em vez de serem advogados, são agentes políticos concursados. Ademais, esses agentes políticos são dotados de garantias e prerrogativas próprias¹⁰⁹.

Antes da atual Constituição, o dever imposto ao Poder Público de prestar assistência judiciária poderia ocorrer de qualquer forma: por um ente estadual ou por advogados particulares pagos pelo Estado etc.

No entanto a Constituição de 1988 impôs ao Estado o dever de prestar assistência judiciária diretamente por meio de um órgão próprio: a Defensoria Pública.

Nesse sentido, afirma Celso Bastos Ribeiro:

A atual Lei Maior não se limitou a consignar o dever de prestação da assistência judiciária. Ela deixa claro a quem compete fornecê-la. Isto é feito pelo art. 134 e seu parágrafo único, que deixa certa a existência de uma defensoria pública no nível da União e do Distrito Federal, que será organizada pela primeira, assim como patenteia a existência de defensorias nos Estados submetida a normas gerais de nível federal¹¹⁰.

A escolha do constituinte não foi por acaso. Conforme visto no item anterior, a instituição de um órgão estatal, destinado exclusivamente a prestar serviço de

¹⁰⁷ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 43.

¹⁰⁸ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 39.

¹⁰⁹ “Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência (...) os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável a independência dos juízes nos seus julgamentos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 77). Destaca-se, entretanto, que o autor entende que defensores públicos não devem ser considerados agentes políticos (p. 455).

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 376-377.

assistência jurídica, é capaz de exercer todas as atividades que esse direito inclui, principalmente no que diz respeito à conscientização e educação em direitos, bem como a defesa de direitos difusos.

Carlos Weis destaca, com muita razão, que as Defensorias Públicas devem ser compreendidas de modo diverso dos serviços de assistência judiciária anteriores à CF de 1988, que tinham um caráter assistencialista. Segundo o autor:

Ao criar uma nova instituição jurídica, a Constituição atribuiu-lhe a função de concorrer para o acesso à justiça social, especialmente no que diz respeito à orientação jurídica da população, algo inalcançável pela advocacia privada, seja em razão de sua estrutura pulverizada, seja pela natural finalidade lucrativa que envolve a atividade do profissional liberal¹¹¹.

Essa abrangência da assistência jurídica conferida à Defensoria Pública acabou com o caráter paternal e restrito ao serviço público da assistência judiciária¹¹².

Somente com a instituição da Defensoria Pública é possível atingir os objetivos amplos da assistência jurídica integral.

Nesse passo também se posiciona Boaventura de Souza Santos:

A construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim, assistência jurídica especializada para a defesa de interesses colectivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a resolução extrajudicial dos conflitos e ainda actuando na educação de direitos. A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem especial consideração pelo papel da Defensoria Pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário¹¹³.

Tendo em vista a escolha constitucional, não é possível outra forma estatal de prestação de serviço que não seja por meio da instituição da Defensoria Pública, ainda que, em um segundo plano, haja a delegação em razão da impossibilidade de fazer.

Vale destacar o caso do Estado de Santa Catarina, em que se objetivou que a prestação da assistência jurídica gratuita fosse realizada por meio da seccional da OAB

¹¹¹ WEIS, Carlos. Direitos humanos e Defensoria Pública, cit., p. 6.

¹¹² CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 110-111.

¹¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça. APADEP em Notícias, ano 1, n. 7, p. 6, jan./fev. 2009.

daquele Estado, nos termos do art. 1º da Lei Complementar n. 155/97¹¹⁴. Diploma que foi impugnado por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3.892),

Contrariando, porém, o sistema constitucional, pois, na prática, o Brasil adota esse sistema misto, já que, de um lado, tem-se a instituição da Defensoria Pública. Do outro, em razão da estrutura desta instituição não ser compatível com o mister a ser desenvolvido, tem-se a delegação de atividades para entes conveniados¹¹⁵.

Assim, cada Estado criou formas para prestar o serviço, quando da impossibilidade de atuação da Defensoria Pública. Note-se que, conforme consta no II Diagnóstico da Defensoria Pública, estudo realizado pelo Ministério da Justiça, o Brasil conta com 1,48 defensor público para cada 100.000 habitantes¹¹⁶. Tendo em vista essa clara insuficiência de recursos humanos da Defensoria Pública, 16 (dezesseis) instituições mantêm entidades conveniadas¹¹⁷, sendo que a parceria mais constante é feita com as faculdades de direito¹¹⁸.

No caso do Estado de São Paulo, por exemplo, são apenas 400 (quatrocentos) defensores públicos para atender aos carentes de todo o Estado, o que significa que cada defensor público corresponde, aproximadamente, a 58 (cinquenta e oito) mil pessoas

¹¹⁴ Afirma o artigo: “Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC. § 1º – A OAB/SC obriga-se a organizar, em todas as Comarcas do Estado, diretamente ou pelas Subseções, listas de advogados aptos à prestação dos serviços da Defensoria Pública e Assistência Judiciária Gratuita. § 2º – Cada subseção da OAB/SC organizará as listas a que se refere o parágrafo anterior, incluindo, mediante requerimento, os advogados que nela tenham sede principal de atividade. Na Comarca da Capital a confecção da lista caberá à Diretoria da OAB/SC. § 3º – As listas serão organizadas de acordo com a especialidade dos advogados, indicada no requerimento a que se refere o parágrafo anterior, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação profissional. § 4º – Somente poderão ser incluídos nas listas os advogados que assinarem termo de comprometimento e aceitação das condições estabelecidas na presente Lei Complementar, os quais serão designados pela autoridade judiciária competente. § 5º – Para efeito de designação de Assistente Judiciário ou Defensor Dativo dever-se-á manter, o quanto possível, sistema de rodízio entre os advogados inscritos e militantes em cada Comarca”.

¹¹⁵ Nesse sentido: LENZA, Pedro, Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da Defensoria Pública na reforma do Judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 492. Vale mencionar que o maior estado da Federação, o Estado de São Paulo, instituiu a Defensoria Pública apenas em março de 2006 com apenas 400 (quatrocentos) cargos de defensores públicos. Esse número é notadamente insuficiente para atender a demanda da assistência judiciária do Estado que hoje tem mais de 400 milhões de habitantes. Por essa razão, o Estado de São Paulo, lamentavelmente, a nosso ver, tem de se socorrer dos convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para prestar o serviço de assistência judiciária.

¹¹⁶ Para o mesmo número de habitantes, existem 7,7 juízes e 4,22 membros do Ministério Público. O estudo está disponível em http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/Diag_defensoria_II.pdf. Acesso em: 12. fev. 2009.

¹¹⁷ Apenas não possuem convênio as Defensorias Públicas dos Estados do Acre, Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul e a Defensoria da União (Fonte: II Diagnóstico da Defensoria Pública).

¹¹⁸ Os convênios com as faculdades de direito representam 46,9% do total de convênios firmados.

hipossuficientes economicamente¹¹⁹. Hoje, lamentavelmente, 93% (noventa e três por cento) das comarcas do Estado de São Paulo não têm atendimento da Defensoria Pública estadual¹²⁰. E, embora existam convênios com universidades, a principal forma de prestação de serviço de assistência jurídica suplementar, que, na verdade, reduz-se à assistência meramente judiciária, é realizada por meio de um Convênio entre a OAB e a então Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), sendo que a partir de 2006, com a criação da Defensoria Pública, o convênio foi firmado entre a OAB e ela.

É muito importante destacar que os convênios, tendo em vista a autonomia funcional e administrativa concedida à instituição da Defensoria Pública pela CF (art. 134, § 2º), devem ser firmados com liberdade pela instituição, sempre visando prestar assistência jurídica efetiva e de qualidade.

Tal situação, porém, não ocorre no Estado de São Paulo. Isso porque o convênio entre a Defensoria Pública e a OAB tem previsão na Constituição Estadual de São Paulo e na Lei Complementar paulista n. 988/2006.

Afirma o art. 109 da Constituição Estadual de São Paulo: “Para efeito do disposto no art. 3º desta Constituição, o Poder Executivo manterá quadros fixos de defensores públicos em cada juizado e, quando necessário, advogados designados pela OAB/SP, mediante convênio”. O art. 3º do diploma, por sua vez, prevê o direito à assistência jurídica integral e gratuita nos mesmos termos da CF (art. 5º, inc. LXXIV).

Já o art. 234 da Lei Complementar paulista n. 988/2006 assim dispõe: “A Defensoria Pública do Estado manterá convênio com a Seccional de São Paulo da OAB, visando a implementar, de forma suplementar, as atribuições institucionais definidas no artigo 5º desta lei”. E os parágrafos complementam:

§ 1º – A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá: 1. manter nas suas Subseções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio, devendo analisar o preenchimento das condições de carência exigidas para obtenção dos serviços, definidas no convênio, bem como a designação do advogado que prestará a respectiva assistência; 2. credenciar os advogados participantes do convênio, definindo as condições para seu credenciamento, e observando as respectivas Comarcas e especialidades de atuação, podendo o advogado constar em mais de uma área de atuação; 3. manter

¹¹⁹ Para o estudo foi considerada pessoa hipossuficiente economicamente aquela que ganha até 3 (três) salários-mínimos.

¹²⁰ LEITE, Antonio José Maffezzoli; FRANCO, Alberto Silva. *Defensoria pública, três anos: o órgão tem muito a mostrar neste aniversário, mas pouco a comemorar..* Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090114/not_imp306848,0.php. Acesso em: 14 jan 2009.

rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio, salvo quando a natureza do feito requerer a atuação do mesmo profissional. § 2º – A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo, custeada com as receitas previstas no artigo 8º, será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. § 3º – A Defensoria Pública do Estado promoverá o ressarcimento à Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente.

A disposição constitucional, bem como a previsão da lei complementar transcrita, certamente ferem a autonomia institucional e a administrativa da Defensoria Pública consagradas na CF.

Além de a referida instituição impor a forma pela qual o serviço de assistência jurídica deve ser complementado, quando da impossibilidade da atuação da Defensoria Pública, deixa a cargo de uma instituição externa, a OAB, a tarefa de credenciar advogados que participam do convênio, bem como as condições para esse credenciamento. Ademais, a remuneração, pela previsão legal, deve ser definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da OAB. E, por fim, prevê que a Defensoria Pública deverá promover o ressarcimento à Seccional Paulista da OAB das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente.

Assim, o serviço no Estado de São Paulo passa a ser um sistema semelhante ao Sistema *judicare*, já abordado no presente capítulo; porém, apenas com as desvantagens. Isso porque o indivíduo não tem qualquer possibilidade de escolha. É nomeado um advogado automaticamente, adotando-se critérios aleatórios, sem qualquer possibilidade de escolha por parte do usuário. Ademais, a remuneração paga pelo serviço é inferior à remuneração prevista na tabela de honorários sugeridos pela Ordem dos Advogados¹²¹, de sorte que não participam, em geral, advogados experientes e de

¹²¹ Vale destacar que o pagamento dos advogados conveniados deve ser realizado com base na tabela de honorários previamente fixados entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil. Sobre o tema, vale mencionar a seguinte ementa do STJ: “*Processo civil. Defensoria Pública. Assistência judiciária. Resolução da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Diferença entre os honorários arbitrados judicialmente e o constante da resolução PGE-SP. Cobrança. Impossibilidade. Precedente. O Estado de São Paulo cumpriu a determinação contida no art. 24, XIII, da CF, criando ‘Defensoria Pública’, ainda que de forma precária. O advogado que aderiu aos critérios estabelecidos na citada Resolução da Procuradoria-Geral, recebendo os honorários respectivos sem ressalvas e dando plena, geral e irretratável quitação, não pode pleitear qualquer diferença do Estado. Inocorrência de violação do art. 22 da Lei 8906/94. Recurso especial improvido* (STJ, 2ª T., 280169/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 23.4.2002, DJ 5.8.2002, p. 233, v.u.).

renome¹²².

Ademais, conforme já se salientou, a prática de assistência jurídica em parceria com a advocacia particular, normalmente faz com que o advogado se dedique e gaste mais tempo com as causas particulares que com aquelas decorrentes da assistência jurídica.

Na prática, a manutenção do citado convênio impõe um elevado custo ao orçamento da Defensoria Pública, que não são revertidos para sua efetiva estruturação. Os gastos com o convênio representam, em média, R\$ 300 milhões por ano. Sendo que o valor pago a título de salário aos 400 (quatrocentos) defensores públicos do Estado de São Paulo representa aproximadamente um sexto do valor gasto com o convênio; ou seja, com o valor gasto com o convênio “seria possível designar o número necessário de defensores públicos em cada comarca do Estado e ainda se economizaria dinheiro público”¹²³.

Essas disposições legais, portanto, são uma afronta ao sistema constitucional eleito para a prestação da assistência jurídica. E, por essa razão, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal visando à declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos acima transcritos¹²⁴. Assim, o credenciamento deve ser realizado diretamente pela Instituição da Defensoria Pública, eis que é o órgão, autônomo e independente, constitucionalmente escolhido para assistência jurídica integral e gratuita.

2.6.1. Exclusividade

É muito importante destacar que a Defensoria Pública não tem exclusividade na prestação de serviço de assistência jurídica aos necessitados¹²⁵.

Assim, é possível que advogados privados prestem serviços de forma gratuita, bem como é possível a existência de escritórios modelos em faculdades que prestem serviço de advocacia sem qualquer custo. Ou seja, há a possibilidade de a assistência judiciária ser prestada também por organismos não estatais, independentemente de

¹²² MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*, cit., 54.

¹²³ LEITE, Antonio José Maffezzoli; FRANCO, Alberto Silva. *Defensoria Pública, três anos*, cit.

¹²⁴ Trata-se da ADI n. 4.163, distribuída no dia 20 de outubro de 2008, cujo relator é o Min. Cezar Peluso.

¹²⁵ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 58; ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 293.

convênios com a Defensoria Pública¹²⁶.

Por essa razão, diz-se que “a Defensoria Pública é uma instituição de competição, na medida em que não detém o monopólio do serviço que presta, ao contrário de outras”¹²⁷.

Em sentido contrário, parece se posicionar Celso Ribeiro Bastos, uma vez que, ao tratar da Defensoria Pública, afirma:

O que é certo é que excluem-se outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria defensoria pública. Esta detém, com exclusividade, a função de orientar juridicamente e de defender, em todos os graus, os necessitados”¹²⁸. No mesmo sentido, Hélio Márcio Campo afirma que a Defensoria Pública detém com exclusividade a função de orientar e juridicamente defender os necessitados¹²⁹.

Paulo Galliez entende que o exercício da assistência jurídica gratuita e integral por pessoas que não são membros da Defensoria Pública viola o princípio da indivisibilidade. Entende também que a proibição de o defensor público exercer advocacia fora de suas atribuições funcionais pode ser interpretada a *contrario sensu*, levando à conclusão de que ao advogado é igualmente vedado o exercício do múnus público do defensor público, mesmo como dativo.

O citado autor, nesse diapasão, afirma ser a previsão do Estatuto de Advocacia, no sentido de permitir a prestação de assistência jurídica gratuita pelo advogado, nos casos de impossibilidade da Defensoria Pública local, de constitucionalidade duvidosa¹³⁰. Isso porque “a Lei Complementar n. 80/94, hierarquicamente superior ao Estatuto da OAB, não prevê essa hipótese de substituição nem supõe que as suas normas possam ser complementadas subsidiariamente”¹³¹.

¹²⁶ ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 11. GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*, cit., p. 112.

¹²⁷ SILVA, José Fontelle Teixeira de. Defensoria Pública política institucional: a falta de uma doutrina. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, n. 17, p. 68, 2001. Disponível em: <http://www.jfontenelle.net/publicados.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

¹²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 425.

¹²⁹ CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, cit., p. 110.

¹³⁰ Afirma o § 1º do art. 22 do Estatuto da OAB: “O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado”. Ademais, o mesmo diploma legal afirma como infração disciplinar do advogado recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública (art. 34, inc. VII).

¹³¹ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

Entretanto entendemos que, a despeito de não ter exclusividade da prestação de assistência jurídica aos necessitados, tem a Defensoria Pública o monopólio de recebimento de recursos públicos para fins de prestação de assistência jurídica. Isso porque, não resta dúvida, conforme repisado neste trabalho, o constituinte elegeu a Defensoria Pública como única entidade estatal, isto é, com recursos públicos para prestar o serviço de assistência jurídica¹³².

Dessa forma, consideramos inconstitucionais medidas governamentais de prestação de serviço de assistência jurídica em que não haja a participação da Defensoria Pública, uma vez que, nessa hipótese, a escolha Constitucional é diretamente violada.

2.7. Gratuidade da Justiça e Assistência Jurídica Integral e Gratuita

Inicialmente, é de suma importância frisar que a assistência jurídica integral e gratuita não pode ser confundida com a gratuidade judiciária.

A gratuidade da justiça, gratuidade judiciária ou justiça gratuita nas palavras de Augusto Tavares Rosa Marcacini é “a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário”¹³³.

Para Rogério Nunes de Oliveira, a gratuidade é definida como “a isenção total, parcial ou diferida, do pagamento das despesas necessárias à realização de um direito subjetivo ou de uma faculdade jurídica, tanto no plano judicial quanto no extrajudicial, conferida a pessoa carente de recursos econômico-financeiros”¹³⁴.

É importante destacar que, conforme expressamente acentuaram as duas definições, a isenção não se refere apenas a atos judiciais, como poderia erroneamente conduzir o termo “gratuidade de justiça”, estende-se também a atos extrajudiciais. É o caso, por exemplo, do mandado de averbação de um divórcio, em que consta a gratuidade da justiça, ser isento de taxa para averbação no cartório competente¹³⁵.

Vale dizer que a Lei 1.060/50 utiliza “benefício da justiça gratuita”, tal como era tratado pelo já revogado CPC de 39, que continha um capítulo denominado “Do

2007, p. 37.

¹³² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 315.

¹³³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p. 32. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 11.

¹³⁴ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 101.

¹³⁵ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 58.

benefício da justiça gratuita”. Sobre a utilização deste termo “benefício”, assevera com muita propriedade Cleber Francisco Alves:

Essa terminologia não é a que melhor se ajusta à realidade. Com efeito, parece inequívoco que é dever-função do Estado, inerente à sua própria existência, a garantia da paz social, evitando-se que impere na vida em sociedade a “lei do mais forte” que seria fonte de ignominiosa injustiça e resultaria em total decadência dos padrões civilizatórios que são aspiração comum da natureza humana. Esse dever-função costuma ser denominado de “função protetiva do Estado”. Por isso, tratando-se de dever estatal, seu adimplemento não se configura um mero “benefício”, mas um verdadeiro “direito subjetivo público” de que é titular o cidadão¹³⁶.

A assistência jurídica integral e gratuita, por sua vez, é a assistência, orientação e patrocínio da causa por um profissional habilitado, preferencialmente membro da Defensoria Pública, tendo em vista a expressa escolha constitucional. É importante lembrar que a assistência jurídica pode ser realizada por outro órgão não estatal ou por advogado particular, uma vez que, conforme já abordado, a Defensoria Pública não detém a exclusividade da prestação da assistência jurídica¹³⁷.

Sobre a diferença entre os institutos, assim ensina Pontes de Miranda:

Assistência judiciária e benefício da assistência gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É um instituto de direito administrativo¹³⁸.

No mesmo sentido, indicando ser a assistência jurídica gratuita um instituto de natureza administrativa, José Cretella Junior diz o seguinte:

Instituto de direito pré-processual, a assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da

¹³⁶ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil, cit., p. 265-266. Neste mesmo sentido, afirma Rogério Nunes de Oliveira: “O uso das expressões “benefício” e “favor legal”, para designar a justiça gratuita, e dos vocábulos “beneficiário” e “miserável”, para indicar aqueles que fazem jus ao exercício deste direito, são incompatíveis com a norma estabelecida no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, porque retratam locuções impregnadas pelo culto ao assistencialismo, às políticas clientelistas típicas dos períodos eleitorais e ao paternalismo estatal. A idéia de compaixão não tem mais espaço no Estado de Direito, o qual não age inspirado por sentimentos de misericórdia ou de piedade e que tem na máxima do respeito absoluto à dignidade humana o seu objetivo primeiro e último, a fim de realizar direitos e executares deveres” (*Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 101).

¹³⁷ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 23.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 383.

dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. O instituto é mais do direito administrativo do que do direito judiciário civil, ou penal¹³⁹.

Vale lembrar que os autores utilizam a expressão “assistência judiciária” porque, conforme já visto, antes da Constituição de 1988, somente se falava em assistência judiciária, que compreendia apenas o patrocínio de ações judiciais por profissional habilitado.

Assim, os entes que concedem tal direito são distintos:

Enquanto a gratuidade judiciária está condicionada à comprovação pelo postulante de sua carência econômica perante o juízo da própria causa, a assistência jurídica gratuita somente será concedida ao interessado que demonstrar a insuficiência de recursos financeiros junto à equipe da Defensoria Pública¹⁴⁰.

De modo diverso, há autores que afirmam ser a assistência jurídica e a gratuidade da justiça sinônimos¹⁴¹. A Lei n. 1.060/50 também utiliza as expressões como sinônimas¹⁴². Nos julgados também se encontra a utilização indistinta dos termos¹⁴³.

Há quem sustente, ainda, que a assistência jurídica é gênero de que são espécies a orientação jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça¹⁴⁴.

Pelos motivos acima expostos, entendemos a assistência judiciária e a gratuidade da justiça como institutos diferentes. Assim, a primeira questão que se impõe é se pode existir um instituto sem a existência do outro.

Quanto à possibilidade de concessão da justiça gratuita para quem seja assistido por um advogado particular, entendemos que sim.

Da mesma forma afirma Barbosa Moreira:

¹³⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 819.

¹⁴⁰ CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, cit., p. 120.

¹⁴¹ Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2003. v. 1, p. 89.

¹⁴² O art. 3º da referida lei, por exemplo, afirma as isenções que são compreendidas pela “assistência judiciária”. Na verdade, trata-se apenas da gratuidade judiciária. Já o *caput* do art. 1º utiliza a expressão “assistência judiciária”, no sentido do serviço prestado por profissional habilitado para defesa dos interesses do indivíduo.

¹⁴³ Vejamos, por exemplo: “1. *Locação. Despejo por falta de pagamento. Beneficiário da justiça gratuita. Purgação da mora. Prazo em dobro. Lei 1.060/50, art. 5., par. 5. 2. Isenção de custas. Cabimento. 1. A parte amparada pela assistência judiciária tem direito ao prazo em dobro para os atos processuais, inclusive para purga da mora. 2. Estando a parte ao abrigo da assistência judiciária, as despesas processuais e honorários advocatícios não se incluem no montante a ser atendido para purgação da mora, ressalvando-se a sua exigência em havendo futura modificação patrimonial. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5ª T., REsp 129465/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 3.2.1998, DJ 25.2.1998, p. 100, v.u.).*

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 74.

O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios – a isenção de pagamentos e a prestação de serviços – nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada¹⁴⁵.

Ademais, não é necessário que o advogado declare que exerce os serviços de forma gratuita¹⁴⁶, sendo perfeitamente possível a cobrança de honorários nesse caso.

Em sentido contrário, manifesta-se Rogério Nunes de Oliveira:

Embora não exista qualquer norma proibitiva expressa, opinamos contrariamente ao pagamento de honorários advocatícios em causas que se realiza sob a égide do direito fundamental à assistência jurídica gratuita com lastro em duas razões determinantes: a primeira delas decorre do próprio modelo de assistência jurídica gratuita brasileiro, o qual, por visar a ser integral, torna incompatível a possibilidade de se conceder, em parte, aquilo que o cidadão deveria receber por inteiro; e, por último, essa dedução se justifica porque, no aspecto prático, não é dado a ninguém ignorar que, dentre os ônus financeiros de uma demanda judicial, as despesas de custeio do processo representam, no mais das vezes, um valor menor do que se despende no gasto com honorários advocatícios, usualmente convencionados entre dez e vinte por cento do montante da condenação¹⁴⁷.

Discordamos das duas razões apontadas pelo autor. Quanto à primeira, é certo que a assistência integral gratuita é um direito do cidadão, nela incluída a assistência de um profissional pago pelo Estado e isenções de custas próprias do processo. No entanto, conforme já visto, o fato de ter a sua disposição o serviço não faz com que o uso dele seja obrigatório. Quanto à segunda justificativa, embora normalmente os honorários

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica, cit., p. 58. No mesmo sentido: “Assistência judiciária. Defensoria Pública. Advogado particular. Interpretação da Lei nº 1.060/50. 1. Não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado. O que a lei especial de regência exige é a presença do estado de pobreza, ou seja, da necessidade da assistência judiciária por impossibilidade de responder pelas custas, que poderá ser enfrentada com prova que a desfaça. Não serve para medir isso a qualidade do defensor, se público ou particular. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 679198/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21.11.2006, DJ 16.4.2007, p. 184, v.u.).

¹⁴⁶ Nesse sentido: “Gratuidade de justiça. Prova da pobreza. Compromisso de patrocínio gratuito. Assistência judiciária. 1. É ilegal a exigência feita aos que requerem a gratuidade da Justiça que comprovem a miserabilidade, apenas porque não utilizam os serviços da Defensoria Pública. Também não está na lei a exigência de que o advogado escolhido pela parte firme compromisso de patrocínio gratuito, pois basta que aceite, ainda que tacitamente, a indicação feita (art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50). 2. Pedido de cassação de medida liminar em ação de busca e apreensão que se julga prejudicado com o julgamento da ação. Recurso provido em parte para deferir o benefício da gratuidade” (STJ, 4ª T., RMS 7914/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.5.1999, DJ 28.6.1999, p. 113, v.u.). Parecendo entender que é necessário que o advogado declare a gratuidade dos serviços, temos: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 338.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 77.

advocatícios representem um valor mais elevado que outras despesas, é certo que os honorários, ao contrário das outras despesas processuais, podem ser contratados e parcelados.

Vale observar, apenas, que o Código de Ética da OAB destaca a impossibilidade de cobrar valores abaixo da tabela de honorários fornecida pela própria Ordem, salvo motivo justificado, sob pena de caracterizar captação de clientela ou causa¹⁴⁸.

Ademais, é preciso ter em vista a realidade do país. Conforme será abordado no item seguinte, o destinatário da gratuidade de justiça, por questões práticas, atualmente é muito mais amplo que o destinatário da assistência jurídica.

Inversamente, é possível existir a assistência jurídica sem a gratuidade da justiça?

Entendendo ser possível o indeferimento da justiça gratuita quando a causa é patrocinada pela assistência jurídica, assim manifesta-se Rogério Nunes de Oliveira:

É possível, dessa forma, embora uma pessoa esteja sob o abrigo da assistência judiciária, que o pedido de gratuidade de justiça acabe indeferido, redundando na concomitância do patrocínio judiciário gratuito e da obrigação de pagamento das despesas processuais, situação paradoxal e incomum¹⁴⁹.

Além disso, pode reforçar esse entendimento a previsão da Lei Complementar n. 80/94, no sentido de afirmar como incumbência do defensor público da União, do Distrito Federal e dos Territórios, no desempenho de suas funções, o ato de postular concessão de gratuidade de justiça para os necessitados (art. 18, II, e art. 64, II)¹⁵⁰. Como há o dever de pleitear, pode-se pensar que a gratuidade da justiça não é automática, ainda que a causa seja patrocinada pela Defensoria Pública.

Entendemos, entretanto, que não é possível o indeferimento da gratuidade da justiça pelo juiz quando a parte for patrocinada pela Defensoria Pública. São várias as razões.

Primeiro porque, para que a assistência jurídica seja integral, faz-se necessária não só a assistência técnica, prestada pela Defensoria Pública, mas também a gratuidade

¹⁴⁸ Afirma o art. 41 do Código: “O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável”.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 76. No mesmo sentido, posiciona-se Cleber Francisco Alves (*Justiça para todos!*, cit., p. 284).

¹⁵⁰ Embora seja previsão expressa apenas para a Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios, deve ser estendida também para a Defensoria Pública dos Estados (CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade de justiça*, cit., p. 68, nota 119).

da justiça¹⁵¹. Somente com a gratuidade da justiça é possível o acesso ao Poder Judiciário.

A assistência jurídica aos necessitados, segundo o texto constitucional, incube à Defensoria Pública. Cabe a ela o dever de verificar a existência ou não da hipossuficiência, concedendo a assistência jurídica; e, quando necessário, não apenas a assistência técnica, mas também a gratuidade da justiça.

Se assim não fosse, a Defensoria Pública poderia ser impedida pelo Poder Judiciário de cumprir seu mister constitucional: a assistência jurídica integral ao necessitado. Ademais:

É o defensor público, tão-somente, que avalia a hipossuficiência, daquele que busca a instituição para mera assistência jurídica extrajudicial, que não redunde em propositura de ação ou defesa em demanda judicial. Assim, quando celebra contratos e acordos extrajudiciais, patrocina a parte em processo administrativo, fornece esclarecimentos jurídicos, o defensor público não precisa promover pedidos judicial de gratuidade de justiça. Afere a presença ou ausência dos requisitos do benefício na entrevista pessoal, após o questionamento acerca das condições de seu sustento e de sua família, a exigência de documentos e o alerta quanto às consequências jurídicas de eventual afirmação inverídica. Valoriza-se a relação imediata, pessoal, que o defensor público teve com a parte, no exercício do princípio da imediatidade, se nos permitem os princípios da jurisdição, em contraponto à análise distante dos autos pelo magistrado, no cumprimento tão simplesmente de sugestão dada pelo tribunal¹⁵².

Também é importante lembrar que o defensor público não tem interesse em representar pessoas que não sejam verdadeiramente hipossuficientes econômicos. Isso porque, vale dizer, o defensor público não recebe qualquer valor por atendimento ou processo ajuizado, nesse caso, apenas recebe mais trabalho¹⁵³.

Assim, reconhecida a assistência jurídica, não pode ser afastada da gratuidade da justiça. Desta feita, a assistência jurídica, quando prestada pela Defensoria Pública implica, necessariamente, a gratuidade da justiça¹⁵⁴.

Vale destacar que, na hipótese de se entender possível, nesse caso, a denegação

¹⁵¹ ALBUQUERQUE, Ana Rita V. Acesso à justiça, cit., p. 25.

¹⁵² ARAÚJO, José Aurélio de; CABRAL, Saullo Tassio Gato. A atribuição exclusiva do defensor público para aferir o direito à gratuidade de justiça. *Revista de Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 19, n. 21, p. 184-185, dez. 2006.

¹⁵³ ARAÚJO, José Aurélio de; CABRAL, Saullo Tassio Gato. A atribuição exclusiva do defensor público para aferir o direito à gratuidade de justiça, cit., p. 185.

¹⁵⁴ Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 310. ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 24.

da gratuidade, há a possibilidade de essa decisão ser revista em sede de segundo grau de jurisdição, sendo que eventual recurso, por óbvio, pode ser interposto pela Defensoria Pública¹⁵⁵.

Quando for um órgão não estatal a prestar assistência jurídica, a mesma conclusão não poderá ser obtida. Assim, se a assistência jurídica, por exemplo, for prestada por uma entidade beneficente, sem qualquer relação com a Defensoria Pública, o juiz terá a possibilidade de indeferir a gratuidade da justiça. Entretanto, se o órgão que estiver prestando o serviço for conveniado à Defensoria Pública, tendo antes passado pela Defensoria Pública e, após, encaminhado ao órgão conveniado, será defeso ao juiz negar a gratuidade da justiça, tendo em vista que a instituição previamente já aferiu a hipossuficiência econômica da parte.

A conclusão de que o juiz não pode negar a gratuidade da justiça, quando da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, leva a outra reflexão: existe a possibilidade de o juiz determinar que a parte não será patrocinada pela Defensoria Pública?

Afirmando a impossibilidade, assevera Augusto Tavares Rosa Marcacini: “não tem o juiz poder para indeferir a assistência judiciária, ou seja, proibir o patrocínio gratuito pelo agente prestador de serviço”¹⁵⁶.

Concordamos com a posição do autor, de sorte que é defeso ao juiz da causa determinar que a Defensoria Pública deixe de atuar em favor de determinado indivíduo que já esteja atuando; porém, destacamos a possibilidade de essa concessão ser impugnada. Isso porque, embora seja certa a autonomia que goza a instituição, a concessão do patrocínio pela Defensoria Pública é consequência de uma decisão administrativa, reconhecendo a hipossuficiência da parte. E como tal, embora esteja sob

¹⁵⁵ Nesse sentido, vale destacar o julgado em que o STJ reformou, de forma correta, uma decisão, não conheceu o recurso que impugnava a denegação de gratuidade de justiça em razão de ter sido subscrito pela Defensoria Pública: “*Processo civil. Direito de acesso à justiça. Assistência judiciária. Agravo interposto pelo requerente contra a decisão que indeferiu o benefício não conhecido porque subscrito por Defensoria Pública. Violação do princípio da garantia do duplo grau de jurisdição. Recurso provido. I – Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção. II – A criação, no caso concreto, de situação na qual ficou a parte impossibilitada de obter o reexame da decisão denegatória da assistência judiciária, por ter sido a petição recursal subscrita por Defensoria Pública, redundou em violação das garantias do acesso à Justiça e ao duplo grau de jurisdição, ensejando o conhecimento do recurso pela alínea a do permissor constitucional. III – A Justiça gratuita é benefício amplo, ensejando o patrocínio por profissional habilitado, além da isenção das despesas do processo e de honorários de sucumbência” (STJ, 4ª T., REsp 258174/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.8.2000, DJ 25.9.2000, p. 110).*

¹⁵⁶ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p. 32. No mesmo sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 285-286.

o manto da presunção de legitimidade¹⁵⁷, não pode ser afastada do controle jurisdicional em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF.

Para ser assim controlado, entretanto, é necessário que o ato administrativo seja impugnado por meio de ação própria; ou seja, a parte interessada deve ajuizar ação em face do Estado para buscar a anulação do ato administrativo que concedeu o serviço da assistência jurídica. Note-se que se trata de hipótese de anulação, e não de revogação, tendo em vista que o ato administrativo que concede a assistência jurídica é ato vinculado¹⁵⁸.

Merece destaque o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que entendeu não ser possível a interferência do Poder Judiciário no ato de concessão do patrocínio pela Defensoria Pública:

“Administrativo. Processual civil. Defensor Público. **Determinação judicial de cessação do patrocínio da Defensoria Pública. Impossibilidade.** Violação, por via oblíqua, do princípio da inamovibilidade do Defensor Público. **Inexistência de relação de hierarquia ou subordinação entre Defensores Públicos e Magistrados.** Hipótese em que o Juízo de 1º grau indeferiu requerimento de assistência judiciária gratuita e determinou a cessação do patrocínio da Defensoria Pública. **O Poder Judiciário não tem como intervir na relação cliente-advogado e, do ponto de vista meramente administrativo, é da Defensoria Pública o juízo de oportunidade e conveniência da atividade de representação judicial dos necessitados, respeitados os limites éticos e disciplinares impostos pela própria instituição.** Trata-se de órgão vinculado ao Poder Executivo do Estado e, como integrante da Administração Pública, seus agentes estão submetidos às normas e princípios do Direito Administrativo. Afirma-se, pois, a discricionariedade da Defensoria Pública

¹⁵⁷ A presunção de legitimidade, como atributo dos atos administrativos, “*é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário, isto é: milita em favor deles uma presunção ‘juris tantum’ de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Essa característica é comum aos atos administrativos em geral*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 373).

¹⁵⁸ Afirmando que o ato que concede ou não a gratuidade da justiça um ato vinculado: CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 819. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o ato vinculado como sendo aquele em que: “*por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir, não interfere com a apreciação subjetiva alguma*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 383). Sendo vinculado, a retirada do ato apenas pode ser em razão da ilegalidade do ato, por meio da invalidação. Não há em que se falar em revogação do ato, tendo em vista que não existe juízo de conveniência e oportunidade. Sobre o tema, ler: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 398-416.

quanto à avaliação de ser, ou não, seu assistido carente de recursos. **Se, diferentemente do Juiz, o Defensor Público entende que seu assistido é necessitado a justificar a atuação da Defensoria Pública, nada pode o Juiz fazer a respeito. Afinal de contas, o Magistrado decide sobre a concessão, ou não, da gratuidade de Justiça e não sobre a representação judicial da parte.** Entre os membros da Defensoria Pública e a Magistratura não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação (artigo 82, Lei Complementar Estadual nº 6/77). Por isso, ainda que tenha negado a assistência judiciária gratuita, não pode, o Juiz, obstaculizar a representação da parte por Defensor Público que, mesmo nesses casos, continua senhor de suas prerrogativas para intimação e contagem de prazos. Entendimento contrário levaria, por via oblíqua, à desconsideração da norma legal do artigo 127, Lei Complementar nº 80/04, que prevê a inamovibilidade do Defensor Público. Recurso parcialmente provido¹⁵⁹.

2.8. Destinatário da Assistência Jurídica

2.8.1. Direito das pessoas naturais e jurídicas

A lei infraconstitucional é expressa quanto à possibilidade de ser concedida assistência jurídica aos nacionais ou estrangeiros com residência no Brasil (art. 2º da Lei n. 1.060/50). Vale dizer que a lei anterior, o CPC de 1939, somente concedia o direito à gratuidade da justiça ao estrangeiro quando este residisse no Brasil e tivesse filho brasileiro, ou quando sua lei nacional estabelecesse reciprocidade de tratamento (art. 70)¹⁶⁰.

E quanto aos estrangeiros não residentes, é possível a concessão de assistência jurídica? Entendemos que sim.

É certo que o art. 5º da CF, que prevê o acesso à justiça e o princípio do devido processo legal como direitos fundamentais, também só se refere aos estrangeiros residentes.

Assim, por meio de uma interpretação sistemática da CF, com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, inc. II, CF), entendemos que a

¹⁵⁹ TJRJ, 20ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2008.002.13794, rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 4.6.2008.

¹⁶⁰ Afirmava o art. 70 do CPC de 1939: “*O benefício de gratuidade será concedido a estrangeiro quando este residir no Brasil e tiver filho brasileiro, ou quando a sua lei nacional estabelecer reciprocidade de tratamento*”.

assistência jurídica deve ser ampliada também aos estrangeiros não residentes¹⁶¹. Sobre o tema, assim afirma Araken de Assis: “é errôneo utilizar a nacionalidade como elemento discriminatório de um problema essencialmente humano”¹⁶².

Além das pessoas naturais, nacionais e estrangeiras (residentes ou não), a assistência jurídica integral e gratuita, bem como a gratuidade judiciária¹⁶³, pode ser concedida também à pessoa jurídica.

Embora a lei infraconstitucional não faça qualquer menção expressa, conforme salienta Araken de Assis, o art. 5º da CF não realiza qualquer distinção entre pessoa física e pessoa jurídica¹⁶⁴.

Sobre a possibilidade de concessão à pessoa jurídica, também ensina José Carlos Barbosa Moreira:

O texto da Lei 1060/50, embora redigido, ao que tudo indica, com os olhos postos no caso de pessoas físicas, não exclui de modo categórico tal possibilidade. Obstáculo intransponível não se deve enxergar sequer na cláusula do art. 2º, parágrafo único, *verbis*: “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” é óbvio que não há cogitar na hipótese derradeira, mas fica excluída a outra: conquanto pessoa jurídica não tenha família, perfeitamente se concebe que lhe falem meios de prover às despesas do processo sem sacrificar sua própria manutenção¹⁶⁵.

A jurisprudência brasileira, atualmente, também se posiciona pela possibilidade de concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos¹⁶⁶. Há julgado reconhecendo a concessão à gratuidade da justiça também a espólio¹⁶⁷.

¹⁶¹ Entendendo, da mesma forma, que a assistência jurídica também se estende aos estrangeiros não residentes temos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 681; OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 123.

¹⁶² ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade*, cit., p. 17.

¹⁶³ Vale destacar que o Decreto n. 2.457, de 1897, proibia expressamente a concessão da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas. Afirmava o art. 3º do referido Decreto: “*Não poderão gozar do benefício da Assistência Judiciária as corporações e associações de qualquer espécie, nem tampouco o estrangeiro no cível, salvo quando houver reciprocidade de benefício no país a que pertencer*”. Hoje não há previsão expressa no sentido da vedação, tampouco da possibilidade de concessão.

¹⁶⁴ ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade*, cit., p. 21.

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 54-55; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 382-383. Em sentido contrário, afirmando a impossibilidade de concessão da assistência jurídica à pessoa jurídica, temos: AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, vol. 1: Artigos 1º a 290*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 93.

¹⁶⁶ “*Processo civil. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. A pessoa jurídica, independentemente de seu objeto social, pode obter o benefício da justiça gratuita, se provar que não tem condições de arcar com as despesas do processo. Agravo regimental não provido*” (STJ, AgRg nos EREsp 949511/MG, CE, rel. Min. Ari Pargendler, j. 3.12.2008, DJe 9.2.2009, v.u.); “*Processo civil. Agravo regimental. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Possibilidade. Retorno dos autos à origem para apreciação da situação financeira da sociedade empresária. 1. É possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que comprovada a falta de condições de suportar os encargos do processo. 2. Uma vez reconhecido, em tese, o direito ao benefício*”

Na Defensoria Pública, o tema é bem dividido. Há aquelas que não permitem sequer o atendimento de entidades sem fins lucrativos¹⁶⁸; outras admitem apenas essas entidades; e outras, com uma posição mais abrangente, atendem microempresas¹⁶⁹.

No Projeto de Lei Complementar (PLC) n. 28/2007, que visa alterar alguns dispositivos da Lei Complementar n. 80/94, é expresso as afirmar que é função institucional da Defensoria Pública atuar em favor de pessoas naturais e jurídicas.

2.8.2. Assistência jurídica: direito não universal – requisito da hipossuficiência

A assistência jurídica, por expressa determinação constitucional, hoje, não tem como destinatário toda a população, como é o caso da educação e da saúde pública, que

da Justiça Gratuita, os autos devem ser encaminhados às instâncias locais – soberanas na apreciação dos fatos e provas – para apuração da situação financeira da sociedade empresária, sem que isso implique julgamento extra petita. 3. Agravo regimental não-provido” (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 894476/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.10.2008, DJe 21.11.2008).

¹⁶⁷ *“Processual civil. Ação ordinária movida por espólio buscando o resgate de ações de empresas indevidamente apropriadas por terceira pessoa. Justiça gratuita. Deferimento parcial. Lei n. 1.060/50, arts. 2º, 4º e § 1º. Exegese. I. O verdadeiro propósito da Lei n. 1.060/50 é o de assegurar o acesso ao Judiciário para aqueles que, em razão da humildade de suas condições econômicas, não têm como arcar com as custas e despesas judiciais para o exercício da sua cidadania, em que se compreende o amplo acesso ao Judiciário. II. Destarte, o art. 2º do citado diploma legal não comporta interpretação literal dada em 1º grau, de que o Espólio, por não ser pessoa física, e possuir caráter transitório, está à margem do benefício da gratuidade, o qual a ele se estende, desde que verificados os pressupostos da espécie. III. Caso em que, inobstante o elevado valor das ações em disputa, o espólio evidentemente delas não dispõe, justamente por estar a reivindicá-las de terceiro, e inexistem outros bens disponíveis, cuidando-se, de outro lado, de herdeiros que não possuem condições de arcar com as despesas processuais, segundo declaração feita nos autos, à qual a lei empresta presunção de veracidade, não elidida por outras evidências. IV. Situação peculiar dos autos que, todavia, recomenda, apenas, o deferimento do pagamento das custas, na hipótese de o Espólio vir a obter o monte-mor reivindicado judicialmente. V. Recurso especial conhecido em parte e provido, prejudicada a Medida Cautelar n. 4.669/RS, por perda de objeto” (STJ, 4ª T., Resp 442145/RS, rel. Min. Aldir Passarinho, 5.11.2002, DJ 27.6.2005, p. 396, v.u.).*

¹⁶⁸ É o caso de 6 (seis) Defensorias Públicas: Acre, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Piauí e Rio Grande do Norte, conforme consta no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

¹⁶⁹ Em 2008, 11 (onze) Estados prestaram esse atendimento, enquanto 14 (quatorze) não o admitem. Os Estados em que a Defensoria Pública atende microempresas são: Alagoas, Amapá, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Tocantins e União (Fonte: II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil). Vale mencionar que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo admite apenas o atendimento de empresas sem fins lucrativos e ainda com restrição, conforme consta na Deliberação CSDP n. 89 (art. 3º): *“Considera-se necessitada a entidade civil regularmente constituída, de finalidade não lucrativa, que tenha no objeto social a tutela do interesse dos necessitados e não disponha de recursos financeiros para a contratação de advogados que a representem judicialmente. § 1º A finalidade da entidade civil deverá ser demonstrada pela apresentação de cópia do estatuto social. § 2º Presume-se carente de recursos financeiros para a contratação de advogados a entidade civil que atenda, cumulativamente, as seguintes condições: I – não remunere empregado, prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador com valor bruto mensal superior a R\$ 1.350,00 (um mil trezentos e cinquenta reais); II – não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP’s; III – não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais”.*

possuem caráter universal¹⁷⁰; ou seja, qualquer pessoa, independentemente de contribuição ou prova de necessidade, tem direito ao sistema de saúde e à educação pública.

No caso da assistência jurídica, serviço não universal, apenas pode ser concedida aos necessitados que comprovarem insuficiência de recursos¹⁷¹.

É importante destacar que inexistente outro requisito para a concessão da assistência jurídica. Assim, comprovada a hipossuficiência, o indivíduo terá direito à assistência jurídica independentemente de qualquer contribuição¹⁷².

O inc. LXXIV dispõe o seguinte: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E o art. 134 da CF, por sua vez, destaca: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV)”.

Note-se que o inc. LXXIV utiliza a expressão “insuficiência de recursos” e o art. 134 utiliza o termo “necessitado”.

Ambos os termos são considerados conceitos indeterminados. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assim conceituam a expressão “conceitos legais indeterminados”:

São palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa. Caberá ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (*‘unbestimmte Gesetzbegriffe’*), a solução está pré-estabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora (...) A lei

¹⁷⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 264-265.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 173.

¹⁷² É o que ocorre também no sistema da assistência social, previsto no art. 203 da CF: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Nesse sentido, afirma Silvana Cristina Bonifácio Souza: “O termo assistência, etimologicamente auxílio, amparo, proteção, tomou contornos mais precisos ao tratar da assistência social como um todo, exigindo que esteja presente a insuficiência de recursos para sua caracterização, não se prestando a toda e qualquer pessoa” (*Assistência jurídica integral e gratuita*, São Paulo: Método, 2003, p. 59). O que não ocorre no sistema de previdência social em que é exigida a prestação (sistema contributivo).

enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas¹⁷³.

Assim, preenchido o conteúdo da expressão “insuficiência de recursos” e do termo “necessitado”, deve ser prestada a assistência jurídica. Trata-se de um ato vinculado.

Vale lembrar que a primeira legislação brasileira que cuidou do tema da assistência, anteriormente apenas judiciária, foi o Decreto n. 2.457, de 1897. Nesse diploma legal, o destinatário da assistência judiciária era a pessoa pobre, assim definida pelo art. 2º:

Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.

Note-se que na legislação passada também não foram estabelecidos critérios fixos. Adotou-se o critério da insuficiência de recursos econômicos.

No mesmo sentido, assim dispõe o art. 68 do antigo CPC: “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”.

Também seguindo essa orientação, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/50 estabelece: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Esse diploma legal, embora anterior à nova ordem constitucional, foi recepcionado pela Constituição de 1988¹⁷⁴, sendo essa a definição legal e atual do insuficiente de recurso econômico.

É certo, porém, que a Constituição atual, ao utilizar-se de conceitos tão amplos, não restringiu assistência jurídica somente ao hipossuficiente econômico. Da mesma forma que o conceito de necessitado não pode ser restrito àqueles necessitados apenas economicamente¹⁷⁵.

¹⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176. Sobre o tema, ler também: ENGLISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2001, p. 205-274.

¹⁷⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 266.

¹⁷⁵ Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 246; ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 20; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 49-50.

Assim, a assistência jurídica integral e gratuita poderá ser prestada a titulares de outras insuficiências, conforme será abordado no presente estudo.

Vale registrar que, a nosso ver, após a estruturação efetiva das Defensorias Públicas, seria salutar a alteração do sistema constitucional do direito à assistência jurídica, passando a ser universal, isto é, sem a exigência da configuração do estado de necessidade.

2.8.2.1. Hipossuficiência econômica

A hipossuficiência econômica é aquela que diz respeito apenas a questões financeiras¹⁷⁶. Conforme já salientado, a hipossuficiência econômica foi a primeira a ser tratada pela legislação infraconstitucional (Lei n. 1.060/50).

Entendemos que os hipossuficientes econômicos são os destinatários tanto da assistência jurídica gratuita e integral quanto da justiça gratuita. Assim, não existe diferença conceitual entre os destinatários dos diferentes institutos.

Entretanto, em termos práticos, acreditamos em uma diferença que se dá pela ausência de estruturação efetiva da Defensoria Pública. Portanto, na prática, a gratuidade da justiça é concedida a um universo maior de hipossuficientes econômicos do que a assistência jurídica por meio da Defensoria Pública.

O necessitado econômico, segundo o parágrafo único do art. 2º, é aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

É importante destacar que, para ser “necessitado”, não é imprescindível que seja configurado estado de miserabilidade¹⁷⁷. Tampouco é necessária a configuração do

¹⁷⁶ José Augusto Garcia realiza outra classificação: o necessitado economicamente é a pessoa pobre e o necessitado juridicamente é aquele que não é pobre (não é necessitado economicamente), mas não tem condições de arcar com as custas do processo, como por exemplo, uma pessoa que despense mensalmente o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com o tratamento de um filho autista, não sobrando numerário para o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação de um perfil institucional adequado. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 15, n. 19, p. 241, abr. 2004.). Não adotamos essa classificação entendendo ser ambas hipossuficiência econômica, uma vez que ambas existem em razão da ausência de possibilidade de arcar financeiramente com o processo.

¹⁷⁷ Nesse sentido: AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, vol. 1, cit., p. 94; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 89. OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 105; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 173. Em sentido contrário, afirmando a necessidade de miserabilidade, temos: CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 819.

estado de pobreza¹⁷⁸.

Note-se, também, que a legislação infraconstitucional optou por não utilizar critérios fixos, como um valor teto para rendimentos mensais. Optou, sim, por uma equação: rendimentos líquidos menos os gastos mensais com o sustento próprio e de sua família. O resultado deverá ser insuficiente para o pagamento das custas de determinado processo.

Sendo uma equação, para a aferição da hipossuficiência econômica, não basta olhar apenas um dos fatores, como o rendimento mensal, já que, muitas vezes, ainda que este seja elevado, deverá haver a concessão do direito, pois o resultado da equação poderá ser insuficiente para arcar com as despesas próprias de determinado processo¹⁷⁹.

É importante questionar o que são os gastos mensais com o sustento próprio e da família. Rogério Nunes de Oliveira afirma que não se trata apenas dos recursos utilizados para a subsistência fisiológica do postulante e de sua família, mas sim recursos utilizados para uma vida digna. Assim, destaca:

Por prejuízo ao sustento também se devem entender os gastos atinentes com a locomoção, vestuário em geral, medicamentos, obrigações incidentes sobre imóveis, próprios ou não, e, até em certo grau, o que se gasta com lazer, educação e alguns serviços, contanto que a privação desses bens possa produzir danos significativos à sobrevivência digna do requerente ou dos seus¹⁸⁰.

Família, aqui, tendo em vista o princípio da pluralidade da entidade familiar¹⁸¹ previsto no art. 226 da CF¹⁸², pode ter como origem o matrimônio ou a união estável,

¹⁷⁸ Em sentido contrário, entendendo ser configurada a situação de pobre, temos: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 312.

¹⁷⁹ Nesse sentido: “Assistência Judiciária – Justiça gratuita – Pedido formulado nos próprios autos principais, e não autonomamente. Mera Irregularidade. Sanável com o desentranhamento (...) Requerente que percebe mais de dois salários mínimos – Fato que não impede a concessão do benefício” conta no voto: “Não é o quantum percebido, considerado isoladamente, que define a necessidade da justiça gratuita, e sim o conjunto de circunstância” (RT 615/181).

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 108.

¹⁸¹ Sobre o pluralismo das entidades familiares, ler: LÔBO, Paulo, *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56-75.

¹⁸² Afirma o art. 226 da CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º – O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando

pode ser monoparamental, formada por um dos pais com seus filhos. Ademais, deve-se ter em vista que o dispositivo constitucional não esgota todas as formações de família, sendo também considerada família a entidade formada por irmãos, entre tutor e pupilo etc.

Tendo em vista que se trata de uma equação, é certo que a imposição de critérios rígidos irá de encontro à garantia da assistência jurídica¹⁸³. Algumas Defensorias Públicas, entretanto, estabeleceram critérios fixos quanto ao rendimento particular ou rendimento familiar para a concessão do serviço¹⁸⁴. É o caso da Defensoria Pública de São Paulo, que, ao tratar do destinatário, elaborou a deliberação do Conselho Superior n. 89, na qual optou-se por estabelecer um conceito de pessoa presumidamente necessitada. Afirma o *caput* do art. 2º da referida Deliberação:

Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, às seguintes condições: I – aufera renda familiar mensal não superior a R\$ 1.350,00 (um mil trezentos e cinquenta reais); II – não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP's; III – não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais.

Já o § 4º determina:

(...)

§ 4º. O limite do valor da renda familiar previsto no inciso I deste artigo será de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) quando houver fatores que evidenciem exclusão social, tais como: a) entidade familiar composta por mais de 5 (cinco) membros; b) gastos mensais comprovados com tratamento médico por doença grave; c) entidade familiar composta por pessoa com deficiência física ou mental; d) entidade familiar composta por idoso ou egresso do sistema prisional, desde que constituída por 4 (quatro) ou mais membros.

A nosso ver, a previsão do inc. I do *caput* é adequada uma vez que traz um critério fixo apenas para a presunção da hipossuficiência econômica. Essa previsão se

mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

¹⁸³ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 105; ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 266.

¹⁸⁴ Essas Defensorias adotam critérios fixos da seguinte forma: até 2 (dois) salários mínimos: Defensorias Públicas do Amapá, Rio Grande do Norte e a União; até 3 (três) salários mínimos: Defensorias Públicas do Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Piauí, Roraima e São Paulo; até 4 (quatro) salários mínimos: Defensorias Públicas do Acre e do Tocantins; até 5 (cinco) salários mínimos: Defensorias Públicas do Mato Grosso do Sul e do Rio Grande do Sul.

faz necessária por uma questão pragmática, facilitando o atendimento pela Defensoria Pública. Vale mencionar que esse valor de R\$ 1.350,00 (mil, trezentos e cinquenta reais) teve como valor de referência o valor de três salários mínimos. Esse critério, a despeito de ter se tornado oficial apenas com a elaboração da Deliberação n. 89, norteava a atuação da Procuradoria da Assistência Judiciária (PAJ) há mais de 20 (vinte) anos.

O problema está na limitação existente nos incs. II e III do art. 2º da Deliberação n. 89, bem como do § 4º transcrito.

No § 4º existe um valor de rendimento máximo que afasta a possibilidade de configuração da necessidade. Essa previsão vai contra a CF e a lei infraconstitucional. Isso porque, conforme já visto, a necessidade é caracterizada pela equação, de sorte que não se pode afastar a necessidade apenas com base em um dos fatores.

Assim, deveria apenas ter previsto o valor máximo para a presunção, sendo que, se este fosse mais elevado, deveria prever apenas a possibilidade de caracterizar a necessidade, independentemente do rendimento mensal, por prova de fatores de exclusão social.

Merecem destaque as disposições dos parágrafos seguintes:

§ 5º. Na hipótese de colidência de interesses de membros de uma mesma entidade familiar, a renda mensal e o patrimônio líquido deverão ser considerados individualmente. § 6º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior aos casos de separação, de divórcio, e de reconhecimento e dissolução de união estável consensuais.

O inc. II, por sua vez, nega a necessidade àquele que é proprietário, titular de direito à aquisição, herdeiro, legatário ou usufrutuário de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP's¹⁸⁵.

Entendemos que se trata de uma limitação objetiva, que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional, seja no legal. Como já dissemos, é de suma importância não estabelecer critérios fixos, principalmente para afastar, em definitivo, a possibilidade de configuração do estado de necessidade.

Isso porque não há dúvidas de que uma pessoa pode ser titular de um imóvel de valor elevado e não ter recursos financeiros para custear um processo; a situação de hipossuficiência econômica não é incompatível, portanto, com a titularidade de um bem

¹⁸⁵ Em 2009, equivalia a um imóvel no valor pouco inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

de valor elevado¹⁸⁶.

Concordamos com Augusto Tavares Rosa Marcacini quando ele afirma que afronta ao bom senso comum de justiça compelir as pessoas a se despojarem de seu patrimônio para custear um processo judicial¹⁸⁷. O STJ já entendeu pela possibilidade da assistência judiciária mesmo sendo o requerente proprietário de imóvel¹⁸⁸.

Outra questão que não pode ser invocada para retirar a qualidade de necessitado é o conteúdo patrimonial da causa. Isso porque não existe qualquer relação entre o bem da vida pleiteado na ação com a possibilidade atual de a parte ajuizar a demanda¹⁸⁹.

No caso da pessoa jurídica, entendemos que não é necessário ser sem fins lucrativos para caracterizar a necessidade. Da mesma forma que as pessoas naturais, o requisito é a hipossuficiência econômica¹⁹⁰.

Nesse sentido, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

As pessoas jurídicas de direito privado são entes coletivos constituídos voluntariamente por pessoas físicas, com o objetivo de obter determinados resultados na ordem econômica, cultural, esportiva, religiosa etc. e, como tais, são projeções dos próprios sujeitos que as compõem. Os sucessos ou fracassos ocorrentes na vida desses entes coletivos repercutem econômica, social ou moralmente na vida dos sócios ou associados. Por isso, fechar as portas da Justiça a elas significaria, em *ultima ratio*, fechá-las a seus próprios integrantes¹⁹¹.

¹⁸⁶ Entendendo que a propriedade de um imóvel não é pressuposto negativo para a concessão da gratuidade da justiça, temos: OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 112; ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 18; ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 267.

¹⁸⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p. 86. No mesmo sentido: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita: alcance e efetividade*, cit., p. 281; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, cit., p. 55.

¹⁸⁸ “Assistência judiciária. Proprietário de imóvel situado no litoral. Irrelevância. Salários líquidos que justificam a manutenção do benefício. O simples fato de ser o autor proprietário de um apartamento de cobertura no litoral não constitui motivo bastante para a revogação do benefício. Vencimentos líquidos por ele percebidos que permitem o enquadramento na situação prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060, de 05.02.50. Acórdão que contém mais de um fundamento, cada um por si só suficiente para mantê-lo, e o recurso não abrange todos eles (Súmula nº 283-STF). Incidência, ademais, do verbete Sumular nº 07 – STJ. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 168618/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.9.1998, DJ 9.11.1998, p. 111, v.u.).

¹⁸⁹ Nesse sentido: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 282; ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 269; OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 113.

¹⁹⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 271.

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 680-681. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 121. Em sentido diverso, manifesta-se Augusto Tavares Rosa Marcacini: “não se pode admitir a concessão do benefício a entidades que tenham finalidade lucrativa, ainda que deficitárias, ou que, embora não visem à obtenção de lucro, sirvam aos seus associados, como, por exemplo, os clubes e associações desportivas. No primeiro caso, se a empresa não tiver como pagar, que os sócios invistam mais capital na sociedade, ou,

Conforme já visto, o tema nas Defensorias Públicas é bem dividido. Há aquelas que não permitem sequer o atendimento de entidades sem fins lucrativos¹⁹²; outras admitem apenas estas entidades e outras, com uma posição mais abrangente, atendem microempresas¹⁹³.

Na jurisprudência, parece prevalecer a possibilidade de conceder justiça gratuita à pessoa jurídica, ainda que com fins lucrativos, desde que haja hipossuficiência econômica¹⁹⁴.

2.8.2.1.1. A questão da comprovação

O art. 4º da Lei n. 1.060/50, com a redação dada pela Lei n. 7.510/86, dispõe que: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

A lei infraconstitucional, portanto, entende prescindível a comprovação,

ao menos, arquem com as despesas com o processo. No segundo caso, igualmente, a pessoa jurídica que transfira, de algum modo, o encargo a seus associados, cobrando ou aumentando o valor das taxas, mensalidades ou contribuições” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p. 89-90).

¹⁹² É o caso de 6 (seis) Defensorias Públicas: Acre, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Piauí e Rio Grande do Norte, conforme consta no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

¹⁹³ Em 2008, 11 (onze) Estados prestaram esse atendimento, enquanto 14 (quatorze) não o admitem. Os Estados em que a Defensoria Pública atende microempresas são: Alagoas, Amapá, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Tocantins e União (Fonte: II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil). Vale mencionar que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo admite apenas o atendimento de empresas sem fins lucrativos e ainda com restrição, conforme consta na Deliberação CSDP n. 89 (art. 3º): “*Considera-se necessitada a entidade civil regularmente constituída, de finalidade não lucrativa, que tenha no objeto social a tutela do interesse dos necessitados e não disponha de recursos financeiros para a contratação de advogados que a representem judicialmente. § 1º A finalidade da entidade civil deverá ser demonstrada pela apresentação de cópia do estatuto social. § 2º Presume-se carente de recursos financeiros para a contratação de advogados a entidade civil que atenda, cumulativamente, as seguintes condições: I – não remunere empregado, prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador com valor bruto mensal superior a R\$ 1.350,00 (um mil trezentos e cinquenta reais); II – não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP’s; III – não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais”*.

¹⁹⁴ “*Agravo regimental em recurso especial – Assistência judiciária gratuita a pessoas jurídicas – Cabimento, desde que comprovada a situação de necessidade financeira – Condição de entidade sem fins lucrativos – Desinfluência – entendimento do tribunal a quo coaduna-se com a jurisprudência do STJ – Recurso improvido. I – A gratuidade de justiça é assegurada a todas as pessoas jurídicas, filantrópicas ou não, desde que provada a sua incapacidade financeira de arcar com as despesas processuais, hipótese não ocorrente, in casu. II – Recurso improvido”* (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1043790/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 2.10.2008, DJe 15.10.008, v.u.); “*Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Micro-empresa. A micro-empresa que comprove a dificuldade para suportar as despesas do processo tem direito ao benefício da assistência judiciária. Recurso conhecido e provido. Lei 1.060/1950”* (REsp 12212/RJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, j. 26.8.1997, DJ 10.11.1997, p. 57773).

bastando a mera afirmação da parte para a concessão da gratuidade da justiça.

Vale informar que, antes da Lei n. 1.060/50, o CPC de 1939 previa a gratuidade da justiça, porém, para ter direito, o requerente deveria fazer prova por meio de atestado de pobreza expedido pelo serviço de assistência social, quando existisse, ou pela autoridade policial¹⁹⁵.

A redação original da Lei n. 1.060/50 também exigia prova da hipossuficiência. Inicialmente com a apresentação, na petição, do rendimento ou do vencimento que o indivíduo percebesse e os encargos próprios e os da família. Depois, pela Lei n. 6.654/79, foi acrescentado o § 3º no art. 4º, que facultava a apresentação da carteira de trabalho para comprovar a hipossuficiência.

A Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), no § 1º do art. 3º, previu que bastava a simples afirmativa da condição de necessitado, tida presumidamente verdadeira, para a concessão do benefício em sede de ações regidas por esse diploma legal¹⁹⁶. Entretanto, com a alteração na Lei n. 1.060/50, promovida com a Lei n. 7.510/86, em toda e qualquer ação não é mais necessária a comprovação, bastando sempre a simples declaração do requerente.

Uma questão que é abordada é o eventual confronto da atual redação da Lei n. 1.050/60 com o inc. LXXIV do art. 5º da CF. Isso porque a redação do inciso constitucional possui a seguinte expressão: “comprovarem insuficiência de recursos”.

Entendemos que, a despeito de a redação utilizar o verbo “comprovar”, o dispositivo constitucional não pode ser interpretado de forma literal, impondo a conclusão de que o § 1º do art. 4º Lei n. 1.060/50 não fora recepcionado, de sorte a ensejar a necessária comprovação da hipossuficiência, não bastando, portanto, a mera afirmação.

Isso porque a interpretação literal vai de encontro com a nova ordem constitucional, que buscou ampliar e efetivar o princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, manifesta-se José Carlos Barbosa Moreira:

Pode parecer, à primeira vista, que a Constituição teria

¹⁹⁵ Vejamos a redação do art. 74 do CPC de 1939: “*A solicitação será apresentada ao juiz competente para a causa, com o atestado de pobreza expedido, independentemente de selos ou emolumentos, pelo serviço de assistência social, onde houver, ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição em que residir o solicitante*”.

¹⁹⁶ Afirmam os §§ 2º e 3º do art. 1º da Lei de Alimentos: “§ 2º *A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, por simples afirmativa dessas condições perante o juiz, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais*” e “§ 3º *Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei*”.

restaurado o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação da carência. Dir-se-ia, com base nesta interpretação literal, que a Carta de 1988 revogou o texto constitucional que dispensa a prova.

É de rejeitar semelhante entendimento. Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado – com todos os defeitos que se lhe possa imputar – pela preocupação com o social, haja querido dar marcha a ré em processo evolutivo como o de que se cuida¹⁹⁷.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco:

À primeira vista, a Constituição teria negado recepção à presunção instituída por lei, porque atribuiu ao interessado o ônus de comprovar a insuficiência de recursos. Como porém as declarações de direitos e garantias em uma Constituição significam somente a oferta de um mínimo que a lei não pode negar, prevalece o entendimento de que continua vigente a disposição infraconstitucional (...) – continuando a ser havida por suficiente a mera alegação¹⁹⁸.

José Cretella Junior entende a questão de modo diverso e destaca que a insuficiência de recurso não se presume, prova-se por todos os meios de prova admitidos em direito¹⁹⁹.

Há quem sustente que o dispositivo constitucional refere-se ao pedido de assistência jurídica realizada perante a Defensoria Pública. Nesse sentido, descreve Augusto Tavares Rosa Marcacini: “ao dizer ‘comprovarem’, a Lei Maior refere-se à concessão de assistência jurídica integral e gratuita, ou seja, um benefício muito mais abrangente que a simples isenção de custas”²⁰⁰.

Da mesma forma posiciona-se José Carlos da Silva Alves:

Primeiramente, quem irá examinar se o postulante pode ou não alcançar o benefício é a Defensoria Pública. Que fará isso de acordo com a comprovação da hipossuficiência de recursos, circunstância que normalmente é obtida através do confronto do contracheque do requerente com os recibos decorrentes dos gastos mensais dele, como despesas de consumo de água e luz, aluguel, alimentação, educação, saúde, transporte etc²⁰¹.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 60.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 679.

¹⁹⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 820.

²⁰⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p. 298. No mesmo sentido: CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade de justiça*, cit., p. 65.

²⁰¹ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p.

Entendemos em sentido diverso, de sorte que a mera afirmação acerca da hipossuficiência econômica basta tanto para a concessão da gratuidade da justiça como para a concessão da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública²⁰², tendo em vista o espírito da CF.

A jurisprudência do STJ, quando trata da concessão da gratuidade da justiça, entende que basta a declaração e que esta tem presunção de veracidade relativa²⁰³.

Nos casos em que a parte não for patrocinada pela Defensoria Pública, pode o juiz exigir comprovação quando houver elementos que indiquem que a declaração é falsa²⁰⁴, de ofício²⁰⁵ ou a requerimento da parte. Vale destacar que o juiz só pode exigir tal comprovação se houver elementos concretos nos autos do processo que demonstrem a eventual falsidade na declaração, de tal sorte que não seja possível, em qualquer caso, solicitar a comprovação, sob pena de violar o art. 4º da Lei n. 1.060/50. Portanto, a exigência da comprovação não pode se fundar em uma desconfiança subjetiva do juiz.

Nesses casos, o juiz não pode indeferir do pedido da gratuidade da justiça, seja

298; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 60.

²⁰² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 283; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 140.

²⁰³ Vejamos algumas ementas sobre o tema: “Agravamento regimental. Agravamento de instrumento. Justiça gratuita. Declaração de hipossuficiência. Presunção juris tantum. Revisão. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. 1. Conquanto esta Corte admita que para concessão da gratuidade da justiça basta mera declaração do interessado acerca da hipossuficiência, é certo que referido documento reveste-se de presunção relativa de veracidade, suscetível de ser elidida pelo julgador que entenda haver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado (...) 3. Agravamento regimental desprovido” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 925756/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.2.2008, DJe 3.3.2008, v.u.); “Recurso especial – Assistência judiciária gratuita – Violação ao art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50 – Falta de prequestionamento – Súmula 356/STF – Ofensa ao art. 4º da Lei nº 1.060/50 – Súmula 211/STJ – Não alegação de infringência ao art. 535 do CPC – Pedido de gratuidade da justiça – Declaração – Presunção de veracidade – Dissídio pretoriano comprovado (...) 4. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que tem presunção legal de veracidade a declaração firmada pela parte, sob as penalidades da lei, de que o pagamento das custas e despesas processuais ensejará prejuízo do sustento próprio ou da família. 6 – Recurso conhecido, nos termos acima expostos, e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder ao recorrente os benefícios da assistência judiciária gratuita” (STJ, 4ª T., REsp 649200/SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 579, v.u.); “Agravamento regimental em ação cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Acórdão mediante o qual se indeferiu o pedido de gratuidade da justiça ao fundamento de que o patrimônio do postulante era considerável e lhe permitia arcar com as custas do processo sem prejuízo para seu sustento. I – A presunção de veracidade da alegação da parte de que é juridicamente pobre não é absoluta e pode ceder diante de outros elementos que se apresentem ao julgador. II – Agravamento regimental desprovido” (STJ, 3ª T., AgRg na MC 7055/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.4.2004, DJ 24.5.2004, p. 254, v.u.).

²⁰⁴ “Processual civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Comprovação do estado de pobreza. Indeferimento. Agravamento regimental improvido. 1. Dispõe o art. 4º da Lei 1.060/50 que, para obtenção do benefício da gratuidade, é suficiente a simples afirmação do estado de pobreza, que poderá ser elidida por prova em contrário. 2. Havendo dúvida da veracidade das alegações do beneficiário, nada impede que o magistrado ordene a comprovação do estado de miserabilidade, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária. Precedentes jurisprudenciais. 3. Agravamento regimental a que se nega provimento” (STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no Ag 664435/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 21.6.2005, DJ 1.7.2005, p. 401, v.u.).

²⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência jurídica*, cit., p. 53.

de ofício ou após o requerimento da parte contrária, sem que tenha sido concedido o direito de a parte requerente de provar sua necessidade²⁰⁶.

Da mesma forma, o defensor público só deverá exigir comprovação da hipossuficiência alegada pelo usuário quando houver dúvida objetiva e fundada incerteza acerca da falsidade da declaração²⁰⁷.

Ademais, há de se ter sempre em mente que a própria lei se encarrega de apenar a declaração falsa. Afirma o § 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50: “Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”.

Também a pessoa que declara falsamente a hipossuficiência incorre no crime de declaração falsa, previsto no art. 299 do Código Penal (CP)²⁰⁸.

No caso da pessoa jurídica, há quem sustente que não bastaria a mera afirmação de hipossuficiência, sendo sempre necessária sua comprovação²⁰⁹. Há julgados

²⁰⁶ Nesse sentido: VIDIGAL, Maurício. *Lei de assistência judiciária interpretada*: Lei n. 1.060, de 5-2-1950. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 61. Em sentido contrário: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 284.

²⁰⁷ Nesse sentido: ARAÚJO, José Aurélio de; CABRAL, Saullo Tassio Gato. A atribuição exclusiva do defensor público para aferir o direito à gratuidade de justiça, cit., p. 181. Em sentido contrário, prescreve a Deliberação CSDP n. 89 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, uma vez que exige sempre a comprovação da hipossuficiência. Dispõem os parágrafos do art. 6º: “§ 1º Em se tratando de pessoa natural, o defensor público deverá solicitar a apresentação de carteira de trabalho, comprovante de rendimentos (holerite) ou declaração do empregador ou do tomador de serviços. § 2º Em se tratando de entidade civil, a renda mensal e o patrimônio deverão ser demonstrados pelo balanço patrimonial e pela demonstração de resultado. § 3º Outros documentos, tais como declaração de isento de imposto de renda e comprovante de residência, poderão ser solicitados desde que sejam considerados imprescindíveis para a avaliação da situação econômico-financeira”.

²⁰⁸ Afirma o art. 299 do CP: “Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular”.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 120. Nesse sentido: “Benefício da gratuidade – Pessoa jurídica de direito privado – Possibilidade – Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos financeiros – Inexistência, no caso, de demonstração inequívoca do estado de incapacidade econômica – Consequente inviabilidade de acolhimento desse pleito – Recurso improvido. – O benefício da gratuidade – que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar, dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado – constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos. Precedentes. – Tratando-se de entidade de direito privado – com ou sem fins lucrativos –, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira (RT 787/359 – RT 806/129 – RT 833/264 – RF 343/364), não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa física ou natural (RTJ 158/963-964 – RT 828/388 – RT 834/296), a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios. Precedentes” (STF, 2ª T., RE-AgR 192715/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006, DJ 9.2.2007, p. 52, v.u.); “Processual civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Pessoa jurídica – Benefício da assistência judiciária gratuita – Necessidade de comprovação. Conforme assente jurisprudência desta Corte, não se tratando de pessoa jurídica beneficente ou sem fins lucrativos, cabe a ela, para a concessão da assistência judiciária, comprovar a impossibilidade de arcar com as custas do processo sem prejuízo de sua própria manutenção, o que não ocorreu na espécie, não bastando

entendendo que basta a mera afirmação no caso de entidade filantrópica, sendo necessária a comprovação da hipossuficiência apenas no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos²¹⁰.

No entanto, a lei não faz qualquer distinção, de sorte, que no caso da pessoa jurídica, assim como no caso das pessoas naturais, basta a mera afirmação da hipossuficiência²¹¹.

a mera declaração de pobreza. Agravo regimental improvido” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 775434/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.11.2008, DJ 26.11.2008, v.u.); “*Processual civil. Benefício da gratuidade. Concessão à pessoa jurídica. Admissibilidade. Impossibilidade de o benefício retroagir para livrar o beneficiário de capítulo condenatório de sentença transitada em julgado. I – É perfeitamente admissível, à luz do art. 5º, LXXIV, da CF/88, a concessão do beneficiário da gratuidade à pessoa jurídica, que demonstre, cabalmente, a impossibilidade de atender as despesas antecipadas do processo, o que vedaria seu acesso à Justiça. Porém, é inadmissível conceder, também para pessoas físicas, o benefício retroativamente, com o fito de livrar o beneficiário de capítulo condenatório de sentença transitada em julgado, a teor do art. 9º da Lei nº 1.060/50, caso em que, de resto, a medida se revela inócua, pois, inexistindo bens, a execução se mostrará infrutífera*” II – Recurso não conhecido” (STJ, 3ª T., Resp 161897/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, 12.5.1998, DJ 10.8.1998, p. 65, v.u.).

²¹⁰ Nesse sentido: “*Recurso especial. Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Comprovação da impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Recurso desprovido. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 388.045/RS, consolidou entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da assistência judiciária gratuita de que trata a Lei 1.060/50. Em se tratando de entidade filantrópica, de assistência social ou similares, basta o requerimento e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de presunção juris tantum, incumbindo, portanto, à parte ex adversa a prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência. 2. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem entendeu que essa comprovação foi devidamente realizada pela empresa, na medida em que restou demonstrada a dificuldade de ela pagar as despesas processuais sem comprometer a sua própria subsistência. 3. Para se entender de modo diverso das conclusões constantes do acórdão recorrido, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial desprovido*” (STJ, 1ª T., REsp 656274/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 17.5.2007, DJ 11.6.2007, p. 264, v.u.); “*Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica sem fins lucrativos. Desnecessidade de comprovação da necessidade de benefícios. Sindicato. Recebimento de recursos dos associados. Função de prestar assistência judiciária aos seus sindicalizados. Dever de demonstrar a necessidade. Não comprovada perante o tribunal a quo (...) O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o ônus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003). 5. Assim, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como as entidades filantrópicas, fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, independente de comprovação da necessidade do benefício (...) Considerando que as receitas do sindicato decorrem das contribuições dos associados e que, dentre seus escopos precípuos, que motiva sua arrecadação, consta a defesa dos interesses de seus associados, descabe a concessão da assistência judiciária gratuita, salvo se comprovada a necessidade do benefício. (...) 8. In casu, o Sindicato recorrente deixou de comprovar perante o Tribunal a quo, de maneira cabal, a ausência de condições para arcar com as custas processuais. Diante disso, a comprovação de insuficiência de recursos por parte da pessoa jurídica, revela-se inviável em sede de revisão do julgado, ante o óbice da Súmula 07 do STJ, maxime quando as instâncias ordinárias, soberanas na apreciação do conjunto fático-probatório concluíram em sentido contrário*” (STJ, 1º T., REsp 876812/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.11.2008, DJe 1.12.2008, v.u.).

²¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 140.

2.8.2.2. *Outras hipossuficiências*

Conforme visto, a CF utilizou-se de termos amplos e vagos quando tratou do destinatário da assistência jurídica.

Ada Pellegrini Grinover afirma a necessidade de

rever o antigo conceito de assistência judiciária aos necessitados, porque, de um lado, assistência judiciária não significa apenas assistência processual, e porque, de outro lado, necessitados não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica²¹².

Vejamos algumas hipóteses que o legislador infraconstitucional elegeu como hipossuficientes jurídicos.

A primeira diz respeito à pessoa presa em flagrante e que não informa o nome de advogado. Segundo o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), inserido pela Lei n. 11.449/2007:

Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Note-se que em nenhum momento questiona-se a condição econômica do preso, sendo concedido o serviço da assistência jurídica, simplesmente, em razão da situação de evidente hipossuficiência, decorrente da privação da liberdade.

Outra situação diz respeito a todo e qualquer processo judicial criminal. Nesse caso, independentemente da situação econômica do acusado, na hipótese de não ter constituído advogado particular, a Defensoria Pública será responsável pela defesa.

Também é importante trazer à colação o disposto no art. 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”. Vale observar que toda criança ou adolescente, independentemente de sua situação econômica, tem direito à assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública²¹³. Assim, tem-se que é a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento que caracteriza a hipossuficiência no caso.

Outras duas hipóteses em que se reconhece a hipossuficiência jurídica dizem respeito à atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais e na curadoria. No

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 246

²¹³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 277.

primeiro caso, a atuação da Defensoria Pública ocorre nas causas em que a atuação do advogado é facultativa e a outra parte é pessoa jurídica ou conta com o auxílio de profissional. No segundo caso, a Defensoria Pública atua como curador especial, conforme previsto no art. 9º do CPC.

Essas atuações serão abordadas mais detalhadamente no próximo capítulo.

Além dos hipossuficiente jurídicos, a professora Ada Pellegrini Grinover destaca a existência dos carentes organizacionais, próprios de uma sociedade de massa, que, segundo a autora, são todos indivíduos

que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo: o usuário de serviços públicos; os que submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado mobiliário; os segurados da Previdência Social; o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social e cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, mais atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo²¹⁴.

Da mesma forma, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

Se percebermos as dificuldades da sociedade de massa e as incessantes transformações sociais, certamente compreenderemos a necessidade da assistência jurídica deve deixar de ser enfocada apenas da ótica da pobreza e passar a ser visualizada na perspectiva do cidadão envolvido na complexidade e, às vezes, nos conflitos da sociedade urbana em que vive²¹⁵.

Depreende-se daí que essa hipossuficiência organizacional é o fundamento para a atuação da Defensoria Pública nas demandas coletivas²¹⁶.

Vale destacar o documento intitulado *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, elaborado quando do XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, responsável não só por estabelecer bases para reflexão sobre os problemas de acesso à justiça, mas também recomendações para os órgãos

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 33.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*., cit., p. 49-50.

²¹⁶ Tema que será abordado no capítulo 4 deste trabalho.

públicos e para quem atua no sistema judicial. Neste, afirma o conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade, nos termos das regras 3 e 4:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.8.3. Denegação do serviço

A concessão ou a denegação do serviço de assistência judiciária pela Defensoria Pública é um ato administrativo vinculado. Isso porque deve ser prestado quando se tratar de pessoa necessitada e negado quando não se tratar de pessoa necessitada²¹⁷.

A nosso ver, portanto, o deferimento ou a denegação do serviço pela Defensoria Pública não se trata de uma ação discricionária dos membros da Defensoria Pública, uma vez que não deve agir com base nos juízos de conveniência e oportunidade. Isso porque, configurada a qualidade de necessitado, restará certo o dever de a Defensoria Pública prestar a assistência judiciária. Por outro lado, se não for configurada tal qualidade, a Defensoria Pública será impedida de prestar assistência²¹⁸.

²¹⁷ Nesse sentido: CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 819.

²¹⁸ Em um julgado do TJRJ, o magistrado afirma ser uma decisão discricionária: “*Administrativo. Processual civil. Defensor Público. Determinação judicial de cessação do patrocínio da Defensoria Pública. Impossibilidade. Violação, por via oblíqua, do princípio da inamovibilidade do Defensor Público. Inexistência de relação de hierarquia ou subordinação entre Defensores Públicos e Magistrados. Hipótese em que o Juízo de 1º grau indeferiu requerimento de assistência judiciária gratuita e determinou a cessação do patrocínio da Defensoria Pública. O Poder Judiciário não tem como intervir na relação cliente-advogado e, do ponto de vista meramente administrativo, é da Defensoria Pública o juízo de oportunidade e conveniência da atividade de representação judicial dos necessitados, respeitados os limites éticos e disciplinares impostos pela própria instituição. Trata-se de órgão vinculado ao Poder Executivo do Estado e, como integrante da Administração Pública, seus agentes estão submetidos às normas e princípios do Direito Administrativo. Afirma-se, pois, a discricionariedade da Defensoria Pública quanto à avaliação de ser, ou não, seu assistido carente de recursos. Se, diferentemente do Juiz, o Defensor Público entende que seu assistido é necessitado a justificar a atuação da Defensoria Pública, nada pode o Juiz fazer a respeito. Afinal de contas, o Magistrado decide sobre a concessão, ou não, da gratuidade de Justiça e não sobre a representação*”

Quando realizada a denegação, deve ser fundamentada²¹⁹, contendo o elemento da motivação, existente em qualquer ato administrativo válido²²⁰.

No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o ato de denegação do serviço está expressamente regulado na Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública. Segundo a Deliberação, o interessado tem a possibilidade de apresentar recurso escrito, no prazo de 15 (quinze) dias, ao defensor público-geral, instruindo-o com os fundamentos e documentos que entender pertinentes²²¹.

Não é demais ressaltar que, ainda que, em sede de recurso, seja denegado o atendimento em razão da não caracterização da hipossuficiência, o interessado poderá recorrer ao Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição

judicial da parte. Entre os membros da Defensoria Pública e a Magistratura não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação (artigo 82, Lei Complementar Estadual nº 6/77). Por isso, ainda que tenha negado a assistência judiciária gratuita, não pode, o Juiz, obstaculizar a representação da parte por Defensor Público que, mesmo nesses casos, continua senhor de suas prerrogativas para intimação e contagem de prazos. Entendimento contrário levaria, por via oblíqua, à desconsideração da norma legal do artigo 127, Lei Complementar nº 80/04, que prevê a inamovibilidade do Defensor Público. Recurso parcialmente provido” (TJRJ, 20ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2008.002.13794, rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 4.6.2008).

²¹⁹ Nesse sentido: MUYLAERT, Leopoldo. Assistência judiciária integral gratuita *versus* assistência judiciária – atuação da Defensoria Pública junto aos juizados especiais cíveis. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 210, 1996.

²²⁰ “Não se confunde o motivo do ato administrativo com a ‘motivação’ feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a ‘formalização’ do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo (...)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 357). Sobre a exigência da motivação do ato administrativo, assim entende Celso Antônio Bandeira de Mello: “Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses. (...) Logo, parece óbvio que, praticado, o ato em um estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, ‘caput’), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos na ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 359).

²²¹ Afirma a Deliberação: “Artigo 14. O interessado que discordar da decisão de denegação por situação financeira, por impossibilidade jurídica do pedido ou por quebra de confiança, poderá apresentar recurso escrito, dirigido ao Defensor Público-Geral, no prazo de 15 (quinze) dias, instruindo-o com os fundamentos e documentos que entender pertinentes. § 1º Nos casos em que o interessado não for alfabetizado, o Defensor Público responsável pela denegação tomará por termo as razões recursais, que serão lidas em voz alta para o interessado, na presença de uma testemunha. § 2º O recurso deverá ser protocolado na Secretaria da Unidade a que pertence o Defensor Público responsável pela denegação, devendo o Defensor Público Coordenador zelar pelo seu imediato encaminhamento ao Defensor Público-Geral. Artigo 15. Nos casos de prazo processual em curso ou havendo risco de perecimento do direito pelo decurso do tempo e, tendo o interessado demonstrado intenção de recorrer, o Defensor Público que proceder à denegação do atendimento deverá orientá-lo a protocolar o respectivo termo de imediato. Parágrafo único. O recurso deverá ser apreciado, até o final do expediente do dia útil subsequente, pelo Defensor Público Coordenador, que decidirá e, posteriormente, submeterá o expediente à análise do Defensor Público-Geral”.

(art. 5º, inc. XXXV, da CF).

Aliás, não é exigido que a parte interponha o recurso administrativo para abrir a porta da via jurisdicional, já que é inconstitucional a exigência de que se esgote a via administrativa para que o indivíduo recorra ao judiciário²²².

Nesse caso, a pessoa poderá interpor mandado de segurança alegando a violação do direito líquido e certo de ter assistência jurídica integral e gratuita, comprovando sua necessidade. Caberá, inclusive, o *habeas corpus*, havendo ameaça ao direito de liberdade²²³. Nessa hipótese, a autoridade coatora será o defensor público que denegou ou aquele que confirmou a denegação.

No Estado de São Paulo, poderá ser o defensor público que denegou o serviço de assistência ou o defensor público-geral que confirmou a decisão recorrida em sede administrativa.

Nas comarcas em que não existe a Defensoria Pública, o deferimento ou a denegação do atendimento se faz por advogado inscrito no convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB, que realizam o atendimento inicial em rodízio. Nesse caso, havendo denegação do atendimento, a despeito de não ser autoridade pública, o advogado, representando a OAB, autarquia especial, estará exercendo atribuição do Poder Público²²⁴, sendo ele a autoridade coatora.

Todavia uma questão de ordem prática se impõe: como o interessado promoverá

²²² Sobre o tema disserta Nelson Nery Junior: “O art. 153, § 4º, segunda parte, da CF de 1969, com redação dada pela EC 7/77, autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse ingressar com a ação em juízo, funcionando como se fora uma condição de procedibilidade da ação civil, que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem conhecimento do mérito por falta de interesse processual (art. 267, n. VI, CPC). A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 101-102). No mesmo sentido: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

²²³ Nesse sentido: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 71.

²²⁴ Sobre o tema, ensina Hely Lopes Meirelles: “O coator poderá pertencer a qualquer dos Poderes e a qualquer das entidades estatais ou às suas organizações autárquicas ou paraestatais, bem como aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57). Ademais, ainda que não tivesse natureza autárquica, mesmo assim poderia ser impetrado o mandado de segurança nesse caso, tendo em vista tratar-se de um particular exercendo atribuições do Poder Público. Tem-se na jurisprudência, por exemplo, o caso do mandado de segurança em que a autoridade coatora é o diretor de uma escola particular: “Recurso especial – Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público estadual em favor de menor – Competência do juízo da infância e da adolescência – Precedentes. I – O Juízo da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato de direção de escola privada que recusou o fornecimento de histórico escolar por causa da inadimplência do pai da aluna. II – Precedentes desta Corte. III – Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 208872/GO, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.2.2001, DJ 9.4.2001, p. 353, v.u.).

a impetração do mandado de segurança? Porque, ao contrário do *habeas corpus*, para a interposição do mandado de segurança, é imprescindível a representação por quem detém capacidade postulatória.

Assim, tendo em vista que a alegação dele é justamente a ausência de recursos para contratar um advogado para patrocinar uma ação, não seria razoável compelir que o indivíduo contratasse um advogado para impetrar o mandado de segurança justamente para alegar que tem direito à assistência judiciária gratuita por não ter recursos financeiros para a contratação de advogado para ajuizar uma demanda?

É certo que o indivíduo poderá contar com outras instituições que prestam serviço de assistência gratuita, desde que não seja realizado o atendimento com base em eventual convênio firmado entre a instituição e a Defensoria Pública.

Outra possibilidade é a interposição da medida judicial pretendida inicialmente sem representação de um profissional. Essa possibilidade está fundada na aplicação alargada do art. 36 do CPC, que dispõe: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

Não se trata de uma recusa de todos os advogados da localidade, mas sim da negativa da prestação de assistência jurídica à qual o indivíduo entende ser destinatário. Assim, seria lícito o indivíduo postular em causa própria em juízo para comprovar sua hipossuficiência e demonstrar ser destinatário dos serviços prestados pela Defensoria Pública.

É importante destacar que o interessado sempre deverá buscar a jurisdição pelas vias judiciais próprias, de sorte que não poderá o magistrado apenas determinar que o defensor público atue em favor de determinada pessoa, independentemente de ação própria nesse sentido. Sobre o tema, afirma Cleber Francisco Alves:

Embora seja remota tal hipótese de divergência, se o Juiz discordar da recusa oposta pelo Defensor à nomeação feita para prestar assistência a alguma parte que tenha procurado o magistrado com o intuito de obter designação de profissional capacitado para assumir o patrocínio gratuito em causa judicial, restará ao magistrado oficial a administração superior da Defensoria Pública para que o órgão, no exercício de sua autonomia funcional e administrativa, avalie se a recusa do Defensor é ou não legítima. Isto porque não há qualquer

vinculação funcional ou hierárquica entre Juiz e Defensor Público²²⁵.

²²⁵ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p.285-286.

A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

3.1. As Defensorias Públicas

A CF e a Lei n. 80/94 preveem três Defensorias Públicas: a) Defensoria Pública da União; b) Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios; e c) Defensorias Públicas Estaduais.

Afirma o § 1º do art. 134 da Lei Complementar n. 80/94:

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

3.1.1. Defensoria Pública da União

O campo de atuação da Defensoria Pública da União está prevista no art. 14 da Lei Complementar n. 80/94: “A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto com Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União”.

A Defensoria Pública da União é unitária, não comportando divisão, tal qual ocorre com o Ministério Público²²⁶. No caso desta instituição, conforme dispõe o art. 128, I, da CF, ela é dividida em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Vale registrar que a Defensoria Pública da União foi instituída em 1995, em caráter emergencial e provisório, pela Lei 9.020/95.

Lamentavelmente, em razão do número insuficiente de defensores públicos da União – apenas 106²²⁷ –, a atuação da Defensoria Pública da União é muito limitada.

²²⁶ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 313, nota 170.

²²⁷ De acordo com o II Diagnóstico da Defensoria Pública do ano de 2005, existiam 106 defensores públicos da União em exercício, para uma população-alvo de 119.486.992. Isso significa um defensor público para o contingente de 1.127.236 pessoas maiores de dez anos com renda de até três salários

Atualmente, a Justiça Federal é o único local de atuação da Defensoria Pública da União. E, mesmo assim, tendo em vista o número reduzido de defensores públicos, a Defensoria Pública da União está presente em poucas seções judiciárias, são apenas 31 seções em todo o país²²⁸.

Dada essa realidade, muitas causas dependem da advocacia voluntária, com a gratuidade da justiça. Vale mencionar que, em pesquisa realizada na Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro, verificou-se essa situação em, aproximadamente, 60% (sessenta por cento) dos autos que tramitam nas Varas Previdenciárias, em 70% (setenta por cento) dos processos nas Varas localizadas no interior do Estado e 20% (vinte por cento) nas ações que tramitam em Varas Cíveis²²⁹.

Para resolver o problema do acesso à justiça na esfera Federal, em alguns locais, foram realizados convênios diretamente com a OAB da região ou com escritórios modelos de faculdades.

Não havendo Defensoria Pública ou qualquer convênio, o que ocorre é a nomeação pelo juiz de advogado que deve aceitar o múnus. Destaque-se que é dever funcional do advogado prestar esse serviço, sob pena de infração disciplinar. De acordo com o art. 34, XII, do Estatuto da Advocacia e da OAB: “Constitui infração disciplinar: recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública”. Também sobre o assunto, dispõe o art. 22, § 1º, do Estatuto:

O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Vale lembrar que, hoje, essa remuneração não é realizada com base na tabela da OAB, mas sim como base na tabela contida na Resolução n. 558/2007 do Conselho da Justiça Federal²³⁰.

mínimos.

²²⁸ São elas, na região norte: Rio Branco, Manaus, Boa Vista, Belém e Palmas; na região nordeste: Teresina, Fortaleza, Natal, João Pessoa, Recife, Maceió, Aracaju e Salvador; na região sudeste: Belo Horizonte, Juiz de Fora, Vitória, Rio de Janeiro, São Paulo, Santos, Guarulhos e Campinas; na região sul: Curitiba, Florianópolis, Porto Alegre, Bagé, Pelotas e Santa Maria; na região centro-oeste: Campo Grande, Goiânia, Brasília e Cuiabá. Disponível em: Relatório de gestão do ano 2007, <http://www.dpu.gov.br/pdf/Relatório%20de%20Gestão%202007.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2008.

²²⁹ Informação encontrada em: TAVARES, Marcelo Leonardo. Carentes de justiça. *Revista de jurisprudência da Justiça Federal*. Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nº 8, mai 2000, p. 141.

²³⁰ A tabela traz valores bastante inferiores em relação à de honorários formulada pela OAB. Por exemplo: para ações de procedimento ordinário, é previsto o valor mínimo de R\$ 200,75 e máximo de R\$

Na pesquisa já mencionada, apresentou-se o seguinte percentual de advogados nomeados pelo juiz: 30% (trinta por cento) nas varas criminais e 10% (dez por cento) nas Varas de Municípios do interior, sendo praticamente inexistente nas Varas Cíveis, de Execução Fiscal e Previdenciária²³¹. Na Justiça do Trabalho, inexistente atividade da Defensoria Pública. A defesa dos necessitados fica a cargo dos advogados de sindicatos ou de advogados particulares que atuam mediante pagamento da percentagem recebida em decorrência do sucesso do processo²³².

Também inexistente, atualmente, atividade efetiva da Defensoria Pública da União perante a Justiça Eleitoral. Cleber Francisco Alves noticia que:

No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Estadual costuma designar Defensor Público, a pedido do Tribunal Regional Eleitoral, para promover defesa de eleitores carentes quando acusados da prática de crimes eleitorais. Entretanto essa atuação da Defensoria Pública estadual não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente. Seria oportuno, assim como ocorre com relação aos Juízes de Direito e aos membros do Ministério Público dos Estados, a expressa previsão legal de que teriam atribuição para funcionar no âmbito da Justiça Eleitoral. Nesse caso, também seria legítimo que fosse assegurado o pagamento pelo desempenho dessa atribuição extra, nos mesmos moldes como hoje se dá com os Juízes e Promotores designados para as Zonas Eleitorais²³³.

Diante desse quadro, a Associação dos Defensores Públicos da União (ADPU) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão em face do presidente da República por causa da não implementação da Defensoria Pública da União²³⁴.

Quando a lei afirma que **cabe à Defensoria Pública da União perante os Tribunais Superiores**, não quer dizer atuação com exclusividade. Assim, caberá a ela atuar apenas nos casos oriundos da Justiça Federal ou nos casos em que a Defensoria Pública do Estado de origem não tiver estrutura para officiar perante os Tribunais

507,17 (Disponível em: <http://www.oabrr.org.br/pdf/resolucao440.pdf>). Já a tabela da OAB, para ações de jurisdição contenciosa, prevê o valor de 20% sobre o valor econômico em questão, prevendo o valor mínimo de R\$ 2.561,38. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tabela-de-honorarios/parte-geral>. Acesso em: 15 fev. 2009.

²³¹ Pesquisa mencionada por: TAVARES, Marcelo Leonardo. Carentes de justiça, cit., p. 143.

²³² Sobre o tema: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 339-340.

²³³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 248, nota 57.

²³⁴ Trata-se da ADI n. 3.622, distribuída no dia 13 de dezembro de 2005, cujo relator é o ministro Eros Grau. Conforme visto no capítulo anterior, José Afonso da Silva destaca que a omissão do dever positivo de prestar assistência jurídica pelo Estado gera a possibilidade do exercício da ação de inconstitucionalidade por omissão, a fim de obrigar o Poder Público a realizar, na prática, a imposição constitucional (*Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 173).

Superiores. Essa conclusão funda-se nos arts. 106 e 111 da própria Lei Complementar n. 80/94, que dispõem, respectivamente:

Art. 106. A Defensoria Pública do Estado prestará assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado.

Parágrafo único. À Defensoria Pública do Estado caberá interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.

Art. 111. O Defensor Público do Estado atuará, na forma do que dispuser a legislação estadual, junto a todos os Juízos de 1º grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2º grau de jurisdição, instâncias administrativas e Tribunais Superiores (art. 22, parágrafo único).

Aliás, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 22, que previa a atuação exclusiva da Defensoria Pública da União nos Tribunais Superiores, foi vetado²³⁵.

Desta feita, sendo um processo de origem da Justiça Estadual, caberá à Defensoria Pública do respectivo Estado continuar atuando no processo. Entretanto apenas algumas Defensorias se estruturaram para realizar esse acompanhamento²³⁶. E, na hipótese de ausência, caberá à Defensoria Pública da União, de forma subsidiária, atuar no processo.

Sobre o tema, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Agravo regimental. Parte assistida pela Defensoria Pública. Recurso interposto pelo órgão estadual. Pedido de ratificação formulado pelo órgão federal. Desnecessidade. Impossibilidade. 1. Como decidido pela Corte Especial na questão de ordem no AG 378.377/Nancy, a Defensoria Pública da União deve acompanhar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos Estaduais, bem como deve ser intimada das decisões e acórdãos proferidos. 2. Contudo, como decidido na mesma questão de ordem, a atuação da DPU não é exclusiva. Se a Defensoria Pública Estadual mantiver representação em Brasília, poderá ser intimada e atuar sem restrições no Superior Tribunal de Justiça. 3. Por isso que, interposto agravo regimental pela Defensoria Pública Estadual, não há necessidade de ratificação pela Defensoria Pública da União. Ambos os órgãos detêm capacidade postulatória para atuar no STJ²³⁷.

²³⁵ Assim afirmava o parágrafo único do art. 22: “Os Defensores Públicos da União de Categoria Especial atuarão em todos os processos da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores”.

²³⁶ Conforme consta no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, são 16 Defensorias Públicas estaduais que atuam perante os Tribunais Superiores: Acre, Amazonas, Ceará, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

²³⁷ STJ, 3ª T., AgRg no REsp 802745/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 3.12.2007, DJ 12.12.2007, p. 416, v.u.

Embargos de declaração. Acórdão que decidiu pela competência da Defensoria Pública da União para acompanhar os processos em trâmite perante o STJ. Inexiste contradição. Restou pacificado o entendimento de que o acompanhamento dos processos em trâmite no STJ fica a cargo da Defensoria Pública da União, enquanto as defensorias dos Estados, mediante lei específica, não organizem e estruturam o seu serviço para atuar continuamente em Brasília, inclusive com sede própria. À míngua de seus pressupostos, rejeito os embargos de declaração²³⁸.

O Superior Tribunal Federal (STF), da mesma forma, já entendeu que cabe à Defensoria Pública da União o acompanhamento de processo promovido inicialmente pela Defensoria Pública estadual, quando esta não contar com estrutura perante os Tribunais Superiores. Note-se que isso se dá apenas de forma subsidiária²³⁹. Inexistindo tal estrutura, a atuação da Defensoria Pública da União é obrigatória²⁴⁰.

²³⁸ STJ, 4ª T., EDcl no AgRg no Ag 451899/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.6.2005, DJ 24.10.2005, p. 238.

²³⁹ “Agravos regimentais. Questão de ordem. Dois recursos de agravo interno. Defensoria Pública da União. Ilegitimidade. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Sede própria em Brasília. Justiça gratuita. Juiz. Exigência de comprovação do estado de miserabilidade. Revisão. Impossibilidade. Reexame de prova. Súmula n.º 07 do STJ. Precedentes. 1. A Corte Especial firmou orientação no sentido de que, enquanto os estados, mediante lei específica, não organizarem sua Defensoria Pública para atuar continuamente em Brasília/DF, inclusive com sede própria, o acompanhamento dos processos em trâmite nesta Corte constitui prerrogativa da Defensoria Pública da União (DPU). Contudo, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro possui representação na Capital Federal e foi regularmente intimada da decisão impugnada, devendo seu recurso de agravo interno ser analisado. Questão de ordem acolhida. 2. É possível ao magistrado condicionar a concessão da justiça gratuita à comprovação do estado de miserabilidade do beneficiário. Precedentes. 3. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu, com base no conjunto probatório dos autos, pela inexistência de comprovação do estado de miserabilidade. Sendo assim, a pretendida inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o enunciado da Súmula n.º 07 do STJ. 4. Agravo regimental não-provido” (STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no Ag 915919/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.9.2008, DJe 23.10.2008, v.u.). “Agravos regimentais. Competência da Defensoria Pública da União para acompanhar os processos em trâmite perante o STJ. Precedente da corte especial. Restou pacificado o entendimento de que o acompanhamento dos processos em trâmite no STJ fica a cargo da Defensoria Pública da União, enquanto as defensorias dos Estados, mediante lei específica, não organizem e estruturam o seu serviço para atuar continuamente em Brasília, inclusive com sede própria. Agravo improvido” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 504415/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.6.2005, DJ 24.10.2005, p. 329).

²⁴⁰ “Defensoria Pública da União. Atuação perante o Supremo Tribunal Federal. Alegada impossibilidade, tendo em vista tratar-se, no caso, de processo oriundo de Defensoria estadual, o qual, na conformidade do art. 111 da Lei Complementar n.º 80/94 continuaram a cargo do referido órgão. Acórdão que se teria omitido quanto a essa circunstância. Instituição que, a exemplo do Ministério Público, é considerada una e indivisível, a teor da norma do art. 3º da Lei Complementar n.º 80/94, que refere o órgão como unidade, não de chefia, mas da própria função, constitucionalmente considerada essencial à Justiça. Os arts. 106 e 108 da mencionada lei atribuem à Defensoria Pública do Estado a defesa dos necessitados no âmbito judicial da respectiva unidade federada, competindo-lhe, obviamente, interpor os recursos cabíveis para qualquer Tribunal (art. 129, VII), o que abrange, por óbvio, os Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal, perante o qual atuará o Defensor Público-Geral, na conformidade do art. 23 do diploma legal sob enfoque. Assim, encontrando-se já providos os cargos de Defensor Público-Geral e de Subdefensor Público-Geral, perde toda consistência, no presente

3.1.2. Defensoria Pública do Distrito Federal

Inicialmente, é importante destacar que a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios não é parte integrante da Defensoria Pública da União, sendo duas instituições distintas²⁴¹. Ambas, vale destacar, são reguladas de forma exauriente na Lei Complementar federal, ao contrário das Defensorias Públicas dos Estados, na qual são traçadas apenas normas gerais, ficando a cargo de leis complementares estaduais o esgotamento das questões referente a cada Defensoria Pública estadual.

Sobre a Defensoria Pública do Distrito Federal, é importante mencionar os dispositivos constitucionais acerca da competência legislativa para sua instituição, dada sua peculiaridade.

Inicialmente, nos termos do art. 24, XIII, da CF, é competência concorrente da União, do Distrito Federal e dos Estados legislar sobre a assistência jurídica e a Defensoria Pública. Sendo competência concorrente, pela regra do § 1º, a União tem competência para legislar sobre normas gerais; enquanto o Estado, sobre questões específicas.

Tem-se, assim, que é a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e que prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. É a lei orgânica da Defensoria Pública.

Entretanto art. 61, § 1º, II, “d”, impõe:

São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II – disponham sobre: d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Note-se que nesse dispositivo, cabe ao presidente da República, de forma indelegável, apenas dispor sobre normas gerais acerca da Defensoria Pública do Distrito Federal.

caso, a justificativa de ainda não se acharem preenchidos os cargos do quadro de Defensores Públicos da União. Considerações em face das quais são rejeitados os embargos” (STF, 1ª T., AI-ED 237400/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27.6.2000, DJ 24.11.2000, p. 102, v.u.).

²⁴¹ PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*. VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2005, p. 284. No mesmo sentido, afirmando a autonomia da Defensoria Pública do Distrito Federal: GIANNAKOS, Angelo Maranichi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*, cit., p. 114.

Por outro lado, o art. 48 da CF dispõe que cabe ao Congresso Nacional dispor especialmente sobre: a organização administrativa e judiciária do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e a organização judiciária do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal. Nesse dispositivo, portanto, o Congresso Nacional deve dispor sobre a organização judiciária da Defensoria Pública do Distrito Federal.

Para completar, o art. 21, inc. XIII, afirma que: “Compete à União: organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”. Já o art. 22, inc. XVII, determina que: “Compete privativamente à União legislar sobre: organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes”.

Pedro Lenza, então, questiona como harmonizar os dispositivos constitucionais transcritos; e conclui que, no caso da Defensoria Pública do Distrito Federal:

A competência para legislar sobre organização judiciária da Defensoria Pública do DF é toda da União. Tratando-se de competência sobre organização administrativa, aí sim, vale a regra da competência concorrente do 24, XII. Mas, neste caso, a norma específica só poderá ser editada após a edição de norma geral lei federal pela União²⁴².

Entretanto, a despeito da expressa previsão acerca da competência da União de instituir a Defensoria Pública Federal, esta não foi instituída por aquela, mas sim pelo próprio Distrito Federal, em 1987, quando foi criado o Centro de Assistência Judiciária do Distrito Federal²⁴³.

²⁴² Para chegar a essa conclusão, o autor afirma que: “no âmbito da competência concorrente, a União se limita a estabelecer normas gerais e os Estados, assim como o DF (no exercício da competência estadual), as regras específicas. Isso significa que, muito embora a Defensoria Pública do DF (e territórios) seja organizada e mantida pela União, o Constituinte permitiu parte de sua regulamentação (e disso apenas para o DF) pela Câmara Legislativa (...) o art. 61, § 1º, II, “d”, fala somente em normas gerais para a organização da Defensoria Pública do DF. Isso significa que se abre a possibilidade de a Câmara Legislativa do DF legislar sobre as normas específicas, dando sentido à regra do 24, XIII (não podemos simplesmente desprezar uma regra constitucional). Essa ideia é reforçada pelo 48, IX, que estabelece caber ao Congresso dispor sobre a organização judiciária da Defensoria do DF. E a organização administrativa? E ao que fechamos o raciocínio, harmonizando os dispositivos no sentido de que as normas de organização administrativa (competências ‘burocráticas’ serão disciplinadas pela União e as específicas, pelo DF. Mas somente em relação à competência administrativa já que a judiciária será amplamente disciplinada pelo Congresso Nacional por meio de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República. E por que o Constituinte não deixou somente no 24, XII, a referida regra? Em primeiro lugar porque fez uma distinção entre competência administrativa e judiciária. Em segundo, nos parece, não teve a intenção de permitir o exercício incondicional da competência suplementar (sobre matéria administrativa) pelo DF em caso de inércia da União para legislar sobre normas gerais” (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 613).

²⁴³ PEDROSO, Borges Stéfano. *Defensoria e a reforma*. Disponível em:

Pedro Lenza também destaca a existência da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 358/2005, em que se alteram as regras dos arts. 21, XIII; 22, XVII; 48, IX; e 134, “transferindo, definitivamente e se adequando à realidade local, a Defensoria Pública do DF para o próprio DF, deixando esta de ser organizada e mantida pela União (o que, na prática, nunca aconteceu, diga-se de passagem!)”²⁴⁴.

A Defensoria Pública do Distrito Federal, conforme visto, não pertence à Defensoria Pública da União, como ocorre com o Ministério Público do Distrito Federal, que, após a Constituição de 1988, passou a pertencer ao Ministério Público da União, porém com a ressalva de que possui chefia própria²⁴⁵.

A Lei Complementar n. 80/94 prevê, no *caput* do art. 64: “Aos Defensores Públicos do Distrito Federal e dos Territórios incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas”.

Note-se que a Lei Complementar não delimita a atuação da Defensoria Pública do Distrito Federal no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo do próprio Distrito Federal. Todavia, por uma interpretação sistemática da legislação, essa deve ser a interpretação. Desta feita, caberá à Defensoria Pública do Distrito Federal atuar na esfera do Distrito Federal.

Assim, a Defensoria Pública atuará nas circunscrições judiciárias do Distrito Federal (órgão de primeira instância) e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal (órgão de segunda instância)²⁴⁶. Além de atuar nos Tribunais Superiores (STF e STJ) referentes às causas originárias do Distrito Federal.

3.1.3. Defensoria Pública dos Estados

As Defensorias Públicas estaduais são as instituições responsáveis pela defesa dos hipossuficientes no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo do respectivo estado (art. 108 da Lei Complementar n. 80/94).

A despeito de a CF, conforme visto no capítulo anterior, indicar a Defensoria Pública como a única instituição responsável por prestar assistência jurídica integral e

<http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00000325.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2008; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*, cit., p. 614.

²⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*, cit., p. 614.

²⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

²⁴⁶ A Lei n. 11.697/2008 é o diploma legal que dispõe sobre a organização judiciária no Distrito Federal e Territórios.

gratuita à população carente, após 20 (vinte) anos de sua promulgação, ainda três Estados não implementaram o serviço de assistência jurídica pela Defensoria Pública: Paraná, Santa Catarina e Goiás. Registre-se que neste último Estado foi aprovada a lei orgânica da Defensoria Pública, porém ainda não foi efetivamente implementada.

Vale destacar também o retardo acerca da criação e da implementação do comando constitucional nos Estados do Rio Grande do Norte e São Paulo, onde foram criadas e implementadas em 2005 e 2006, respectivamente.

3.2. Características da Defensoria Pública

Para iniciar o estudo acerca da instituição da Defensoria Pública, é necessário partir de uma premissa básica: o tratamento jurídico-institucional simétrico despendido pelo constituinte entre a Defensoria Pública e o Ministério Público e a Magistratura.

Nesse sentido, assim expõe Cleber Francisco Alves²⁴⁷:

Em pelo menos cinco diferentes dispositivos da Constituição Federal, essas instituições e carreiras jurídicas são referidas de modo conjunto, denotando o reconhecimento de que devem ser tratadas com total isonomia. Assim, vale citar o art. 21, XIII, que determina ser da competência da União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios”; o art. 22, XVII, que trata da competência legislativa da União para legislar sobre a “organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, bem como sobre a organização administrativa destes”; assim como o art. 48, IX, e art. 61, “d”, que tratam igualmente de questões relativas ao processo legislativo envolvendo tais carreiras e instituições jurídicas. Também nas recentes alterações constitucionais referentes à reforma administrativa e reforma da previdência foi conferido tratamento isonômico a tais carreiras, conforme estabelece a nova redação do art. 37, XI, combinado com o art. 39, § 4º, e o art. 135.

3.2.1. Essencialidade

A Defensoria Pública é instituição **essencial** à função jurisdicional do Estado.

A palavra essencial possui as seguintes acepções, conforme o dicionário Houaiss: “1. que é inerente a algo ou alguém; 2. que constitui o mais básico ou o mais

²⁴⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 258.

importante em algo; fundamental; 3. que é necessário, indispensável; 4. a coisa principal; o indispensável”²⁴⁸.

Tendo em vista a essencialidade prevista expressamente no texto Constitucional, resta clara a necessidade de imediata criação e instalação da Defensoria Pública nos Estados em que não existe Defensoria Pública. Mais do que a mera instalação, a característica da essencialidade implica o dever jurídico dos Estados de manterem Defensorias Públicas fortes e bem equipadas, prestando adequadamente a assistência jurídica integral e gratuita a quem delas necessitem²⁴⁹.

Essa essencialidade, outrossim, implica a impossibilidade de supressão da instituição²⁵⁰.

A Defensoria Pública é, portanto, instituição imprescindível à legitimação do exercício democrático do poder jurisdicional²⁵¹.

O termo justiça aqui utilizado deve ser entendido de forma ampla, não se restringindo à atuação apenas na esfera judicial, em processos. Assim, a Defensoria Pública é órgão essencial para a realização da justiça na sociedade²⁵², não podendo ser compreendida como um órgão auxiliar ou coadjuvante do Poder Judiciário.

A CF, além da Defensoria Pública, previu os seguintes órgãos como essenciais à justiça: Ministério Público, Advocacia Pública e Advocacia Privada. Sobre o tema, disserta Cleber Francisco Alves:

Foi esta a primeira vez em que se utilizou essa expressão (funções essenciais à Justiça). E parece que a inovação de se estabelecer na Carta Magna os lineamentos gerais das instituições carregadas de pleitear a prestação jurisdicional foi bastante oportuna, na medida em que prescreva o princípio da inércia que deve continuar marcando a atuação do Poder Judiciário, de modo que possa conservar a imparcialidade e a equidistância necessárias para dirimir conflitos de interesses

²⁴⁸ Dicionário Houaiss de língua portuguesa, disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=essencial&stypck>. Acesso em 12 jan de 2007.

²⁴⁹ SOUZA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 228.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do estado de justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 6, nº 7, p. 28, jul. 1995.

²⁵¹ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 78.

²⁵² Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 304; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça, cit., p. 23; ALBUQUERQUE, Ana Rita V. Acesso à justiça: Defensoria Pública e a assistência jurídica gratuita (alguns obstáculos). *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, nº 16, p. 18-19, jul. 2000.

que lhe são apresentados, quaisquer que sejam sua natureza e as partes envolvidas²⁵³.

E, conclui o autor, a ideia de essencialidade traz ínsita a ideia de dependência: “O exercício de cada uma dessas funções, incluída a função jurisdicional, somente pode ocorrer numa relação de absoluta interdependência”²⁵⁴.

Ademais, segundo o mesmo autor, em razão da essencialidade, não pode o Poder Público alegar falta de recursos orçamentários para justificar eventual abstenção do seu dever de garantir a assistência jurídica aos necessitados²⁵⁵.

Por fim, a essencialidade implica a vedação de que outra instituição substitua a Defensoria Pública no exercício de suas funções²⁵⁶.

²⁵³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 304.

²⁵⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 305.

²⁵⁵ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 260.

²⁵⁶ Tanto é verdade, que o STF reiteradamente entendeu que o art. 68 do CPP, que confere legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de ressarcimento em razão do cometimento de um crime em favor dos necessitados, está em inconstitucionalidade progressiva. Vejamos a ementa do julgado que firmou esse entendimento: “*Legitimidade – Ação "ex delicto" – Ministério Público – Defensoria Pública – Artigo 68 do Código de Processo Penal – Carta da República de 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). Inconstitucionalidade progressiva – Viabilização do exercício de direito assegurado constitucionalmente – Assistência jurídica e judiciária dos necessitados – Subsistência temporária da legitimação do Ministério Público. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento” (STF, Tribunal Pleno, RE 135328/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.6.1994, DJ 20.4.2001, p. 137, v.u.). No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, EREsp 232279/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 1.7.2003, DJ 4.8.2003, p. 205, v.u. Um exemplo controvertido na jurisprudência diz respeito à possibilidade de o Ministério Público agir como substituto processual em ações de alimentos em que a criança ou adolescente está sob o poder familiar do responsável. Entendendo pela não possibilidade: “*Processo civil – Recurso especial – Ação de alimentos – Ministério Público representando menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora – Ilegitimidade ativa ad causam – art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 – Inaplicabilidade. 1 – Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 – Precedentes (REsp nº 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 – Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 659498/PR, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 14.12.2004, DJ 14.2.2005, p. 214, v.u.). Em sentido contrário: “*Direito civil e processual civil. Ação de execução de alimentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. – É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. – Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do Ministério Público como substituto processual em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. – O tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do***

3.2.2. Autonomia funcional

Essa característica está expressamente prevista no § 2º do art. 134 da CF, o qual afirma: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”²⁵⁷. Esse parágrafo foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que, diga-se, foi responsável pela chamada “Reforma do Judiciário”, norteadas pelo princípio do acesso à justiça²⁵⁸.

Note-se que o parágrafo apenas se refere às Defensorias Públicas estaduais, não garantindo expressamente à Defensoria Pública da União e ao Distrito Federal.

Sobre o tema, ao comentar a respeito da alteração do dispositivo constitucional promovida pela Reforma do Judiciário, afirma Viviane Ruffeil Teixeira Pereira que a ausência da Defensoria Pública da União é fruto de uma falha de redação que não foi corrigida no tempo hábil. Vale observar que se visa à correção desse equívoco por meio da inclusão de um § 3º em que se afirma a aplicação das autonomias previstas no § 2º também para a Defensoria Pública da União²⁵⁹.

A despeito da ausência da Defensoria Pública da União, Cleber Francisco Alves diz o seguinte:

Por uma interpretação sistemática e teleológica, cremos que não se coaduna com a lógica de organização dos Poderes adotada pela Constituição de 1988 o entendimento de que à Defensoria da União, em que pese a ausência de dispositivo legal ou constitucional explícito, seja denegada a autonomia administrativa e financeira. Ou seja, é de total impropriedade diante da vontade constitucional que a Defensoria da União seja estruturada como se fosse um simples “departamento” do Ministério da Justiça²⁶⁰.

atendimento de suas necessidades básicas. Recurso especial provido” (STJ, 3ª T., REsp 510969/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.10.2005, DJ 6.3.2006, p. 372, v.u.).

²⁵⁷ Vale dizer que antes da Emenda Constitucional, Cleber Francisco Alves entendia que a autonomia era consequência lógica do *status* constitucional conferido pela Constituição de 1988 à Defensoria Pública (ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 307, nota 159).

²⁵⁸ Sobre a Reforma do Poder Judiciário ler: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. cit., p. 489-506; VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz. *Reforma do Judiciário comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁵⁹ PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 280. A autora, em nota, destaca os dizeres da senadora Lúcia Vânia acerca desta falha.

²⁶⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 307, nota 159.

A autonomia funcional implica o fato de que a Defensoria Pública é instituição autônoma diante de qualquer outra instituição essencial à justiça, bem como a qualquer poder estatal.

Não existe, portanto, qualquer grau de hierarquia entre as instituições do Ministério Público ou da Magistratura ante a Defensoria Pública.

Conforme já analisamos no capítulo anterior, entendemos que fere a autonomia administrativa da Defensoria Pública a possibilidade de o juiz determinar que um membro da Defensoria Pública atue em favor de um assistido. Vejamos um exemplo: um advogado pede renúncia em determinado processo que tramita com a gratuidade da justiça, nesse caso, não poderá o juiz determinar que o membro da Defensoria Pública que oficia perante o órgão assuma o patrocínio da causa. Poderá sim, conceder vistas à Defensoria Pública para se manifestar sobre a possibilidade ou não de continuar na defesa da parte. Caso o membro da Defensoria Pública afirme a impossibilidade, não terá o juiz como compelir tal patrocínio, sob pena de violação da autonomia administrativa da Defensoria Pública. Neste caso, o juiz apenas poderá oficiar a Administração Superior da instituição, comunicando a recusa do patrocínio. E caberá à Administração Superior investigar se as causas da recusa de patrocínio são justificáveis ou não.

Todavia não haverá violação dessa autonomia se o Poder Judiciário, por meio de provimento judicial, em ação judicial em que se discute o direito constitucional à assistência jurídica, declarar tal direito à parte. Nesse caso, a Defensoria Pública terá de atuar em favor da parte. Isso porque, ainda que presente a autonomia da Defensoria Pública, suas decisões não podem ser imunes ao controle jurisdicional, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Tampouco existe qualquer grau de hierarquia entre a Defensoria Pública e os Poderes Legislativo e Executivo.

A Defensoria Pública, portanto, não pode estar vinculada a nenhum órgão de qualquer um dos três poderes. Nesse sentido decidiu o STF, ao considerar inconstitucional a lei estadual que vinculava a Defensoria Pública à Secretaria do Estado de Pernambuco²⁶¹.

²⁶¹. “*Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a*”

A Lei Estadual n. 8.559/2006 do Estado do Maranhão²⁶² e a Lei Delegada n. 117/2007²⁶³, embora posteriores à Emenda Constitucional n. 45, também preveem a vinculação da Defensoria Pública ao Poder Executivo. Os dispositivos legais estão sendo questionados pelas ADI n. 41056-1, distribuída em 18 de março de 2008, e pela ADI n. 3965-2, distribuída em 26 de setembro de 2007.

A despeito, porém, da interpretação acerca da autonomia da Defensoria Pública da União, a realidade é que esta é vinculada ao Ministério da Justiça, conforme consta do Relatório de Gestão de 2007²⁶⁴.

A Defensoria Pública apenas se subordina ao comando constitucional de prestar assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados.

Essa desvinculação é fundamental, tendo em vista que, muitas vezes, o Poder Público figura no polo passivo de demandas e que a Defensoria Pública figura no polo ativo.

Assim, não há dúvidas de que a consagração da autonomia funcional da Defensoria Pública confere maior efetividade a essa instituição no exercício de seu mister constitucional: a assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados.

propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde ser inconstitucional a norma local que estabeleça a vinculação da Defensoria Pública à Secretaria de Estado. 2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal, pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. II. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC Est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do Relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 2. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3569/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2.4.2007, DJ 11.5.2007, p. 47, v.u.).

²⁶² Dispõe os artigos inconstitucionais da referida lei: “Art. 7º – *Integram a Administração Direta: VII – Defensoria Pública do Estado – DPE; (...) Art. 16 – O Poder Executivo, exercido pelo Governador do Estado, é auxiliado pelo Secretário Chefe da Casa Civil, Procurador Geral do Estado, Defensor Geral do Estado, Auditor Geral do Estado, Presidente da Comissão Central de Licitação, Corregedor Geral do Estado, Secretários de Estado, inclusive os Extraordinários e os cargos equivalentes. Parágrafo único – O Secretário Chefe da Casa Civil, o Procurador Geral do Estado, o Defensor Geral do Estado, o Corregedor Geral do Estado, o Auditor Geral do Estado, o Presidente da Comissão Central de Licitação, o Chefe da Assessoria de Comunicação Social, o Chefe da Assessoria de Programas Especiais, o Secretário Chefe do Gabinete Militar e os Secretários de Estado Extraordinários são do mesmo nível hierárquico e gozam das mesmas prerrogativas e vencimentos de Secretário de Estado; (...) Art. 17 – § 1º – Integram, ainda, a Governadoria, a Controladoria Geral do Estado, a Corregedoria Geral do Estado, a Comissão Central de Licitação e a Defensoria Pública do Estado”.*

²⁶³ Dispõe o artigo inconstitucional: “Art. 26. *Integram a Administração Direta do Poder Executivo do Estado os seguintes órgãos autônomos: I – subordinados diretamente ao Governador do Estado: (...) h) Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Parágrafo único. A Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar, a Polícia Civil e a Defensoria Pública subordinam-se ao Governador do Estado e integram, para fins operacionais, a Secretaria de Estado de Defesa Social”.*

²⁶⁴ Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/Relatório%20de%20Gestão%202007.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2008.

Há quem entenda que a autonomia funcional, além desse aspecto externo que se refere à própria instituição, também possui um aspecto interno. No aspecto interno, é a chamada independência funcional, prerrogativa própria de todos os membros da Defensoria Pública, que será abordada futuramente.

Preferimos tratar como institutos diversos, porque o titular da autonomia funcional é a instituição, enquanto o titular da independência funcional é o membro da instituição²⁶⁵.

3.2.3. Autonomia administrativa

A autonomia administrativa também está expressamente prevista na Constituição, no já transcrito § 2º do art. 134, inserido pela EC n. 45/2004. Dessa forma, ela também se refere expressamente às Defensorias Públicas estaduais. Todavia, da mesma forma, por meio da interpretação sistemática da CF, ela estende-se também à Defensoria Pública da União.

Essa alteração constitucional foi de suma importância para o fortalecimento da instituição da Defensoria Pública, que, agora, tem a capacidade de se autogerir. Isso significa que a administração superior da instituição pode, livremente, distribuir seus recursos humanos e seu orçamento como bem provier, sempre respeitando o comando constitucional de prestar, com excelência, assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados, sem a interferência de qualquer outro órgão.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “autonomia administrativa é a faculdade de gestão de negócios da entidade ou do órgão, segundo as normas legais que o regem, editadas pela entidade estatal competente”²⁶⁶.

Aproveitemos o momento para retomar um assunto tratado no capítulo anterior. Conforme analisado, o direito à assistência jurídica gratuita, e mais, prestada pela Defensoria Pública, é direito subjetivo, de sorte que é exigível por meio de decisão judicial. Entretanto é importante que esta não viole a autonomia da Defensoria Pública.

Assim, por exemplo, o Poder Judiciário não poderá determinar que a Defensoria Pública organize-se em determinada região. Nesse sentido, vejamos alguns julgados do

²⁶⁵ Nesse sentido, ensina Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar do tema em relação ao Ministério Público: “Não se confunde independência funcional (do órgão do Ministério Público em face de outros órgãos da mesma instituição) com autonomia funcional (do Ministério Público em face de outros órgãos do Estado” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 79).

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 104.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, os quais afirmam a autonomia administrativa da Defensoria Pública, sem a possibilidade de interferência do Poder Judiciário:

Apelação cível. Ação civil pública. Defensoria Pública. Assistência jurídica integral. Comarca de Viamão. (...) A Defensoria Pública é órgão essencial à função jurisdicional do Estado, possuindo autonomia administrativa e financeira, significando dizer que tem poderes para auto-organizar seus serviços, bem como capacidade para elaboração de orçamento próprio, com gestão e aplicação dos recursos que lhe são destinados. Assim, não é possível ao Poder Judiciário impor-lhe a maneira como deva agir na disponibilização de seu pessoal e na estruturação de seus serviços, face à existência do princípio da separação de poderes. Rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram provimento à apelação²⁶⁷.

Apelação cível. Reexame necessário. Ação civil pública. Acesso à justiça. Defensoria Pública. A Defensoria Pública possui autonomia administrativa e financeira, competindo a ela, de acordo com a conveniência e oportunidade, instalar nas comarcas a prestação do atendimento à população, não podendo o Poder Judiciário impor tal mister, sob pena de quebra da autonomia e independência dos Poderes. Apelação provida²⁶⁸.

O Poder Judiciário terá que garantir o direito à assistência jurídica sem que haja violação do princípio da autonomia. A nosso ver, uma das formas para garantir o direito à assistência judiciária é o ajuizamento de ação coletiva em face do Poder Executivo para exigir suplementos para a efetiva implementação da Defensoria Pública, com criação de cargos, aumento do orçamento etc. E, tendo em vista a autonomia administrativa, caberá à administração da Defensoria Pública, gerir esses suplementos.

Outra manifestação dessa autonomia administrativa é a possibilidade de a Defensoria Pública executar os honorários advocatícios, independentemente de possuir personalidade jurídica²⁶⁹.

²⁶⁷ TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação nº 70022299911, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 10.4.2008.

²⁶⁸ TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário nº 70020533543, rel. Des. Rogério Gesta Leal, j. 10.1.2008. “Agravado de instrumento. Ação civil pública. Pedido de instalação de Defensoria Pública na comarca. Poder discricionário da entidade que goza de autonomia funcional e administrativa. Inviabilidade de concessão de liminar, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Agravo de instrumento provido. (TJRS, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70019777630, rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, j. 21.5.2007).

²⁶⁹ A Defensoria Pública, bem como o Ministério Público, a despeito de não possuir personalidade jurídica, possui personalidade jurídica. Por essa razão, a Defensoria Pública possui legitimidade para executar honorários advocatícios: “Agravado de instrumento. Decisão que, em sede de execução de honorários advocatícios, rejeitou a objeção de pré-executividade. Alegação de falta de legitimação do CEJUR, que não teria personalidade jurídica para figurar no polo passivo e receber honorários de sucumbência. Autonomia administrativa. Art. 134, parágrafo 2º, c/c 99, parágrafo 2º, ambos da CF. Lei

Uma questão que se impõe é se essa autonomia administrativa apenas confere tal capacidade de se autogerir ou se confere também a capacidade de criar cargos, estabelecer a política remuneratória e o plano de carreira.

Para a autogestão do Ministério Público, a Constituição prevê expressamente a possibilidade de a instituição propor ao Poder Legislativo a criação ou extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como a política remuneratória (§ 2º do art. 127 da CF). A Defensoria Pública, porém, não conta com tal possibilidade expressa.

Entretanto, a despeito dessa ausência de previsão expressa, como a Defensoria Pública e o Ministério Público são instituições simétricas, a autonomia administrativa de que goza a aquela é equivalente a autonomia desta instituição²⁷⁰, já que não se justifica tratamento diferenciado. Assim, a autonomia administrativa tem a mesma abrangência nas duas instituições. Entendimento contrário vai de encontro ao espoco da Reforma do Poder Judiciário, implementada pela EC n. 45/2004, que foi buscar o aperfeiçoamento da instituição na busca de melhor atender à população carente.

Entretanto, lamentavelmente, não é a conclusão aqui exposta que parece prevalecer. Assim, existiria a ausência de capacidade de a Defensoria Pública de criar cargos, estabelecer a política remuneratória e o plano de carreira, dependendo, para tanto, da iniciativa do chefe do executivo estadual.

É certo que depender da iniciativa do governador do Estado é um grande óbice à estruturação adequada da Defensoria Pública, que não pode exercer sua autonomia funcional e administrativa de forma plena. Isso porque, na prática, acaba por existir uma subordinação indevida ao Poder Executivo, contrariando o dispositivo constitucional.

Vale destacar que algumas Defensorias Públicas estaduais, em razão da previsão expressa nas leis próprias, têm a possibilidade de propor diretamente ao Poder Legislativo a criação ou extinção de cargos de defensores públicos e servidores auxiliares, bem como seus vencimentos. É o caso das Defensorias Públicas do Estado do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e Roraima²⁷¹.

Estadual 1.146/87. Direito autônomo de executar verbas de sucumbência. Os representantes da defensoria pública têm legitimidade para executar os honorários de sucumbência devidos ao CEJUR. Precedentes. Recurso a que se nega seguimento” (TJRJ, 20ª Câmara Cível, Agravo de instrumento 2008.002.27035, rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. 16.9.2008).

²⁷⁰ Nesse sentido: PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 283; PEDROSO, Borges Stéfano. *Defensoria e a reforma*, cit.

²⁷¹ Fonte: II Diagnóstico na Defensoria Pública no Brasil.

3.2.4. Autonomia orçamentária ou autonomia financeira

A autonomia orçamentária ou autonomia financeira também está prevista no § 2º do art. 134 da EC n. 45/2004. A Defensoria Pública²⁷², a partir de 2005, passou a ter iniciativa de proposta orçamentária. O dispositivo constitucional afirma que esta deve ser elaborada dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinada ao disposto no art. 99, § 2º da CF, o qual prevê a forma pela qual deve ocorrer o encaminhamento da proposta orçamentária do Poder Judiciário, determinando ser atribuição, no âmbito estadual, dos presidentes dos Tribunais de Justiça²⁷³.

Então, pela referência, poder-se-ia concluir que a Defensoria Pública estadual deveria encaminhar sua proposta ao presidente do Tribunal de Justiça Estadual competente. Ocorre que tal conclusão mostra-se evidentemente equivocada. Isso porque a Defensoria Pública não é órgão pertencente ao Poder Judiciário. A intenção do legislador reformador foi, então, dar à iniciativa orçamentária da Defensoria Pública os mesmos contornos da iniciativa orçamentária do Poder Judiciário, de sorte que a iniciativa orçamentária deve ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo pelos dirigentes da instituição da Defensoria Pública²⁷⁴.

Aqui cabe uma pergunta: E na hipótese de a Defensoria Pública não encaminhar no prazo ou não seguir os limites impostos pela CF? Os parágrafos 3º e 4º do art. 99 respondem:

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo;

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes

²⁷² Como prevista no §2º, a autonomia orçamentária está prevista expressamente apenas para as Defensorias Públicas do Estado, mas em razão da interpretação sistemática, estende-se a autonomia também à Defensoria Pública da União.

²⁷³ Dispõe o §2º do art. 99: “O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I – no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais”.

²⁷⁴ PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 284; GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública, o Estado e a cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 124.

necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

É importante destacar a redação do art. 168 da CF, dada pela EC n. 45:

Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

Tendo em vista o tratamento isonômico destinado à Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública, no que concerne à autonomia orçamentária, fez-se necessária a inclusão desta como beneficiária dos duodécimos, ou seja, o repasse orçamentário mensal à Defensoria Pública de parcelas nunca deve ser inferior a 1/12 do total do orçamento previsto para o ano de exercício.

Segundo Viviane Ruffeil Teixeira Pereira: “A inovação consiste, portanto, em mais uma medida que visa assegurar o equilíbrio financeiro da instituição, para que esta possa melhor cumprir seu mister”²⁷⁵.

Pedro Lenza destaca as considerações do senador Bernardo Cabral, primeiro relator da Reforma, sobre o tema: “A negativa desse repasse configura descumprimento de ordem constitucional e, portanto, crime de responsabilidade, pela letra do art. 85 da Constituição Federal”²⁷⁶.

A despeito da previsão, conforme o II Diagnóstico da Defensoria Pública, realizado em 2005, apenas o Estado de Roraima realizava integralmente o repasse constitucional²⁷⁷.

Também é importante destacar as ressalvas feitas por Hugo Nigro Mazzilli, no sentido de que a autonomia administrativa e financeira não impede o controle do Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas e o controle do Poder Judiciário, em matéria jurisdicional (como na ação popular)²⁷⁸.

Aproveitamos a ocasião para informar a realidade orçamentária das Defensorias Públicas e compará-la à de outras instituições essenciais à justiça (tão essenciais quanto a Defensoria Pública).

²⁷⁵ PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 284.

²⁷⁶ LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 616.

²⁷⁷ O Diagnóstico informa que, nos Estados do Acre, Amazonas, Ceará, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Rondônia, Rio de Janeiro e Tocantins, o repasse é feito parcialmente. Na maioria das unidades federativas não há repasse dos duodécimos, havendo, assim, maior possibilidade de contingenciamento dos recursos destinados à Defensoria Pública.

²⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 80.

No total de gastos com essas outras instituições, a Defensoria Pública participa apenas com 3,3% dos gastos totais.

Para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o aporte orçamentário, no ano de 2007, foi de R\$ 401.878.553. Já para o Ministério Público foi de R\$ 1.215.491.821 (mais de três vezes o orçamento da Defensoria Pública); e para o Poder Judiciário, R\$ 4.948.819.486 (mais de 12 vezes o orçamento da Defensoria Pública)²⁷⁹.

É importante trazer à colação o estudo realizado pelo Diagnóstico, o qual informa o valor gasto na Defensoria Pública por cada indivíduo localizado no grupo do público-alvo (pessoas com rendimentos mensais inferiores a 3 salários mínimos) – em média, as unidades da Federação gastam com a Defensoria Pública, por ano, R\$ 5,97 por cada indivíduo que compõe o público-alvo da instituição²⁸⁰.

Vejamos alguns exemplos: no caso da Paraíba, em que se encontra a situação mais desproporcional: para cada R\$ 1,00 investido na Defensoria Pública paraibana, R\$ 117,70 são investidos no Ministério Público e R\$ 334,00 no Poder Judiciário. No Estado do Rio de Janeiro, a situação é mais equilibrada: para cada R\$ 1,00 investido na Defensoria Pública, R\$ 2,4 são investidos no Ministério Público e R\$ 12,6 no Poder Judiciário.

3.3. Princípios da Defensoria Pública

3.3.1. Unidade

O princípio da unidade significa que a Defensoria Pública deve ser considerada uma única instituição. As divisões existentes buscam apenas operacionalizar a função institucional da Defensoria Pública.

²⁷⁹ Dados do II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

²⁸⁰ A unidade da Federação que, proporcionalmente, menos gastou com a Defensoria Pública foi a do Rio Grande do Norte, que, em 2005, despendeu R\$ 0,06 por indivíduo que recebe até 3 salários mínimos. Registre-se que a União despendeu R\$ 0,11 por indivíduo situado na faixa de rendimentos apontada, mas há que se considerar que o cálculo leva em conta toda a população nacional, ressaltando-se que suas atribuições se circunscrevem ao âmbito da Justiça da União. Já a unidade que mais gasta com a Defensoria Pública é o Distrito Federal, que despende R\$ 22,34 por indivíduo situado naquela faixa de renda; seguido de Roraima, com R\$ 20,25; e Mato Grosso do Sul, com R\$ 16,88. Observe-se que, com exceção da União, as 4 unidades Federação que menos gastam com Defensoria Pública situam-se nas faixas de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) baixo ou médio baixo. Por seu turno, as 5 unidades que têm maiores despesas com a instituição situam-se nas faixas de IDH alto e médio alto. Persiste, portanto, a distorção já apontada no Diagnóstico anterior, que consiste no fato de que menores recursos são disponibilizados para os Estados com piores indicadores sociais. Quanto pior o IDH, menor o volume de recursos destinados para a assistência jurídica ao cidadão (II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil).

Esse princípio implica que os membros da carreira “integram um só órgão sob a direção de um só chefe”²⁸¹. No caso das Defensorias Públicas estaduais, esse chefe é o respectivo defensor público-geral e o da Defensoria Pública da União é o defensor público-geral da União.

É muito importante destacar que essa unidade administrativa existe apenas dentro de cada Defensoria Pública²⁸².

3.3.1.1. A questão da colidência

O princípio da unidade faz pensar acerca de uma questão intrigante. Trata-se da possibilidade ou não de a Defensoria Pública atuar em polos opostos em demandas; ou seja, podem o autor e o réu serem representados pela Defensoria Pública?

Entendemos que sim. O princípio da unidade não é atingido por essa situação, uma vez que o princípio, conforme já abordado no conceito, diz respeito a uma questão administrativa, e não processual.

Os membros da Defensoria Pública têm o dever de patrocinar da maneira mais adequada os interesses daqueles aos quais assistem. Trata-se de um dever funcional, sob pena de sanções administrativas.

O fato de os membros da Defensoria Pública manifestarem teses antagônicas não pode ser fundamento bastante para justificar a impossibilidade de atuação nos dois

²⁸¹ Definição dada por Hugo Nigro Mazzilli, quando trata do princípio da unidade para a instituição do Ministério Público (*Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 71).

²⁸² JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90. Em sentido contrário manifesta-se o STF: “Habeas corpus. *Apelação. Julgamento. Intimação pessoal da Defensoria Pública. Ato realizado na pessoa do Corregedor-Geral do órgão. Possibilidade. Princípios institucionais da unidade e indivisibilidade. LC 80/94. Ausência de violação às prerrogativas da Defensoria Pública. Precedentes. Nulidade. Incompetência do órgão julgador. Não ocorrência. Ordem denegada. 1. Houve a intimação pessoal do Corregedor-Geral da Defensoria Pública Estadual da data de julgamento dos apelos, sem que fosse feita a intimação do Defensor que efetivamente atuava no feito. 2. Nos termos da legislação de regência editada pela União (LC 80/94), são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Em face de tais determinações, a Defensoria Pública, seja estadual ou da União, não pode ser subdividida internamente em várias outras instituições autônomas e desvinculadas entre si, pois, tal como sói acontecer aos integrantes do Ministério Público, seus membros não se vinculam aos processos nos quais oficiam, podendo ser substituídos uns pelos outros. 3. Ainda que não tenha sido feita a intimação diretamente ao ilustre Defensor atuante no caso, mas ao próprio Corregedor-Geral da instituição, não há falar em nulidade, por ausência de intimação pessoal, porquanto devidamente respeitadas as prerrogativas inerentes à função exercida pelo impetrante. Precedentes do STJ (...) 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. *Ordem denegada*” (STJ, 5ª T., HC 88743/RO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.6.2008, *DJe* 30/06/2008, v.u.). Vale mencionar que essa posição é recorrente da doutrina acerca do princípio da unidade do Ministério Público: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 71; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 302; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 590; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 475.*

polos da ação. Isso porque os defensores públicos, quando atuam no processo, são parciais, de sorte que alegam as teses jurídicas mais favoráveis ao seu assistido. Não há nenhum prejuízo nessa situação.

Ademais, se isso impossibilitasse a atuação, também deveria impedir a atuação da Defensoria Pública em polos diferentes em uma mesma espécie de ação, mesmo que em processos diferentes. Explica-se: se fosse válido o argumento de que o mesmo órgão da Defensoria Pública não pode manifestar teses antagônicas sob pena de prejudicar o interesse da parte, a Defensoria Pública não poderia atuar, por exemplo, na defesa de exequente em pensão alimentícia nem, em outro processo, atuar em favor do executado. O que não se mostra razoável.

É importante destacar que o defensor público tem o dever funcional de tutelar, da melhor forma possível, os interesses daquele que defende, independentemente do fato de a parte contrária estar sendo patrocinada por um colega de profissão.

Sustentar a impossibilidade de atuação nesse caso viola o princípio da isonomia. Não se afigura correto conceder ao autor o serviço de assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública e ao réu conceder o serviço por outras formas apenas pelo fato de o autor ter sido o primeiro.

Ademais, no processo penal, por vezes, as defesas dos réus são colidentes, nesse caso é vedado que a defesa seja feita pelo mesmo defensor público²⁸³, sendo necessário nomear um defensor público para cada réu²⁸⁴.

Por fim, na hipótese de existência de tal impossibilidade, seria necessário sempre existir um meio de assistência jurídica alternativa e estatal, que não fosse prestado pela

²⁸³ “*Apelações criminais. Roubo qualificado tentado. Artigo 157, § 2º, do Código Penal. Condenação. Irresignação defensiva. Preliminar, de ofício. Colidência de defesas. Mesmo defensor nomeado para ambos os réus. Impossibilidade. Processo anulado. Na espécie, constata-se que há colidência nas declarações dos réus no que tange à narrativa dos fatos, bem como no que concerne à participação de cada um, inviabilizando que possa ser nomeado o mesmo defensor público para ambos. Apelações prejudicadas. Processo anulado*” (TJRS, 2ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 70020671947, rel. Lais Rogéria Alves Barbosa, j. 30.10.2008, DJ 21.1.2009).

²⁸⁴ Nesse sentido é a decisão que afirma a necessidade de nomeação de um defensor público para cada réu, em razão da existência de defesas colidentes: “*Hábeas corpus. Homicídio qualificado. Motivo torpe. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Crime hediondo. Lei nº 8.072/90. Prisão em flagrante. Precatória. Oitiva de testemunhas da denúncia. Defensoria pública. Colidência de defesas. Nulidade parcial do processo declarada. Culpa não atribuída à defesa. Constrangimento ilegal. Configurado o constrangimento ilegal, por excesso de prazo na instrução, sem culpa da defesa, em decorrência de declaração de nulidade parcial do processo, sendo determinada a renovação da oitiva de testemunhas da denúncia por carta precatória, com a observação de que os réus estão sendo defendidos por defensores públicos e que as defesas são colidentes. A liberdade deve ser concedida ao paciente, embora a gravidade do fato. Não pode a Lei dos Crimes Hediondos, insuscetível de fiança e liberdade provisória, impedir a referida liberdade ao réu, mediante compromisso, para perpetrar uma coação reconhecidamente ilegal. Concedida a ordem*” (TJRS, 1ª Câmara Criminal, HC nº 70006545644, rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, j. 25.6.2003).

Defensoria Pública. Hipótese que vai de encontro ao determinado pela CF, que previu apenas uma forma de prestação de assistência jurídica pelo Poder Público: a Defensoria Pública.

No entanto, tendo em vista que a Defensoria Pública possa atuar nos dois polos da demanda, é certo que o mesmo defensor público não poderá, em um determinado momento, atuar em favor de uma parte e, em um momento posterior, atuar em favor da parte contrária. O defensor público, certamente, estaria impedido de atuar no momento seguinte.

Por isso, para ser possível a atuação da Defensoria Pública nos dois polos da demanda, é fundamental a existência de atribuições fixas para cada defensor, bem como regras fixas de substituições dos defensores públicos em caso de férias, remoção, licença etc.

Vale destacar que a Defensoria Pública da Bahia tem previsão legislativa sobre a possibilidade de os membros da Defensoria Pública atuarem em polos distintos da demanda. Afirma o § 3º do art. 7º da Lei Complementar n. 26, que dispõe sobre a Defensoria Pública da Bahia: “Em caso de colidência de interesses entre necessitados, a Defensoria Pública atuará em favor de todos os interessados, através de Defensores Públicos distintos, quando o quadro de carreira assim o permitir”.

3.3.2. Indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade, muito relacionado com o princípio da unidade²⁸⁵, indica que os atos são exercidos pela Defensoria Pública, e não pela pessoa do defensor público. Dessa forma, existindo um membro da Defensoria Pública no desempenho de suas funções, esta se faz presente²⁸⁶, pois, por ser um todo orgânico, não se admite rupturas e fracionamentos²⁸⁷.

Isso implica dizer que é possível a substituição automática de um membro da Defensoria Pública por outro sem a necessidade de qualquer procedimento próprio. Destaque-se apenas que a forma dessa substituição deve ser previamente estabelecida,

²⁸⁵ “Indivisibilidade só se concebe quando haja unidade” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 72).

²⁸⁶ Luiz Alberto Davis Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior utilizam essa forma para explicar o princípio da indivisibilidade referente ao Ministério Público (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 303).

²⁸⁷ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria pública e o princípio da justiça social*, cit., p. 90.

evitando substituições arbitrárias por entes da Administração Superior²⁸⁸. A substituição deve ocorrer em caso de férias, licenças, afastamentos, impedimento, suspeição, colisão de interesses de partes assistidas pela Defensoria Pública etc.

Esse princípio é essencial para que não haja qualquer solução de continuidade na prestação de serviço pela Defensoria Pública²⁸⁹. Sendo assim, é essencial para a eficiência do serviço prestado²⁹⁰.

Ademais, tendo em vista a sistemática das Defensorias Públicas, aplicando o princípio da indivisibilidade, é perfeitamente possível que a petição inicial seja assinada por um defensor público e que a audiência de instrução e julgamento seja realizada por outro membro, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou judicial²⁹¹.

Vale comentar que na capital do Estado de São Paulo, por exemplo, existem unidades em que o defensor público acompanhará o processo oriundo da petição inicial por ele elaborada, independentemente da vara em que o processo foi distribuído. Em outras unidades, ao contrário, elaborada a petição inicial, esta será distribuída, podendo se tornar processo de uma vara que seja de competência de outro defensor público que não o que elaborou a petição inicial, pois as atribuições são estabelecidas em razão da vara, e não da petição inicial.

O princípio da indivisibilidade não pode aniquilar outro princípio da Defensoria Pública: a independência funcional. Sobre o tema, traz-se à colação o entendimento exposto por Silvio Roberto Mello Moraes: “Nada impede que um Defensor Público que

²⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 71.

²⁸⁹ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 34.

²⁹⁰ Nunca é demais lembrar que a administração pública deverá sempre observar o princípio da eficiência. Afirma o *caput* do art. 37 da CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

²⁹¹ Sobre o tema já decidiu o STJ: “Processual penal. Habeas corpus. Defensor público nomeado. Intimação pessoal. Apelação. Substituição por outro defensor. Falta de intimação suprida. Princípio da indivisibilidade. – O art. 44, da Lei Complementar nº 80/94, ao prescrever que as intimações e notificações são feitas nas pessoas do defensor público, nomeado pelo juiz para defender os interesses do incapaz, do réu preso ou revel e do ausente, encerra um comando imperativo, que há de ser concebido no sentido de que tais comunicações processuais devem ser efetuadas pessoalmente, por mandado, a cargo de Oficial de Justiça. – Aos representantes da Defensoria Pública aplica-se o princípio da indivisibilidade, o que autoriza os seus membros livremente substituir uns aos outros na atuação em determinado processo. – Firmada a livre substituição de um representante da Defensoria Pública por outro, válido será o julgamento em que presente esteve um Defensor, ainda que diverso do signatário. – Habeas corpus denegado” (STJ, 6ª T., HC 10926/RJ, rel. Vicente Leal, j. 14.3.2000, DJ 3.4.2000, p. 170, v.u.).

venha a substituir o outro tenha entendimento diverso sobre determinada questão e, portanto, adote procedimento diferente daquele iniciado pelo substituído”²⁹².

Da mesma forma que o princípio da unidade, o princípio da indivisibilidade restringe-se a cada uma das Defensorias Públicas. Assim, não será possível a substituição de um defensor público pertencente à Defensoria Pública do Estado de São Paulo por um defensor público do Estado de Minas Gerais ou por um defensor público da União, ainda que atue na mesma comarca daquele²⁹³. Nesse caso se faz necessário realizar uma substituição processual formal.

Sobre o tema, Paulo Galliez entende que o princípio da indivisibilidade da Defensoria Pública também pretende afastar profissionais estranhos que exercem o serviço próprio da Defensoria Pública²⁹⁴.

3.3.3. Independência funcional

A independência funcional, embora prevista no art. 3º da Lei Complementar n. 80²⁹⁵ como um princípio da instituição da Defensoria Pública, a nosso ver, trata-se, na verdade, de uma garantia do defensor público, portanto, o tema da independência funcional será tratado no item acerca das garantias dos defensores públicos.

3.3.4. Defensor natural

Questiona-se acerca da existência do princípio do defensor natural.

Para estudar o tema, faz-se necessário, inicialmente, visitar o princípio do juiz natural. Segundo esse princípio, previsto na CF, o juiz destinado a julgar uma causa deve ser escolhido segundo critérios prévios e aleatórios, que são as regras de competência. Esse princípio impede, portanto, que um juiz seja escolhido para julgar uma determinada causa de forma aleatória. Assim, somente pode haver julgamento válido pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF).

²⁹² MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

²⁹³ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*, cit., p. 90. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 317, nota 177.

²⁹⁴ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 37.

²⁹⁵ Vale observar que a independência funcional dos membros da Defensoria Pública apenas possui previsão infraconstitucional, ao contrário dos membros do Ministério Público, em que a garantia da independência funcional é garantia constitucional, prevista no art. 127, § 1º, da CF.

Pode-se dizer que o princípio do juiz natural reclama três requisitos: a) somente é juiz aquele que integra o Poder Judiciário, de tal sorte que não existe juiz *ad hoc* para um determinado caso; b) necessidade de regras preestabelecidas e aleatórias, ou seja, regras que vêm preceder o processo para evitar manipulação; e c) estrita observância dessas regras, sem a possibilidade de se impor exceção²⁹⁶.

Ademais, a CF também é expressa ao vedar a existência de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Segundo Nelson Nery Junior, tribunal de exceção é:

Aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do Tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado “*ex post facto*”, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual²⁹⁷.

Esse princípio é essencial para garantir a imparcialidade daquele que julga.

Com base no inc. LIII do art. 5º da CF, que dispõe: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, alguns doutrinadores, além de extrair o princípio do juiz natural, extraem o princípio do promotor natural.

Nesse sentido, o mesmo Nelson Nery Junior afirma:

Extrai-se da locução “processar”, que vem no art. 5º, n. LIII, da CF, o sentido de que é atribuição que se confere ao Ministério Público para mover a ação judicial. Pois somente ele pode “processar” alguém; não mais o juiz, a quem se aplica o vocábulo “sentenciar” constante da mesma norma constitucional em exame²⁹⁸.

Segundo o autor, o princípio do promotor natural surgiu, inicialmente, em posições doutrinárias que visavam mitigar o poder de designação do procurador-geral de justiça, evoluindo para impor a necessidade de existir cargos específicos com atribuições próprias. Por essa razão, ele sustenta que o princípio do promotor natural também se consagra quando a CF prevê como garantia ao membro do Ministério Público a inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “b”, da CF)²⁹⁹.

²⁹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 117. Os autores ainda destacam: “A garantia constitucional tem dois destinatários: o cidadão, que deve submeter-se ao juízo aleatório do Estado, sem procurar romper a regra de livre distribuição, e o Estado, que não pode definir o juiz para determinado cidadão ou caso” (Idem, p. 117).

²⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 65-66.

²⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 90.

²⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 88-90.

Também nesse sentido, assim dispõe Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Esse princípio não está expresso no texto constitucional, mas é uma decorrência da conjunção do princípio da independência funcional com a garantia da inamovibilidade, pois, se o membro do Ministério Público é independente funcionalmente e inamovível, é inadmissível que suas atribuições sejam usurpadas e entregues a outro membro predeterminado³⁰⁰.

O promotor natural, assim como o juiz natural, exige 4 requisitos: a) a investidura no cargo de promotor natural; b) a existência de órgão de execução; c) a lotação por titularidade e inamovibilidade do promotor de justiça no órgão de execução, exceto as hipóteses legais de substituição e remoção; d) a definição em lei das atribuições do órgão³⁰¹.

O princípio do promotor natural foi reconhecido pelo STF³⁰². Entretanto, posteriormente, a posição do Tribunal Superior foi revista, afastando a existência do referido princípio³⁰³.

³⁰⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 305.

³⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 92.

³⁰² “Habeas corpus” – Ministério Público – sua destinação constitucional – Princípios institucionais – a questão do promotor natural em face da constituição de 1988 – Alegado excesso no exercício do poder de denunciar – Inocorrência – Constrangimento injusto não caracterizado – Pedido indeferido. – O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros Celso de Mello (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da “interpositio legislatoris” para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). – Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). – Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri Da Silveira e Moreira Alves” (STF, Tribunal Pleno, HC 67759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.8.1992, DJ 1.7.1993, p. 13142, por maioria).

³⁰³ “Direito processual penal. Habeas corpus. Princípio do promotor natural. Inexistência (precedentes). Ação penal originária no STJ. Inquérito judicial do TRF. Denegação. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que recebeu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 333, do Código Penal. 2. Tese de nulidade do procedimento que tramitou perante o TRF da 3ª Região sob o fundamento da violação do princípio do promotor natural, o que representaria. 3. O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993): “Posição dos Ministros Celso de Mello

Quanto ao princípio do defensor natural, afirmamos sua existência, porém faz-se necessário abordar algumas especificidades.

A primeira importante diferenciação é que, ao contrário do Ministério Público e da Magistratura, que possuem legitimidade exclusiva para ajuizar ação penal pública e para julgar, respectivamente, a Defensoria Pública, conforme já visto, não possui monopólio na tutela dos necessitados. Todavia é a única instituição estatal, conforme a Constituição, incumbida da defesa dos hipossuficientes.

Caracterizada a hipossuficiência, há o direito de ser representado em juízo por um defensor público. Não significa que o necessitado não possa optar por um advogado particular, que exerça o serviço *pro bono*, ou, ainda, por outra instituição que preste assistência aos necessitados, como escritórios modelos de faculdade, uma vez que não há exclusividade da Defensoria Pública na prestação de assistência jurídica gratuita.

Entretanto, da mesma forma que o princípio do juiz natural impede que a parte escolha qual juiz irá julgar sua causa, o princípio do defensor natural implica a vedação de a parte escolher o defensor público que irá defender seus interesses. Ao assistido não é concedida a assistência por determinado defensor público, mas sim pela Defensoria Pública. Aliás, vale lembrar que a instituição da Defensoria Pública tem, entre seus princípios basilares, o princípio da indivisibilidade³⁰⁴.

(Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). – Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sidney Sanches). – Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri Da Silveira e Moreira Alves". 4. Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC nº 84.468/ES (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Ainda que não fosse por tal fundamento, todo procedimento, desde a sua origem até a instauração da ação penal perante o Superior Tribunal de Justiça, ocorreu de forma transparente e com integral observância dos critérios previamente impostos de distribuição de processos na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, não havendo qualquer tipo de manipulação ou burla na distribuição processual de modo a que se conduzisse, propositadamente, a este ou àquele membro do Ministério Público o feito em questão, em flagrante e inaceitável desrespeito ao princípio do devido processo legal. 6. Deixou-se de adotar o critério numérico (referente aos finais dos algarismos lançados segundo a ordem de entrada dos feitos na Procuradoria Regional) para se considerar a ordem de entrada das representações junto ao Núcleo do Órgão Especial (NOE) em correspondência à ordem de ingresso dos Procuradores no referido Núcleo. 7. Na estreita via do habeas corpus, os impetrantes não conseguiram demonstrar a existência de qualquer vício ou mácula na atribuição do procedimento inquisitorial que tramitou perante o TRF da 3ª Região às Procuradorias Regionais da República. 8. Não houve, portanto, designação casuística, ou criação de "acusador de exceção". 9. "Habeas corpus denegado" (STF, 2ª T., HC 90277/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17.6.2008, DJe 31.7.2008, v.u.).

³⁰⁴ DEVISATE, Rogério dos Reis. Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 15, nº 19, p. 373, abril de 2004.

Ademais, como o Ministério Público e a Magistratura, os membros da Defensoria Pública possuem a prerrogativa da inamovibilidade³⁰⁵.

Sobre a impossibilidade de escolha, Cleber Francisco Alves traz importantes considerações:

A modalidade ordinária de designação de profissional jurídico, no caso, o Defensor Público, a ser encarregado de prestar assistência jurídica tem sido objeto de críticas em razão do fato de que não permite a livre escolha do advogado pela parte, comprometendo o estabelecimento do vínculo de confiança considerado fundamental importância na relação entre o advogado e o cliente. Essa crítica está marcada por uma perspectiva tipicamente liberal, tendo como pressuposto o entendimento de que deve ser prestigiado de modo quase absoluto o livre-arbítrio e a autonomia do indivíduo, reconhecendo-lhe capacidade para escolher o melhor para si. Há uma presunção de que, o simples fato de deixar ao arbítrio do indivíduo a prerrogativa da escolha do seu advogado, fatalmente se alcançará o maior bem. Isto, no nosso entender, não é totalmente verdadeiro. Mesmo porque a grande maioria dos destinatários da assistência jurídica e judiciária prestada pelo Estado não possui as mínimas condições fáticas para exercer de modo efetivo a liberdade de escolha do melhor profissional capaz de lhes prestar os serviços jurídicos necessários. Por isso lhes é quase que indiferente se terão um advogado de sua livre escolha, ou se terão um advogado previamente assinalado, em função de critérios objetivos da divisão funcional adotada pela Defensoria Pública. O mais importante é a qualidade do serviço a ser prestado. É certo que não se pode negar uma visão paternalista nesta última perspectiva, que se apresenta como alternativa à perspectiva de cunho liberal. Mas o fato é que certamente essa opção do ordenamento jurídico brasileiro pelo modelo de “advogados” públicos, sem admitir a possibilidade de livre escolha pelo destinatário do serviço, não foi feita tanto com amparo em perspectivas ideológicas, mas sobretudo em perspectivas pragmáticas, de busca de melhores resultados em termos de “custo-benefício” e de otimização na prestação do serviço, e também em razão de uma realidade que já possuía raízes históricas consolidadas na realidade brasileira. Além do mais, essa é a regra geral inerente à lógica do serviço público em âmbito mundial: por exemplo, se o cidadão procura um hospital público não tem a faculdade de escolher livremente o médico que lhe prestará assistência³⁰⁶.

A Resolução n. 9 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, de 6 de julho de 2005, em seu parágrafo único do art. 1º, conceitua defensor natural: “Por

³⁰⁵ Esta prerrogativa será tratada no item 3.8.2.1.

³⁰⁶ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 292-293.

defensor natural tem-se o membro da Defensoria Pública da União titular do órgão de atuação com atribuições para officiar no processo, judicial ou administrativo, previamente estabelecidas e mediante livre e equitativa distribuição”.

No processo penal, o princípio do defensor natural se manifesta de forma mais ampla: ninguém poderá ser processado e condenado senão com a participação de um profissional de defesa e, não tendo condições para pagar um advogado particular, deverá ser nomeado um defensor público.

Há quem sustente que a alteração do art. 306 do CPP, que impôs a obrigatoriedade de encaminhar à Defensoria Pública, no prazo de 24 horas, cópia da prisão em flagrante nos casos em que a pessoa não indica advogado, foi uma consagração do princípio do defensor natural, pois possibilitou a atuação do defensor público na fase persecutória pré-processual³⁰⁷.

Outro reflexo da existência do princípio do defensor natural é a impossibilidade de nomeação, pelo juiz, de advogado dativo, quando existe Defensor Público atuante no juízo³⁰⁸. Tal nomeação só poderá ocorrer na hipótese de impossibilidade de atuação da Defensoria Pública. O que se vincula é o órgão da Defensoria Pública, independentemente de quem, no momento, esteja exercendo a função.

Vale destacar que a existência do princípio do defensor natural não faz com que o defensor público fique vinculado ao processo ao qual deu origem. Tudo depende da distribuição das atribuições em cada órgão da Defensoria Pública.

3.4. Atividades Típicas e Atividades Atípicas da Defensoria Pública

³⁰⁷ Nesse sentido: SANTIAGO, Nestor Araruna. *O novo artigo 306 do CPP e o Princípio do Defensor Natural*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=2892>. Acesso em: 4 mar. 2009.

³⁰⁸ Nesse sentido: SANTOS, Enedir. *Pode o juiz nomear advogado dativo para funcionar em procedimento criminal quando existe defensor público lotado ou designado no órgão de atuação?* Disponível em: http://www.jurisnet.adv.br/secoes/artigos/dativo_enedir.htm. Acesso em: 4 mar. 2009. Há um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que parece entender pela possibilidade de nomeação de advogado dativo ainda quando presente a Defensoria Pública, porém indica a impossibilidade de pagamento ao Estado desse serviço: “*Advogado dativo. Honorários. Imputação ao Estado do Respectivo Pagamento. Existência de Defensoria Pública. Ônus Indevido. O Estado do Rio de Janeiro possui uma das melhores Defensorias Públicas do país, atuando eficientemente em toda extensão do território estadual. Nessas circunstâncias, embora o magistrado possa eventualmente nomear advogado dativo para a causa, não se pode imputar ao Estado o pagamento dos respectivos honorários. Do contrário, onerar-se-á desnecessária e indevidamente o Erário estadual, porque implicará nova remuneração por um serviço já prestado pelo Estado (assistência jurídica gratuita). É o que se infere das normas contidas no § 1º do artigo 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94) e no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República. Provimento do recurso*” (TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação n. 2009.001.04257, rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, j. 17. 2.2009).

Para tratar desse tema, é imprescindível entender a assistência jurídica, bem como a instituição da Defensoria Pública dentro de um contexto histórico. Assim, como bem assevera José Augusto Garcia:

Não faz nenhum sentido, assim, que muitos insistam em confinar a Defensoria dentro de um círculo anacrônico e inflexível de atribuições, carregado de individualismo. Ora, tem sido concedido às demais instituições jurídicas, sobretudo à Magistratura e ao Ministério Público, repensar os seus respectivos papéis sociais, bem como as técnicas jurídicas que lhe são inerentes. Por que não poderia, logo a Defensoria Pública, proceder à idêntica reflexão?³⁰⁹.

Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva foram os primeiros a classificar as atividades da Defensoria Pública em típicas e atípicas. Para os autores, as atividades típicas são aquelas relacionadas ao estado de hipossuficiência econômica e as atividades atípicas são as relacionadas com o juridicamente necessitado, como é o caso da defesa do réu no processo criminal e da curadoria especial no cível³¹⁰.

Silvio Roberto Mello Moraes compartilha dessa classificação e afirma:

Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses dos hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da instituição³¹¹.

Assim, nas funções atípicas, o destinatário do serviço pode até ser hipossuficiente econômico, mas não é requisito para a atuação da Defensoria Pública³¹². A atuação da Defensoria Pública nas atividades atípicas tem como fundamento as demais hipossuficiências, como a jurídica, a organizacional etc.³¹³

Brenno Mascarenhas destaca outra classificação: Defensorias tradicionais e não tradicionais. As tradicionais são aquelas relacionadas diretamente a órgãos jurisdicionais, incluindo as atuações de curadoria especial e núcleos não especializados,

³⁰⁹ GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 16, n. 19, p. 217, abril de 2004.

³¹⁰ MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1994, p. 156 apud GARCIA, José Augusto. *Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado*, cit., p. 220.

³¹¹ MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 24.

³¹² GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado, cit., p. 241.

³¹³ BRITTO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

como os núcleos de primeiro atendimento. Enquanto as não tradicionais são todas aquelas que não são tradicionais, como os núcleos especializados³¹⁴.

Há quem sustente que as Defensorias Públicas tradicionais visam a assegurar direitos de primeira geração, já as não tradicionais visam a assegurar direitos de segunda, terceira e quarta geração³¹⁵. Ademais, a Defensoria Pública “não tradicional”, ao contrário da tradicional, que tem o papel passivo de resolver conflitos (seja judicial ou extrajudicialmente), deve ter uma postura pró-ativa, promovendo educação de direitos.

3.5. Funções Institucionais da Defensoria Pública

As funções institucionais da Defensoria Pública estão previstas no art. 4º da Lei Complementar n. 80/94. Vale destacar o disposto no § 2º: “As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público”. Essa ressalva é de suma importância, tendo em vista que o defensor público integrante, por exemplo, da Defensoria Pública de determinado Estado, e por ele remunerado, poderá ajuizar ação em face desse ente sem qualquer impedimento. O mesmo se diz no caso da Defensoria Pública da União, em que é perfeitamente possível o ajuizamento de ação em face da União. Contudo, isso não se aplica à disposição do art. 30 do Estatuto da Advocacia e da OAB, que destaca: “São impedidos de exercer a advocacia: I – os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

Vejamos cada uma das funções.

3.5.1. Promoção da conciliação das partes

O inc. I do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94 é taxativo ao declarar ser função institucional promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes.

Note-se que, preferencialmente, a composição do conflito, por expressa previsão legal, deve ocorrer extrajudicialmente, e não judicialmente.

³¹⁴ MASCARENHAS, Brenno. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Diagnóstico de uma transformação. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 6, n. 7, p. 69-70, jul. 1995.

³¹⁵ OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. A Defensoria Pública como garantia de acesso à justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 6, n. 7, p. 317-318, 1995.

Trata-se de uma questão de suma importância que diferencia, de modo absoluto, a instituição da Defensoria Pública de outras formas de prestação de assistência jurídica aos necessitados.

O texto legal está em perfeita harmonia com o diploma constitucional que prevê a assistência jurídica integral e não mais a restrita assistência judiciária, conforme já analisado. Há também perfeita harmonia com o preâmbulo da CF, cuja redação destaca o comprometimento do Estado Democrático com a “solução pacífica das controvérsias”.

Essa função é considerada uma função típica, já que tem como destinatário somente pessoas carentes. Entendemos, entretanto, que há a possibilidade de promover a composição extrajudicial ainda que uma das partes não seja hipossuficiente econômica, uma vez que impedir essa composição apenas postergará o conflito, prejudicando a parte hipossuficiente, destinatária da assistência jurídica.

As formas de composição extrajudicial e a Defensoria Pública serão analisadas em capítulo próprio.

3.5.2. Patrocinar ações e defesas

Os incs. II a V e VII do art. 4º da EC 80/94 preveem as funções institucionais judiciais da Defensoria Pública. Afirmam os dispositivos ser função institucional: II – “patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; III – patrocinar ação civil; IV – patrocinar defesa em ação penal; V – patrocinar defesa em ação civil e reconvir; (...) VII – exercer a defesa da criança e do adolescente”.

O dispositivo é bastante amplo, indicando que a Defensoria Pública poderá atuar em todas as ações e de todas as formas admitidas em direito.

Essas funções são consideradas típicas, já que dependem do pressuposto da hipossuficiência econômica.

3.5.3. Curadoria especial

Trata-se de outra atuação judicial da Defensoria Pública, prevista no inc. VI do art. 4º da EC 80/94: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VI – atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei”.

A curadoria especial, no processo civil, está prevista no art. 9º do CPC, que assim dispõe:

O juiz dará curador especial: I – ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

O objetivo da curadoria especial é:

Estabelecer (na verdade, restabelecer ou proporcionar) um equilíbrio no processo, pela circunstância de que, uma das partes que litiga ou contra que, se litiga, não estar, de fato, normalmente equilibrada, em relação à outra (...) Segue-se disto que não se trata, propriamente, de aparente vantagem, senão que, de fazer funcionar a figura do curador especial, de que trata este art. 9º, em situações que, em si mesmas, já se encontravam previamente desequilibradas. Esse critério, que é comparativo, tem em vista a situação de uma parte que, considerada em relação à outra (quando esta tiver capacidade “plena”), deve ser havida como apequenada, na sua capacidade de agir³¹⁶.

A curadoria especial é uma manifestação do contraditório efetivo e real no processo civil³¹⁷. Há quem sustente que as hipóteses de curadoria podem ser divididas na hipótese relacionada ao direito material (inc. I) ou decorrer estritamente do processo (inc. II)³¹⁸.

No caso da hipótese descrita no inc. I, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por entender tratar-se de uma curadoria de natureza material, e não processual, entende que, para a atuação nesse caso, é imprescindível avaliar a situação econômico-financeira da parte³¹⁹. Somente no caso da curadoria processual é dispensada a avaliação econômico-financeira³²⁰.

Entendemos, entretanto, já que a Lei não realiza qualquer distinção, que a Defensoria Pública deve atuar em ambas as situações, independentemente, nos dois casos, da condição econômica, caracterizando, portanto, uma atuação atípica. O que se tem presente é a hipossuficiência jurídica³²¹.

³¹⁶ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, vol. 2: arts. 7º ao 45. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 222.

³¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 189.

³¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.

³¹⁹ Dispõe o § 2º do art. 5º da citada Deliberação n. 89: “O caput deste artigo não se aplica na hipótese de curadoria de natureza material, devendo o Defensor Público proceder à análise da situação econômico-financeira”.

³²⁰ “O exercício da curadoria especial processual não depende de considerações prévias sobre a situação econômico-financeira do interessado” (caput do art. 5º da Deliberação n. 89).

³²¹ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 322.

Tal entendimento se justifica, pois, mesmo se o incapaz tiver condição de arcar com o custo de profissional para atuar em seu favor, não terá condições de efetivar tal contratação por não ter representante legal para tanto ou, se tiver, por ter o representante legal interesses conflitantes; sendo este quem contrata e paga os serviços do advogado para atuar como curador especial, por certo, o profissional não atuará com a neutralidade necessária para a defesa eficiente do incapaz no processo contra interesse daquele que o contratou. Por essa razão, dada a hipossuficiência jurídica do incapaz, faz-se necessária a atuação da Defensoria Pública como curador especial³²².

Entretanto, questiona-se a possibilidade do adiantamento dos honorários do curador especial por parte do autor.

A Tese Institucional da Defensoria Pública do Estado de São Paulo n. 7 afirma que:

A atuação do defensor público como curador especial autoriza o arbitramento de verba honorária a ser adiantada pelo autor em favor do FUNDEPE, uma vez que está inserida no conceito de despesas processuais e não se confunde com assistência judiciária³²³.

Em um julgado recente do STJ, entendeu-se devido o adiantamento, com base no art. 19, § 2º do CPC³²⁴. Vejamos a ementa do julgado:

Direito civil. Processual civil. Recurso especial. Locação. Réu revel. Defensor público. Curador especial. Nomeação *ex officio*. Honorários advocatícios. Adiantamento pela parte autora. Possibilidade. Art. 19, § 2º, do CPC. Recurso especial conhecido e provido. 1. É possível a nomeação de Defensor Público como Curador Especial, sem que tal fato lhe retire o direito ao recebimento de honorários advocatícios – tendo em vista que o múnus público do curador não se confunde com

³²² “Agravado de instrumento. Ação de prestação de contas. Legitimidade ativa do curador provisório. Inocorrência. Ausência de interesse. Desempenhando, na época, a função de curador provisório, o agravante deveria figurar na lide apenas como representante do interditado, jamais como parte, pois o instituto da substituição só tem lugar mediante expressa previsão legal (artigo 6º, do CPC), não sendo este o caso dos autos. Curadoria especial. Colisão de interesses. Incidência do art. 9º, inciso I, do CPC. Nomeação de defensor público. Possibilidade. Função institucional. Havendo manifesto conflito entre representante e representado, mostra-se correta a nomeação de Defensor Público para a função de curador especial conforme art. 9º, I, do CPC, pois em atenção aos interesses do curatelado. Agravo desprovido” (TJRS, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70009419623, rel. Walda Maria Melo Pierro, j. 2.3.2005, DJ 8.3.2005).

³²³ Tese institucional aprovada no II Encontro dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo, realizado nos dias 28, 29 e 30 de novembro de 2008, realizado no Centro de Convenções do Memorial da América Latina – São Paulo, SP, publicada no DOE, Poder Executivo, Seção I, 15/1/2009, p. 38.

³²⁴ Afirma o dispositivo: “Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. (...) § 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

assistência judiciária –, que deverão ser adiantados pela parte autora, que, por sua vez, caso vença a demanda, poderá cobrá-los dos réus. Inteligência do art. 9, II, c/c 19, § 2º, do CPC. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido³²⁵.

Em sentido contrário, alguns julgados dos Tribunais de Justiça³²⁶.

A questão também é controvertida se a parte autora tem ou não o dever de pagar a curadoria especial independentemente da sucumbência³²⁷.

³²⁵ STJ, 5ª T., REsp 957422/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 471, v.u. No mesmo sentido: “Processo civil. Honorários do curador à lide. Antecipação. Os honorários do curador à lide seguem o regime dos honorários do perito; o autor antecipa-os, e cobra do réu, posteriormente, se procedente a ação. Recurso especial conhecido, mas não provido” (STJ, 3ª T, REsp 142624/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.4.2001, DJ 4.6.2001, p. 167, v.u.). Também alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Agravo de instrumento. Defensor público nomeado curador especial. Fixação de honorários antecipados. Possibilidade. Embora uma das funções da Defensoria Pública seja atuar como curador especial nos casos previstos em lei, deve ser assegurado o direito de ter os honorários antecipados pela parte contrária, até porque, o valor é depositado em conta a favor do FADEP. Recurso provido” (TJRS, 16ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70011941184, Tribunal de Justiça do RS, rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 8.6.2005). “Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Réu revel citado por edital. Nomeação de curador especial. Honorários advocatícios. Depósito antecipado. Art. 19 do CPC. Segundo o disposto no parágrafo segundo do art. 19 do CPC, cabe ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício, especialmente porque, no caso, é do interesse do demandante o andamento normal do feito. É irrelevante o fato de o curador especial ser Defensor Público, pois tal circunstância não pode ser motivo para tratamento processual diverso daquele que seria dispensado a um advogado da comarca sem vínculo com o Estado, mesmo porque o valor é depositado em conta a favor do FADEP. Ademais, o autor é pessoa jurídica com capacidade econômica para arcar com as despesas do processo. Agravo provido de plano” (TJRS, 16ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70010471613, rel. Ana Beatriz Iser, j. 6.12.2004). Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Execução. Título extrajudicial. Citação da ré por edital. Curador Especial. Defensor Público. Adiantamento dos honorários. Possibilidade. Exegese do artigo 19, § 2º do CPC. Recurso provido. É possível a nomeação de Defensor Público como Curador Especial, sem que tal fato lhe retire o direito ao recebimento de honorários advocatícios, tendo em vista que o múnus público do curador não se confunde com assistência judiciária –, que deverão ser adiantados pela parte autora, que, por sua vez, caso vença a demanda, poderá cobrá-los dos réus. Inteligência do art 9.º, 11, c/c 19. § 2o, do CPC” (TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento, nº 7291758300, rel. Gilberto dos Santos, j. 13.11.2008).

³²⁶ “Agravo de instrumento. Curador Especial. Nomeação de Defensor Público. Verba honorária.. Agravante que postula sua fixação, assim como o adiantamento pela parte autora. Impossibilidade. Verba honorária que não se enquadra no conceito de despesas previsto no artigo 19, § 2º do CPC. Verba que comporta fixação apenas por ocasião do julgamento da lide. Recurso improvido” (TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, Agravo de instrumento nº 1199556002, rel. Des. Ruy Coppola, j. 25.9.2008). “Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Cobrança. Curador especial. Defensor público. Honorários. Determinação de adiantamento. Descabimento. Descabe o adiantamento de honorários pelo autor quando o curador especial nomeado é do quadro da Defensoria Pública. Atuação que não segue o regime geral dos atos do art. 19 do CPC. Faz parte de suas funções institucionais a curadoria especial nos casos previstos em lei. Recurso provido” (TJRS, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70023161508, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 20.2.2008).

³²⁷ Entendendo que não há o dever quando a parte autora sair vencedora: “Apelação cível. Guarda de menor. Curador especial. Defensoria Pública. Honorários advocatícios. Inteligência do artigo 4º, inciso VI, da LC 80/94. A curadoria especial faz parte das funções institucionais da Defensoria Pública. Portanto, se a parte autora não restou sucumbente, não há falar em honorários advocatícios a serem depositados em favor do FADEP. Negaram provimento ao recurso” (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 70022469290, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 14.8.2008). Entendendo, em sentido contrário, ser devido os honorários para a parte autora independentemente da sucumbência: “Apelação. Guarda de menor. Prazo para recorrer. Gratuidade judiciária. Honorários ao curador especial. Citação. Defensoria Pública (...) Os honorários da Curadoria Especial, exercida pela Defensoria Pública, são

Entendemos que, se a parte não tem para si a gratuidade da justiça, sempre será devido o adiantamento, nos termos do art. 19 do CPC.

É muito importante destacar que, nessa hipótese, o fato de a curadoria especial ser exercida pela Defensoria Pública não impõe necessariamente o direito à gratuidade da justiça, uma vez que não há uma presunção de necessidade econômica daquele que é assistido pela curadoria especial³²⁸.

Assim, na hipótese de haver a curadoria especial para quem não é carente econômico, deve ocorrer a oportuna cobrança de honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública³²⁹.

Vale consignar que, enquanto atuar como curadora especial, a Defensoria Pública será isenta do pagamento de qualquer valor, por exemplo, o preparo³³⁰ ou a condenação em honorários advocatícios da parte contrária³³¹.

devidos independentemente da sucumbência da parte autora. Deram parcial provimento” (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 70021658489, rel. Des. Rui Portanova, j. 13.12.2007).

³²⁸ Nesse sentido: “*Civil. Assistência judiciária gratuita. Presunção. Afastada. Defensoria Pública. Curadora especial. I. Para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita basta a afirmação da parte que não tem condições de arcar com as custas e demais despesas processuais. II. A necessidade de litigar sob o pálio da justiça gratuita não se presume quando a Defensoria Pública atua como mera curadora especial, face à revelia do devedor. III. Agravo regimental desprovido*” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 846478/MS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28.11.2006, DJ 26.2.2007, p. 608, v.u.). “*Recurso especial. Descaracterização do contrato de arrendamento mercantil pelo pagamento antecipado do VRG. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Insubsistência. Súmula 293/STJ. Violação de dispositivos constitucionais e estaduais. Via imprópria. Assistência judiciária gratuita. Presunção afastada. Defensoria Pública. Curadora especial. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, improvido (...) 5. Equivoca-se, porém, a recorrente ao sustentar a impossibilidade de ser condenada nas custas e honorários, pela circunstância de estar sendo defendida pela Curadoria Especial, pois, na hipótese de citação ficta, não cabe presumir a hipossuficiência da parte. 6. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, improvido*” (STJ, 4ª T., REsp 905313/MG, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 215, v.u.). Em sentido oposto: “*Apelação cível. Condomínio. Ação de cobrança. Assistência judiciária gratuita. Citação por edital. Curadoria especial. Defensoria pública. Tratando-se de citação editalícia, com nomeação de curadoria especial, exercida pela Defensoria Pública, é de se presumir a necessidade ao benefício da assistência judiciária gratuita pela parte ré. Mormente no caso dos autos, em que nada há a conferir alguma certeza quanto à capacidade financeira dos demandados, os quais encontram-se, inclusive, inadimplentes com as cotas condominiais, indício forte de necessidade. Negaram provimento ao recurso de apelação*” (TJRS, 18ª Câmara Cível, Apelação nº 70014063077, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 30.3.2006).

³²⁹ Dispõe § 1º da Deliberação n. 89 do Conselho da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: “*O exercício da curadoria especial de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios, nos termos do artigo 3º, inciso II da Lei Estadual nº 12.793 de 04 de janeiro de 2008*”.

³³⁰ “*Processual civil. Recurso especial. Recurso interposto por curador especial. Inocorrência de deserção. Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Possibilidade. 1. O preparo não é exigível no caso de recurso interposto por curador especial, nomeado de acordo com o art. 9º, II, do CPC, já que em exercício de função institucional da Defensoria Pública, defende pessoa considerada necessitada, nos termos de tal dispositivo (...)*” (STJ, 1ª T., REsp 511805/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.8.2006, DJ 31.8.2006, p. 198).

³³¹ “*Embargos de declaração. Ação monitoria. Alegação de obscuridade e omissão do julgado. Defensoria Pública. Condenação em honorários quando em atuação na curadoria especial. Prazo recursal. Intimação pessoal. Portaria do egrégio conselho da magistratura. Implantação de sistema de*

Infelizmente, como já visto, não há órgão da Defensoria Pública em todas as comarcas do país. E, nesses casos, deve-se questionar quem atuará como curador especial. No caso do Estado de São Paulo, a curadoria especial é exercida por advogados particulares inscritos no convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB, em que os honorários são pagos pelo Estado³³². No caso do Rio Grande do Sul, por exemplo, é nomeado um advogado, que também deve ser pago pelo Estado³³³.

3.5.4. Atuação nos estabelecimentos policiais e penitenciários

Afirma o inc. VIII do art. 4º da Lei Complementar 80/94: “atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”. Entendemos que se trata de uma função atípica da Defensoria Pública, porque não se deve aferir a hipossuficiência econômica.

No caso, toda e qualquer pessoa que se encontra privada de sua liberdade em estabelecimento policial ou prisional é, faticamente, hipossuficiente. A condição de

informática. Suspensão. Recomeço da contagem – intempestividade. 1. Constatado que o pronunciamento do Relator encontra-se obscuro, devem ser acolhidos, nessa parte, os embargos de declaração agregando-lhes efeito infringente, se for o caso, a fim de ser alterado o julgado. 2. A Defensoria Pública não pode ser condenada a pagar honorários advocatícios quando atua na condição de Curadora Especial. 3. Portaria do Egrégio Conselho da Magistratura determinando a suspensão de prazos no mês de fevereiro de 2004, porém somente até o dia 20, reiniciando sua contagem após essa data. Apelo e contra-razões intempestivas. Embargos declaratórios acolhidos, para acrescentar à decisão a impossibilidade de condenação em verba honorária da Defensoria Pública. Unânime” (TJRS, 18ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 70009865890, rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 9.12.2004).

³³² Esse dever já foi reconhecido pelo STF: “Recurso extraordinário. – O dever de assistência judiciária pelo Estado não se exaure com o previsto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição, razão por que o reconhecimento, no caso, da responsabilidade dele pelo pagamento à recorrida pelo exercício da curadoria especial, a que alude o artigo 9º, II, do C.P.C., não viola o disposto no referido dispositivo constitucional, por não se estar exigindo do Estado mais do que a Carta Magna lhe impõe. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, 1ª T., RE 223043/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 21.3.2000, DJ 9.2.2001, p; 38, v.u).

³³³ “Ação de cobrança. Curadoria especial. Cabível a condenação do Estado a ressarcir o curador especial nomeado para réu citado por edital no valor de 5 (cinco) URHs, haja vista a apreciação do juízo a quo quanto ao trabalho desenvolvido e da negativa da Defensoria Pública do Estado em designar Defensor Público para atuar na Comarca. Apelação desprovida. Mantida a r. sentença em reexame necessário” (TJRS, 16ª Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário nº 70000561597, rel. Paulo Augusto Monte Lopes, j. 8.11.2000). “Agravo de instrumento. Ação ordinária de sustação de protesto. Curador especial. Revel citado por edital. Honorários advocatícios. A curadoria especial é função institucional da Defensoria Pública (art. 4º, VI e VII da Lei Complementar nº 80/1994). Cabível a nomeação de curador especial por profissional não pertencente ao quadro da Defensoria Pública do Estado nos casos onde não há existência do órgão ou insuficiência de profissionais para o encargo. Agravo provido de plano” (TJRS, 20ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70020916979, rel. Rubem Duarte, j 10.8.2007).

aprisionado impõe uma situação de desigualdade e fragilidade perante o Estado que o vigia.

Nesse sentido, afirmam as regras 22 e 23 do já mencionado documento *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*:

22. La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

23. A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Assim, se, em visita a um estabelecimento prisional, o defensor público verificar a violação de um direito ou garantia individual, terá o dever funcional de assegurar a imediata cessação da violação, independentemente da condição financeira do apripionado.

Vale lembrar que algumas legislações estaduais preveem a prerrogativa de o defensor público, no exercício dessa função, ter acesso amplo e irrestrito a todas as dependências de estabelecimentos penais, de internação de adolescentes e aqueles destinados à custódia ou ao acolhimento de pessoas, independentemente de prévio agendamento ou autorização, bem como de comunicar-se com tais pessoas, mesmo sem procuração, ainda que consideradas incomunicáveis³³⁴.

Essa hipossuficiência própria de todo aquele que se encontra apripionado justifica também a atuação da Defensoria Pública quando da prisão em flagrante sem que o indiciado indique advogado.

Nos termos do § 1º do art. 306 do CPP, inserido pela Lei n. 11.449/2007, se o indiciado não indicar o nome do advogado, dentro de 24 horas depois da prisão, deverá ser encaminhado à Defensoria Pública cópia integral do auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

A Defensoria Pública, vislumbrando a existência de elementos para pedir o relaxamento do flagrante, liberdade condicional ou pedido de não internação provisória,

³³⁴ Nesse sentido, art. 162, inc. XII, da Lei Complementar paulista n. 988/2006.

no caso de adolescente, deverá apresentar o pedido perante o Poder Judiciário, independentemente da condição econômico-financeira do indiciado.

3.5.5. Assegurar o contraditório e a ampla defesa

Afirma o inc. IX do art. 4º da EC 80/94 ser função institucional da Defensoria Pública: “assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes”.

Nesse tópico, é necessário estabelecer uma importante diferenciação entre a atuação da Defensoria Pública nos processos judiciais cíveis e nos processos judiciais criminais. Isso porque, no primeiro, a atuação da Defensoria Pública normalmente exige a comprovação da hipossuficiência econômica da parte. Já, no segundo caso, essa exigência não é necessária. Note-se que, na primeira atuação, o dispositivo destina-se apenas aos assistidos e, na segunda afirma, “aos acusados em geral”.

Entende-se que no processo criminal a atuação da Defensoria Pública deve ser ampla e irrestrita, agindo em prol daquele que, independentemente de sua condição econômico-financeira, está em situação de flagrante hipossuficiência, dada a ausência de profissional jurídico capaz para realizar sua defesa técnica, fundamental para o respeito do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa se aplicam a todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos. Afirma expressamente o art. 5º, inc. LV, da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No processo penal, esses princípios assumem uma abrangência ainda maior, já que nele o contraditório deve ser real, efetivo ou substancial³³⁵.

Em razão dessa abrangência, entende-se serem indispensáveis a defesa técnica, exercida por um profissional, bem como a autodefesa, que é aquela exercida diretamente pelo acusado. No caso da defesa técnica, ao contrário da autodefesa, que pode não ser exercida pelo réu, o qual exerce seu direito constitucional de permanecer em silêncio, não é disponível³³⁶.

³³⁵ NERY, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição federal*, cit., p. 172.

³³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

Por essa razão, ainda que a parte não contrate advogado por livre vontade, mesmo com condições econômico-financeiras para fazê-lo, deve a Defensoria Pública atuar em favor do acusado. Nesse sentido, dispõem os arts. 261 e 263 do CPC³³⁷.

Assim, a atuação no processo penal não é necessariamente em favor do hipossuficiente econômico, mas em atenção a todo e qualquer acusado que não detenha defesa técnica, independentemente do motivo³³⁸.

Nesse sentido, disserta Ada Pellegrini Grinover:

Não pode haver sentença condenatória sem que o juiz tenha aferido o efetivo e concreto exercício da defesa e do contraditório, visto este como paridade de condições, como paridade que não pode satisfazer-se com um contraditório meramente eventual; deve estimular o contraditório para que da tese e da antítese possa ele imparcialmente formular a síntese. E, por isso mesmo, necessita esse juiz de um ofício de defesa tão bem estruturado quanto o da acusação. Agora, não cabe ao Estado indagar se há ricos ou pobres, porque o que existe são acusados que, não dispondo de advogados, ainda que ricos sejam, não poderão ser condenados sem uma defesa efetiva. Surge, assim, mais uma faceta da assistência judiciária, assistência a necessitados, não no sentido econômico, mas no sentido de que o Estado lhes deve as garantias do contraditório e da ampla defesa³³⁹.

Se o acusado tiver condições para arcar com o pagamento do profissional, no caso de atuação da Defensoria Pública, é possível cobrar honorários advocatícios em favor da instituição. É o que dispõe expressamente o parágrafo único do art. 263 do CPP: “O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz”³⁴⁰.

Nesse tópico, além da atuação judicial já tratada, merece destaque a atuação da Defensoria Pública em procedimento administrativo. Conforme já abordado no capítulo anterior, a CF prevê a ampla assistência jurídica, incluindo, portanto, processos

Teoria geral do processo, cit., p. 56.

³³⁷ “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”; (...) “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”.

³³⁸ ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 20.

³³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 246.

³⁴⁰ No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 4º da Deliberação n. 89 do Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo: “O exercício da defesa criminal de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei Estadual nº 12.793 de 04 de janeiro de 2008”.

administrativos, conforme expressamente destaca o dispositivo legal em comento. Nessa atuação, é fundamental a caracterização da hipossuficiência econômica da parte.

3.5.6. Atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis

Os Juizados Especiais Cíveis, no âmbito das justiças estaduais e federal, estão previstos nas Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001, respectivamente³⁴¹.

A previsão e a instalação dos Juizados Especiais, seja na esfera estadual, seja na esfera federal, representaram um instrumento de grande valia na busca pelo acesso amplo e efetivo à justiça.

Buscou-se, com a instalação dos Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, com os Juizados Especiais Cíveis, facilitar o acesso à justiça, com a isenção de custas, bem como com a facultatividade da assessoria de advogado³⁴².

O Juizado Especial surgiu em atenção às reformas necessárias para o efetivo acesso à justiça³⁴³. Nesse sentido, vale lembrar que a “terceira onda” do movimento de acesso à justiça, indicada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, envolve:

Alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução (...)³⁴⁴.

Assim afirmaram os autores a importância de procedimentos especiais para solucionar “pequenas causas” de grande importância social³⁴⁵.

A instalação dos Juizados Especiais, portanto, é uma tentativa de “desformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses”³⁴⁶.

Com eles, demandas que não eram judicializadas, em razão do custo, duração,

³⁴¹ Vale mencionar que antes dessa legislação, já havia no direito brasileiro o denominado “Juizados de Pequenas Causas”; porém este continha contornos mais limitados, quando comparados aos Juizados Especiais.

³⁴² WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 4; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 44.

³⁴³ CUNHA, Luciana Gross. *Juizado especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8-9.

³⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 71.

³⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 95.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 179.

formalismo do processo, passaram a ser objetos de demandas judiciais. Buscou-se, portanto, o que Kazuo Watanabe denominou de “litigiosidade contida”, fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na ‘panela de pressão’ social”³⁴⁷.

O Juizado Especial visa a abrir as portas do Poder Judiciário ao “pequeno litigante”, que não tem condições de superar os obstáculos próprios do processo tradicional³⁴⁸.

A competência do Juizado Especial dos Estados está prevista no art. 3º da Lei n. 9.099/95:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III – a ação de despejo para uso próprio; IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Já a competência do Juizado Especial Federal está consubstanciada no art. 3º da Lei n. 20.259/2001: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Note-se que o critério básico para determinar a competência dos Juizados Especiais foi o conteúdo econômico da demanda³⁴⁹. E, nesse contexto, o Juizado Especial Estadual dispensa a presença de advogados em causas com valor inferior a 20 (vinte) vezes o salário mínimo (art. 9º).

No Juizado Especial Federal, não há limite expresso para a atuação da parte sem

³⁴⁷ WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas, cit., p. 2.

³⁴⁸ MORAES, Silvana Campos. *Juizados de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 37-41.

³⁴⁹ Diversas foram as críticas acerca da adoção desse critério. Rogério Lauria Tucci comenta o critério adotado para o então Juizado Especial de Pequenas Causas: “Realmente, o critério do valor da causa (‘causa de reduzido valor econômico’) jamais teve o condão de erigir-se em elemento determinante da respectiva importância. Muito pelo contrário, há causas de insignificante conteúdo econômico, cuja complexidade e expressividade exigem demorado e acurado tratamento judiciário. Ademais, o mencionado critério traduz indisfarçável e inaceitável discriminação, porque o ‘reduzido valor econômico’ para uma pessoa afortunada representa, para o pobre, montante expressivo, de grande significação. E, por derradeiro, a par de ser injustificável a ‘adoção de critérios econômicos para fins de administração da justiça’, não se pode deixar de ter na devida conta que as pessoas mais humildes, independentemente da legislação em vigor, continuarão buscando realizar os seus imaginados direitos de modo rudimentar e sumário, cuja celeridade constitui, indubitavelmente, fator de crescente autoconfiança” (*Manual do juizado especial de pequenas causas: anotações à Lei n. 7.244, de 7.11.1984*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 5-6).

advogado, uma vez que o art. 10 do diploma legal afirma apenas que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não³⁵⁰.

Ernane Fidélis dos Santos entende que deve ser aplicada analogicamente a lei referente aos Juizados Especiais, de sorte que seria dispensável a presença do advogado apenas nas causas de até 20 (vinte) salários mínimos³⁵¹. Outros entendem que somente no caso de recurso é necessária a representação profissional³⁵².

O STF faculta a presença do advogado em qualquer ação perante o Juizado Especial Federal, ou seja, até 60 (sessenta) salários mínimos³⁵³.

O objetivo de tornar a assistência por advogado facultativa, como já mencionado, foi tornar o processo mais barato, de sorte que causas de pequeno valor econômico e de reduzida complexidade fossem levadas ao Poder Judiciário, consagrando de fato o princípio da inafastabilidade da jurisdição³⁵⁴.

³⁵⁰³⁵⁰ Trata-se de um preposto, que nos Juizados Especiais Federais a possibilidade de se fazer representar por preposto existe “*independentemente da natureza jurídica (pessoa física ou jurídica) o que a Lei dos Juizados Especiais Estaduais reconhece, no art. 9º, §4º, apenas ao réu pessoa jurídica*” (ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados especiais federais*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87.

³⁵¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 828.

³⁵² *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos juizados especiais federais*. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica. Brasília: CJF, 2003, p. 70.

³⁵³ “*Ação direta de inconstitucionalidade. Juizados especiais federais. Lei 10.259/2001, art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal*” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3168/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJE 3.8.2007, por maioria).

³⁵⁴ Nesse sentido, tem a explicação contida na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 1950/83, item 21: “*Não se desconhece o valor da assistência judiciária, por advogado, às partes envolvidas em litígio judicial, mas certo é que a obrigatoriedade de tal assistência, nas referidas causas, poderia impedir o ingresso da parte em juízo, afrontando o preceito constitucional que assegura o livre acesso ao Judiciário para a satisfação de direitos individuais injustamente lesados. As pequenas lesões de direitos sacrificam, indistintamente, os pobres e os mais afortunados. Quando a parte é pobre, é a ela assegurado o direito a assistência judiciária gratuita. Todavia, a parte que não é pobre bastante para obter este direito passa a não dispor de condições para buscar, no Judiciário, a realização do seu direito lesado, uma vez que o seu reduzido valor econômico não comporta o pagamento dos honorários profissionais de quem lhe irá prestar assistência*”.

Vale mencionar que a possibilidade de ajuizar essa demanda sem a presença de um advogado perante aos Juizados Especiais foi questionada, mesmo não sendo uma novidade no direito brasileiro, tendo em vista que a dispensa de advogado já era possível na Justiça do Trabalho³⁵⁵. No entanto a questão foi solucionada pelo STF, que confirmou a constitucionalidade³⁵⁶.

Ao tratar dos Juizados Especiais Estaduais, Henrique Pedrosa, com razão, destaca que a afirmação sobre a dispensa do advogado é, na verdade, uma “publicidade enganosa”, tendo em vista que ainda nas causas com valor inferior a 20 (vinte) salários mínimos há a necessidade da presença do advogado na hipótese de recurso³⁵⁷, conforme expressamente dispõe o § 2º do art. 42 da Lei dos Juizados Especiais.

Contudo, em primeira instância, é certo que a parte nas causas desse valor pode optar em ser ou não representada por um advogado. É importante ressaltar que, embora prescindível a assistência por advogado, esta não é vedada³⁵⁸.

E, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei n. 9.099/95, será facultada à parte (autor ou réu) que não comparecer com advogado a “assistência judiciária” prestada por órgão instituído no Juizado Especial, na forma da lei local, quando a parte adversária estiver acompanhada de advogado, ou o réu for pessoa jurídica.

A norma transcrita, portanto, incide em duas situações. A primeira é quando a parte contrária estiver com advogado; a segunda; quando o réu for pessoa jurídica. Vale destacar que essa segunda situação é muito comum no Juizado Especial. Conforme o estudo elaborado por Luciana Gross Cunha, dos 3.174 processos analisados³⁵⁹, 58,1%

³⁵⁵ Afirma o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

³⁵⁶ “Ação direta de inconstitucionalidade. Acesso à justiça. Juizado especial. Presença do advogado. Imprescindibilidade relativa. Precedentes. Lei 9099/95. Observância dos preceitos constitucionais. Razoabilidade da norma. Ausência de advogado. Faculdade da parte. Causa de pequeno valor. Dispensa do advogado. Possibilidade. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente” (STF, Tribunal Pleno, ADI 1539/UF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, DJ 5.12.2003, p. 17, v.u.).

³⁵⁷ PEDROSA, Henrique E. G. *Juizados especiais cíveis sem advogado & Comentários às Leis 9.099/95 e 10.259/01*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 88.

³⁵⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Manual do juizado especial de pequenas causas*, cit., p. 94. Há alguns países, como a Austrália, em que a representação por advogados nesses procedimentos especiais para solução de pequenas causas é vedada (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 101).

³⁵⁹ A base de dados utilizada pela autora é uma amostra correspondente a 10% dos processos encerrados

dos casos apresentam como réu uma pessoa jurídica³⁶⁰.

Objetivou-se com tal norma buscar uma verdadeira igualdade material entre as partes³⁶¹, tendo em vista que a parte que está acompanhada por advogado e a pessoa jurídica mantêm uma situação de vantagem em relação àquele que está demandando sozinho³⁶².

No mesmo sentido, descreve Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

A parte que, em tese, é considerada hipossuficiente deve ser compensada com a concessão de algum direito processual, para ser colocada par a par com a outra parte, possibilitando a disputa com igualdade. Tem-se, assim, que aos iguais será dispensado tratamento igualitário, ao passo que aos desiguais haverá, naturalmente, um tratamento diferenciado³⁶³.

Trata-se de reconhecer a situação de desvantagem do poderoso litigante organizacional ante o indivíduo³⁶⁴.

Consta na exposição de motivos do Projeto de Lei n. 1.950/83 que, com tal previsão, estaria assegurada: “perfeita equivalência ou igualdade jurídica entre as partes litigantes sem qualquer prejuízo para o ideal de Justiça”. Sobre o tema, declara Rogério Lauria Tucci:

Atenderá melhor aos reclamos do proclamado ideal de Justiça, queremos crer, o habitual e minudente esclarecimento do juiz ao interessado de que, não obstante faculdade concedida pela lei, manifesta será a vantagem da atuação técnica alvitada, muitas vezes implicativa de resultado favorável ao beneficiário³⁶⁵.

É muito importante destacar que se trata de uma faculdade do indivíduo, e não de uma imposição³⁶⁶. Ao litigante deve ser dada a opção de ter a assistência ou de

no Juizado Especial Cível Central de São Paulo, de 1992 até dezembro de 2002, com exceção dos processos encerrados em 1999 (CUNHA, Luciana Gross. *Juizado especial*, cit., p. 82).

³⁶⁰ CUNHA, Luciana Gross. *Juizado especial*, cit., p. 93.

³⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas, cit., p. 111; SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*: (doutrina e jurisprudência de 21 Estados da Federação). São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42.

³⁶² REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis*: Comentários à Lei n. 9.099, de 26-9-1995. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 112.

³⁶³ No mesmo sentido, descreve Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva: “Significa este princípio que a parte que, em tese, é considerada hipossuficiente deve ser compensada com a concessão de algum direito processual, para ser colocada par a par com a outra parte, possibilitando a disputa com igualdade. Tem-se, assim, que aos iguais será dispensado tratamento igualitário, ao passo que aos desiguais haverá, naturalmente, um tratamento diferenciado” (SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*: (doutrina e jurisprudência de 21 Estados da Federação). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43-44.

³⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 72.

³⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Manual do juizado especial de pequenas causas*, cit., p. 94.

³⁶⁶ Em sentido contrário, sustentado que, em nome da paridade de armas, torna-se imprescindível a nomeação de um assistente judiciário: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio

continuar sem representação por profissional. O que é obrigatória é a advertência, pelo juiz, da possibilidade de a parte ser assistida por um profissional³⁶⁷.

É uma faculdade, mas se o indivíduo pleitear a assistência técnica, esta não poderá lhe ser negada³⁶⁸.

Na segunda situação, a lei apenas previu a pessoa jurídica na qualidade de ré, tendo em vista que o § 1º do art. 8º da Lei n. 9.099/95 apenas permite que pessoas físicas capazes ajuízem ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas³⁶⁹. Ocorre que o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte estendeu a legitimidade ativa nos Juizados Especiais também às microempresas³⁷⁰. Então, pode-se questionar: no caso da microempresa ser autora da ação em face de pessoa natural sem advogado, deve ser facultado a assistência ao réu? Entendemos que não, pois, no caso da microempresa, não há, como ocorre com as demais empresas, uma situação de presunção de situação de vantagem em relação ao demandado, de sorte que não seria necessária qualquer regra para buscar a igualdade material. E se a microempresa for autora em face de pessoa jurídica, será concedida à microempresa tal faculdade? Nesse caso, entendemos que sim, uma vez que haverá situação de desigualdade entre as partes, sendo necessário o uso da regra prevista para buscar a almejada igualdade material³⁷¹.

Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais cíveis e criminais*: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 216.

³⁶⁷ Nesse sentido: “*Processual civil. Nulidade absoluta. Falta de advertência para representação por advogado. 1. Ausência de advertência a autora da conveniência de ser representada por procurador, bem como de sua possibilidade ou ainda das consequências da não representação, conforme dispõe o art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.099/95, notadamente quando figura no polo passivo pessoa jurídica. 2. Autora que desiste da ação em audiência de conciliação e posteriormente ingressa com recurso inominado alegando não estar ciente das consequências da citada desistência. 3. Precipitado o acolhimento da desistência da ação sem que se tivesse feito referida advertência à autora a respeito da possibilidade de acompanhamento por Defensor. Sentença desconstituída, para determinar a reabertura da instrução. Deram provimento ao recurso.* (TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Cível nº 71001573674, rel. Heleno Tregnago Saraiva, j 24.4.2008).

³⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97.

³⁶⁹ Segundo explica Ada Pellegrini Grinover, com tal previsão buscou-se “evitar a transformação do juizado, de tribunal do cidadão, em sede e cobrança de pequenos créditos contra a população carente” (*Novas tendências do direito processual*, cit., p. 184).

³⁷⁰ Dispõe o art. 38 da Lei n. 9.841/99: “*Aplica-se às microempresas o disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passando essas empresas, assim como as pessoas físicas capazes, a serem admitidas a proporem ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas*”.

³⁷¹ Nesse sentido, o Enunciado n. 48: “*O disposto no parágrafo 1º do art. 9º, da lei 9.099/95, é aplicável às microempresas*”, constante da Íntegra de Enunciados do Fórum Permanente de Juízes e Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil. Ao comentar o enunciado, Erik Linhares afirma que, para ser concedida a assistência judiciária à microempresa, será necessário que esta comprove a hipossuficiência, não bastando a mera declaração (LINHARES, Erick. *Juizados especiais cíveis: comentários aos enunciados do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais*. Curitiba: Juruá, 2006,

Tendo em vista o referido parágrafo, o art. 56 da Lei n. 9.099/95 prevê: “Instituído o Juizado Especial, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária”³⁷².

Resta a questão: quem prestará tal assistência?

Leopoldo Muylaert entende que a disposição do §1º do art. 9º, em razão de a Defensoria Pública apenas atuar em favor de quem comprovadamente demonstrar hipossuficiência econômica, não incide sobre a instituição. Para o autor, a legislação apenas

deixa clara a possibilidade de instituição de órgão público de assistência judiciária junto aos Juizados, não excluindo, de outro modo, a possibilidade de que a vontade legislativa se supra por convênios com entidades estatais ou privadas – escritórios modelos de faculdade de Direito Pública e Privadas – cujos agentes, entretanto, deverão dispensar a cobrança de honorários advocatícios (...) podendo o Defensor valer-se de sua independência funcional para negar assistência, ainda que deferido o pleito pelo Juízo, àquele que, instado a fazê-lo, não lograr êxito em provar sua miserabilidade jurídica³⁷³.

Vale a pena deixar registrado que, independentemente da posição que se adote acerca da atuação ou não da Defensoria Pública, nesse caso, importa destacar que não concordamos com o autor quando afirma que se trata de uma questão de independência funcional do defensor. A nosso ver, deve ser uma decisão da instituição, com dever de obediência, tendo em vista a hierarquia administrativa.

Daniela Calandra Martins também sustenta que a Defensoria Pública somente pode atuar quando a parte demonstrar hipossuficiência. Segundo a autora, o juiz deve questionar se a parte desacompanhada deseja ou não a assistência. Se desejar, deve ser questionada sobre a hipossuficiência econômica, que, se caracterizada, deve a audiência

p. 69-70.

³⁷² Esse dispositivo possuía um correspondente na Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Afirmava o art. 52 da Lei 7244/84: “Não se instituirá o Juizado de Pequenas Causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária”. Note-se que, ao contrário da redação atual, o artigo revogado impunha que uma “conditio sine qua non, para a concreta instalação dos Juizados, é o Estado federado pôr à sua disposição serviços de assistência ‘lato sensu’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18). Mesmo com a redação atual do art. 54 da Lei n. 9.099/95, Cândido Rangel Dinamarco entende que a instituição de órgãos para prestar assistência é condição prévia e indispensável para a própria implementação dos juizados especiais (*Manual dos juizados especiais*, cit., p. 199).

³⁷³ MUYLAERT, Leopoldo. Assistência judiciária integral gratuita *versus* assistência judiciária, cit., p. 210. Para o autor, entendimento contrário implicaria o afastamento da atuação de advogados privados nos Juizados Especiais, caracterizando captação de clientela, com violação ética do profissional da advocacia (MUYLAERT, Leopoldo. Assistência judiciária integral gratuita *versus* assistência judiciária, cit., p. 208).

ser redesignada para que o defensor público possa conhecer a causa de seu assistido, para então realizar a instrução adequadamente. Se não for caracterizada a hipossuficiência, da mesma forma deve ser redesignada a audiência para a parte possa constituir um advogado particular. Entretanto, se a parte não desejar, poderá continuar o processo sem ser representada por um profissional habilitado, tendo em vista que o legislador infraconstitucional conferiu, de forma excepcional, capacidade postulatória a todos os litigantes em sede de Juizado Especial³⁷⁴.

A autora sustenta ainda que o legislador infraconstitucional não poderia criar uma nova atribuição à Defensoria Pública em contradição ao disposto no art. 134 da CF, sob pena de inconstitucionalidade³⁷⁵.

Cândido Rangel Dinamarco, em contrário, sustenta que, na hipótese de a parte requerer assistência técnica, deverá ser franqueado o serviço de assistência judiciária, mesmo para quem não tenha direito ao patrocínio gratuito³⁷⁶.

Afirma o autor que a Lei dos Juizados Especiais adota um critério mais amplo de assistência judiciária, uma vez que a assistência judiciária será devida independentemente da condição econômico-financeira da parte. E conclui:

A concessão de patrocínio técnico às partes independentemente de sua condição patrimonial é uma das preocupações centrais da legislação referente aos juizados especiais cíveis, no seu empenho em oferecer uma justiça rápida, informal e eficiente. A essa ideia está ligada, inclusive, a exigência de instituição de órgãos assistenciais para prestar serviços especificamente junto aos juizados, como condição prévia e indispensável para a própria instalação de cada um deles (art. 56).³⁷⁷

No entanto, o autor é genérico ao afirmar a quem caberia a tarefa de realizar tal assistência: “Não importa se esses serviços serão prestados pelo próprio Estado, pela Ordem dos Advogados, por entidades filantrópicas, centros acadêmicos etc., desde que estejam convenientemente estruturados”³⁷⁸.

³⁷⁴ MARTINS, Daniela Calandra. A assistência judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 89, 2003. No mesmo sentido, entendendo que a lei apenas confere o direito de a parte constituir advogado por sua conta: PEDROSA, Henrique E. G. *Juizados especiais cíveis sem advogado & Comentários às Leis 9.9099/95 e 10.259/01*, cit., p. 88.

³⁷⁵ MARTINS, Daniela Calandra. A assistência judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública, cit., p. 91.

³⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 97. No mesmo sentido: SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*, cit., p. 42.

³⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 199.

³⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 199.

Cleber Francisco Alves concorda com a afirmação de que a assistência deve ocorrer independentemente da condição financeira da parte, mas destaca que essa assistência deve ser prestada, necessariamente, pela Defensoria Pública. A esse respeito assevera o autor:

A lei determina que o Estado deverá assegurar o funcionamento do serviço de assistência judiciária nos casos do Art. 9º, § 1º, independentemente de qualquer ressalva quanto à situação econômico financeira das partes litigantes. Entendemos que, apesar da indicação de que a assistência judiciária será organizada “na forma de lei local”, o Estado somente pode arcar com o financiamento dessa assistência por intermédio da Defensoria Pública, que é o órgão constitucionalmente encarregado de fazê-lo, embora nada impeça que entidades da sociedade civil atuem em caráter supletivo e voluntário na prestação desses serviços, vedado o recebimento de qualquer verba pública para esse propósito: ou seja, as verbas públicas devem necessariamente ser aplicadas na Defensoria Pública, até que esteja devidamente aparelhada³⁷⁹.

Concordamos com a última posição e destacamos que a lei infraconstitucional pode prever uma situação de hipossuficiência diversa da econômica, como o fez, de sorte que não há qualquer ofensa ao texto constitucional, uma vez que está caracterizada, no caso, a hipossuficiência jurídica³⁸⁰.

Assim, a Defensoria Pública é instituição fundamental para o funcionamento dos Juizados Especiais³⁸¹.

Vale fazer outra reflexão para justificar a atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis: o Juizado Especial é terreno fértil para discussão de demandas que envolvem direito do consumidor. O já mencionado estudo do Juizado Especial realizado por Luciana Gross Cunha aponta que 49% dos processos analisados decorrem de relação de consumo³⁸². E, como será visto no próximo item, o consumidor

³⁷⁹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 276-277.

³⁸⁰ Conforme visto no capítulo anterior, a CF utilizou, ao tratar da assistência jurídica, termos indeterminados, sendo possível a configuração de outras hipossuficiências que não a econômica, como a hipossuficiência jurídica e a organizacional.

³⁸¹ Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 222.

³⁸² Sobre esse resultado disserta Luciana Gross Cunha: “É importante observar que a criação do sistema dos juizados acompanhou a evolução da legislação brasileira quanto aos direitos do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 – foi promulgado em 1990, porém as discussões sobre a sua criação começaram no início da década de 80, mesma época da criação e implementação do sistema. O desenvolvimento concomitante dos dois institutos fez com que uma das funções do juizado fosse servir de canal para atender as novas demandas que surgiam com a regulação dos direitos do consumidor, que, por envolverem casos de baixo valor, não chegavam no juízo comum” (Juizado especial, cit., p. 93-94).

é presumidamente a parte mais fraca, caracterizada a hipossuficiência também por essa razão.

Desta feita, tendo em vista que está presente uma situação de hipossuficiência jurídica, defendemos a atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis, independentemente da condição econômico-financeira da parte, quando a parte contrária estiver acompanhada de advogado, ou for a ré pessoa jurídica.

No entanto, na hipótese de a parte desejar ser assistida pela Defensoria Pública, não sendo ela economicamente hipossuficiente, há quem sustente que a parte poderá arcar com o pagamento de honorários advocatícios à instituição³⁸³. Destaque-se que, segundo este posicionamento, a parte deverá arcar com o pagamento independentemente da sucumbência, salvo comprovada má-fé da parte contrária, ocasião em que caberá a esta o pagamento dos honorários à Defensoria Pública³⁸⁴. Trata-se de situação análoga à hipótese de defesa penal exercida pela Defensoria Pública, quando não caracterizada a hipossuficiência econômica. Os honorários advocatícios são devidos à instituição, e não à pessoa do defensor público que atuou, tendo em vista que é vedado ao defensor público receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais em razão de suas atribuições.

Conforme afirmado anteriormente, na hipótese de interpor recurso, sempre será necessário fazer por meio de um profissional com capacidade postulatória. Nesse caso,

³⁸³ Ada Pellegrini Grinover parece se posicionar nesse sentido ao afirmar: “*a ela (assistência judiciária) todos terão acesso, independentemente da situação econômica, como se vê do art. 9º, §1º, da Lei, cabendo evidentemente ao Erário ressarcir-se a ‘posteriori’ dos honorários pelos serviços advocatícios prestados a quem não seja economicamente necessitado*” (Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas, cit., p. 18). Entendendo que, nesse caso, cabe remuneração a ser fixada pela lei local: DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas, cit., p. 110. Entendendo que, independentemente da situação financeira da parte, a assistência judiciária será gratuita: REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à Lei n. 9.099, de 26-9-1995*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 112.

³⁸⁴ Isso porque o art. 55 da Lei n. 9.099/95 determina o seguinte: “*Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando: I – reconhecida a litigância de má-fé; II – improcedentes os embargos do devedor; III – tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor*”. Sobre o tema, DINAMARCO, Cândido Rangel: “*A quem houver dado causa à realização do processo cabe a chamada ‘responsabilidade definitiva’ pelo custo deste, ou seja, a obrigação de direito substancial pelos gastos relacionados com os atos processuais. Ordinariamente essa obrigação recai sobre a parte vencida, que a sentença condena a pagar as despesas e honorários da sucumbência (CPC, art. 20). Nos juizados especiais cíveis, todavia, inexistente tal obrigação e conseqüentemente condenação alguma é proferida nesse sentido (...) Aqui o Estado nada cobra por seus serviços e a parte vencedora não receberá reembolso por honorários eventualmente pagos ao patrono*” (*Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 198).

entendemos que, ainda que a Defensoria Pública tenha atuado na audiência de instrução e julgamento, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei 9.099/95, a instituição não poderá ser compelida a interpor o recurso pretendido pela parte ou responder eventual recurso interposto contra ela.

A interposição ou a resposta desse recurso pela Defensoria Pública dependerá, necessariamente, da aferição da hipossuficiência econômico-financeira da parte. Sendo hipossuficiente, a Defensoria Pública terá capacidade postulatória para interpor ou responder o recurso. Caso contrário, a parte deve procurar os serviços de um advogado particular³⁸⁵.

Vale mencionar que a Lei do Juizado Especial Federal, a Lei n. 10.259/01, não contém prescrição em sentido semelhante à disposição tratada. Assim, a questão da assistência nesses juízos é muito polêmica. O estudo denominado “Diagnóstico da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais” ressalta a ausência de consenso sobre a matéria. Consta no referido Diagnóstico que alguns juízes não consideram que a parte pode estar sendo prejudicada por falta de assistência judiciária, de sorte que não facultam a possibilidade de a parte contar com um defensor ou um advogado. Outros juízes, porém, consideram a presença do defensor público ou do advogado fundamental³⁸⁶.

Entendemos que, dada a redação do art. 1º da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), que prevê a aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/95, deve ser sempre facultada ao autor que demandar sozinho a assistência profissional³⁸⁷.

Destaque-se que, normalmente, deverá ser oferecida tal faculdade, tendo em vista que nos juizados especiais federais cíveis geralmente figurará pessoa jurídica prevista no art. 109 da CF: União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

Por fim, vale trazer à tona uma questão: se a parte deseja ajuizar uma demanda no Juizado Especial representado tecnicamente, poderá solicitar atendimento pela Defensoria Pública?

Entendemos que a Defensoria Pública não pode, de plano, negar atendimento a essa pessoa justificando a denegação na possibilidade de a parte ajuizar a demanda sem a presença do advogado, isso porque, conforme assinalado, a figura do profissional

³⁸⁵ Em sentido contrário, entendendo que a parte, independentemente da condição econômica, terá direito à assistência judiciária para a interposição ou resposta de recurso: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 200.

³⁸⁶ *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos juizados especiais federais*, cit., p. 70-73.

³⁸⁷ Nesse sentido, a transcrita decisão do STF, Tribunal Pleno, ADI 3168/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, *DJe* 3.8.2007, por maioria.

habilitado é dispensável, e não vedada. Entendimento contrário seria burlar a lei, uma vez que, sendo o sujeito hipossuficiente, sem condições de contratar serviços de um advogado particular, seria obrigado a demandar sozinho, não sendo, portanto, uma faculdade. Ademais, haveria violação do princípio da igualdade, tendo em vista que o sujeito abonado, se desejar, pode contratar os serviços de um advogado, porém necessitado econômico é obrigado a demandar sozinho, sem assistência técnica.

É importante que se diga que, no caso anteriormente descrito, para ser concedido o serviço de assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública, faz-se imprescindível a caracterização da hipossuficiência econômica³⁸⁸.

A mesma conclusão deve-se obter quando a parte comparece sozinha ao juízo em causas de valor superior a 20 (vinte) salários mínimos. Nesse caso, somente será concedido os serviços da Defensoria Pública quando restar caracterizada a hipossuficiência. Não se caracterizando a hipossuficiência, deve a parte procurar o patrocínio de advogado particular³⁸⁹.

3.5.7. Patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado

Essa atribuição está prevista no inc. XI do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94. Em princípio, esta previsão causa estranheza, porque, conforme analisado, os itens anteriores já tratam da atuação judicial e extrajudicial da Defensoria Pública nas causas cíveis, de forma a abranger causas que envolvam direitos e interesses de consumidor lesado.

Assim, é certo que o legislador não estaria apenas exemplificando uma espécie de causa cível que cabe à Defensoria Pública tutelar. É preciso buscar o verdadeiro sentido dessa previsão.

Inicialmente, vale observar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) preocupou-se com a questão da assistência jurídica, prevendo-a como instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo. Dispõe o art. 5º, inc. I, do CDC: “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente”. Ademais, o art. 6º, inc. VII, prevê, como direito

³⁸⁸ Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, cit., p. 200.

³⁸⁹ Em sentido contrário, afirmando a necessidade de ser concedido a assistência jurídica, nesse caso, para autor e réu, ainda que seja firma individual ou pessoa jurídica: SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*, cit., p. 44.

básico do consumidor, o acesso aos órgãos judiciário e administrativo, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

A legislação consumerista toma como certa situação de fragilidade do consumidor ante o fornecedor e reconhece expressamente sua vulnerabilidade no art. 4º, inc. I, do CDC³⁹⁰.

Cláudia Lima Marques declara a esse respeito, que as regras protetivas do CDC se justificam em razão da vulnerabilidade de uma das partes, qual seja, o consumidor. Desta feita, identifica quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informativa. A vulnerabilidade técnica se caracteriza quando o comprador não tem conhecimentos específicos sobre o produto ou bem que está adquirindo. Para a autora: “a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional destinatário final fático do bem”. A vulnerabilidade jurídica ou científica é a inexistência de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia.

Esta vulnerabilidade é presumida para o consumidor-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos sobre a economia para exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.

Segundo a autora, no caso do terceiro tipo, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, esta vulnerabilidade existe em razão do grande poder econômico do fabricante ou da essencialidade do serviço. Por fim, a vulnerabilidade informativa, que é tida, pela autora, como intrínseca à relação de consumo, representando o maior fator de desequilíbrio da relação, já que são os fornecedores os únicos verdadeiramente detentores da informação³⁹¹.

³⁹⁰ Afirma o art. 4º, inc. I, do CDC: “*A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”.

³⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320-334.

Essa vulnerabilidade reconhecida legalmente (*ope legis*)³⁹², que tem presunção absoluta, é uma forma de hipossuficiência jurídica que justifica a atuação ampla da Defensoria Pública na defesa dos interesses dos consumidores.

Vale destacar, portanto, que presente está outra hipossuficiência que não é a hipossuficiência econômica. Sobre o tema, disserta Mauro Cappelletti: “O consumidor isolado, ainda que não seja necessariamente pobre, encontra-se inevitavelmente em uma situação de desvantagem diante do grande empresário”. Trata-se do que o autor chamou de “pobreza organizada”³⁹³.

Vale fazer apenas uma ressalva, a vulnerabilidade do consumidor, aqui reconhecida como hipossuficiência, como fundamento da atuação ampla da Defensoria Pública na matéria, não se confunde com o requisito da hipossuficiência exigido para a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC³⁹⁴.

O CDC, conforme visto, parte da premissa de que todo e qualquer consumidor é vulnerável, não importando sua condição econômica ou técnica. A hipossuficiência, por sua vez, não é uma presunção, é um requisito que possibilita a inversão do ônus da prova.

José Gerado Brito Figueiredo apoia o conceito de hipossuficiência com base exclusivamente na questão econômica. Destaca que o conceito de hipossuficiente está descrito no art. 2º da Lei n. 1.060/50, que afirma o conceito de pessoa necessitada para fins legais como sendo todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família³⁹⁵.

Rechaçando tal entendimento, Rizzatto Nunes entende que “não é por ser ‘pobre’ que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão

³⁹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 9.

³⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 17.

³⁹⁴ Afirma o dispositivo: “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Note-se, portanto, que a lei descreve dois requisitos, diga-se, alternativos, para a inversão: quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. Isso porque o legislador utilizou a partícula “ou”, isto é, uma conjunção alternativa, de sorte que o dispositivo afirma expressamente que se trata de requisitos alternativos. Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 192; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

³⁹⁵ FIGUEIREDO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149.

da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material”³⁹⁶.

A hipossuficiência que possibilita a inversão do ônus da prova caracteriza-se pelo desconhecimento técnico e informativo sobre as características do produto³⁹⁷. A hipossuficiência manifesta-se pela impossibilidade de produção da prova,

seja porque não é acessível à parte, seja porque há invencível dificuldade que impede acesso à obtenção de informação nas quais estaria consubstanciada a prova do direito alegado, seja porque existe o desconhecimento das condições de prestação do serviço ou de funcionamento do produto³⁹⁸.

Assim reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, que não se confunde com a hipossuficiência prevista no CDC, neste estudo, reconhecida a vulnerabilidade, será identificada como hipossuficiência, o que justifica a atuação ampla da Defensoria Pública nessa matéria.

Quando afirmamos que a atuação é ampla, não tem o condão de possibilitar a atuação indiscriminada da Defensoria Pública em todo e qualquer caso na defesa do consumidor. Ordinariamente, também nos casos que envolvam lides de consumo, a Defensoria Pública somente atua em favor daquele que afirme insuficiência econômica.

Assim, extraímos dessa previsão a possibilidade de a Defensoria Pública atuar de forma ampla em favor do consumidor em busca de equilíbrio na relação de consumo, mormente na participação em políticas públicas que envolvam a defesa do consumidor, educação em direitos etc.

Sobre o tema disserta Anselmo Prieto Alvares: “A Defensoria Pública, no que tange às relações de consumo, deverá fomentar a consultoria jurídica e prestar assistência judiciária, seja na modalidade de assistência postulatória judicial ou extrajudicial”. E complementa:

A consultoria jurídica deverá ser entendida não somente como assessoramento jurídico, mas também como conscientização de direitos, feita de forma difusa, com a veiculação de matérias de propaganda nos meios de comunicação, elaboração de cartilhas, informativos e formação de promotores populares³⁹⁹.

³⁹⁶ RIZZATTO NUNES. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 731.

³⁹⁷ Nesse sentido: RIZZATTO NUNES. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 731.

³⁹⁸ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, cit., p. 68.

³⁹⁹ ALVARES, Anselmo Prieto. *A assistência jurídica gratuita e o direito das relações de consumo*, cit., p. 165.

Ademais, a atuação ampla também deve ocorrer por meio das ações coletivas que tenham como objeto o direito do consumidor, instrumento de grande valia no direito do consumidor.

3.6. Órgãos da Defensoria Pública

3.6.1. Órgãos da administração superior

3.6.1.1. Defensoria Pública Geral

A Defensoria Pública Geral é o órgão máximo da instituição. O Defensor Público-Geral é cargo administrativo de chefia da instituição.

3.6.1.1.1. Atribuições

As atribuições desse órgão estão previstas na Lei Complementar n. 80, especificamente nos arts. 8º, 56 e 100, referente à Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios e, por fim, dos Estados, respectivamente.

As atribuições dos defensores públicos-gerais da União, Distrito Federal e Territórios são similares. São elas: dirigir a Defensoria Pública correspondente, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação; representar a Defensoria Pública correspondente extrajudicialmente; velar pelo cumprimento das finalidades da instituição; integrar, como membro nato, e presidir o Conselho Superior da Defensoria Pública correspondente; baixar o Regimento Interno da Defensoria Pública Geral correspondente; autorizar os afastamentos dos membros da Defensoria Pública correspondente; estabelecer a lotação e a distribuição dos membros e dos servidores da Defensoria Pública correspondente; dirimir conflitos de atribuições entre membros da Defensoria Pública correspondente, com recurso para seu Conselho Superior; proferir decisões nas sindicâncias e processos administrativos disciplinares promovidos pela Corregedoria Geral da Defensoria Pública correspondente; instaurar processo disciplinar contra membros e servidores da Defensoria Pública correspondente, por recomendação de seu Conselho Superior; abrir concursos públicos para ingresso na carreira da Defensoria Pública correspondente; determinar correições extraordinárias; praticar atos de gestão administrativa, financeira e pessoal; convocar o Conselho

Superior da Defensoria Pública correspondente; designar membro da Defensoria Pública correspondente para exercício de suas atribuições em órgão de atuação diverso do de sua lotação ou, em caráter excepcional, perante Juízos, Tribunais ou Ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria; requisitar, de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública; aplicar a pena da remoção compulsória, aprovada pelo voto de dois terços do Conselho Superior da Defensoria Pública correspondente, assegurada a ampla defesa; delegar atribuições a autoridade que lhe seja subordinada, na forma da lei.

A previsão das atribuições para os defensores públicos-gerais das Defensorias Públicas estaduais é genérica, remetendo o tema para ser disciplinado pelas leis estaduais. Destaque-se o art. 100: “Ao Defensor Público-Geral do Estado compete dirigir a Defensoria Pública do Estado, superintender e coordenar suas atividades, orientando sua atuação, e representando-a judicial e extrajudicialmente”.

Assim, as atribuições dos defensores públicos-gerais dos Estados podem variar conforme maior ou menor o grau da autonomia administrativa e orçamentária reconhecido pela lei estadual à instituição da Defensoria Pública.

Nesse sentido, é importante destacar o II Diagnóstico da Defensoria Pública. Foram listadas cinco atribuições de defensor público-geral (DPG), consideradas aquelas que estão mais diretamente ligadas ao exercício da autonomia funcional, administrativa e financeira da instituição: a) apenas 6 (seis) defensores públicos-gerais podem propor diretamente ao Poder Legislativo projeto de lei para criação ou extinção de cargos de seus membros e servidores, bem como a fixação de seus vencimentos⁴⁰⁰; b) 21 (vinte e um) DPGs podem decidir sobre sanções disciplinares aplicadas a defensores públicos ou servidores⁴⁰¹; c) 17 (dezesete) DPGs podem determinar a abertura de concurso de ingresso na carreira⁴⁰²; d) 12 (doze) DPGs podem prover os cargos iniciais da carreira e

⁴⁰⁰ São os casos de Roraima, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Em 2003, apenas os defensores públicos-gerais do Acre gozava dessa atribuição, tendo-a perdido recentemente em razão de modificação legislativa. Esse é um raro caso de redução de atribuições inerentes à autonomia da Defensoria Pública, após a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁴⁰¹ Em 2003, somente os defensores públicos-gerais de Pernambuco e da Bahia não possuíam tal prerrogativa, tendo este último alcançado recentemente essa atribuição. Além de Pernambuco, atualmente não detêm poder disciplinar próprio os defensores públicos-gerais de Rondônia e do Amapá.

⁴⁰² Os sete defensores públicos-gerais que não possuem essa atribuição são: Acre, Amapá, Distrito Federal, Minas Gerais, Pará, Paraíba e Maranhão. Nos anos de 2004 e 2005, 11 Defensorias Públicas realizaram concursos. A grande maioria dos casos – nove – foi de Defensorias que podem decidir sobre abertura de concurso, sendo Minas Gerais e a Defensoria Pública União as únicas exceções.

dos serviços auxiliares⁴⁰³; e) 12 (doze) DPGs responderam que têm atribuição para elaboração da folha e expedição dos respectivos demonstrativos⁴⁰⁴; e f) 12 (doze) DPGs têm atribuição de compor, por ato próprio, seus órgãos de administração superior⁴⁰⁵.

As limitações impostas aos defensores públicos-gerais dos Estados vão de encontro às autonomias previstas constitucionalmente.

3.6.1.1.2. Escolha

A escolha do defensor público-geral da União e do Distrito Federal e Territórios está disciplinada de forma exauriente na legislação federal. Ambos são escolhidos livremente entre os membros da carreira com mais de 35 anos pelo presidente da República.

No caso do defensor público-geral da União, destaque-se que o nome deve ser aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal⁴⁰⁶. O mandato é de dois anos, permitida uma recondução. É o que dispõe o arts. 6º e 54 da Lei Complementar n. 80/94.

Essa forma de escolha, que ocorre independentemente da vontade da carreira, decorrente exclusivamente da vontade suprema do chefe do Poder Executivo, traduz a falta de autonomia institucional, pois vincula de forma umbilical a instituição da Defensoria Pública com o Poder Executivo, fato este que vai contra a autonomia proposta pela CF.

⁴⁰³ Os Estados em que os defensores públicos-gerais possui essa atribuição são: Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins. Entre esses 12 Estados, quase todos os defensores públicos-gerais também gozam da atribuição de abrir concurso público, ou seja, há nítida correlação entre essas atribuições. Apenas o defensor público-geral do Maranhão não pode determinar a abertura de concurso, mas tem atribuição para prover os cargos.

⁴⁰⁴ São eles: Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia, Piauí, Amapá, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Roraima, Rondônia, Rio Grande do Norte e Tocantins.

⁴⁰⁵ São eles: Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Acre, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Roraima, Rondônia e Tocantins.

⁴⁰⁶ Observe-se que o procedimento de escolha do defensor público-geral da União é muito semelhante ao processo de escolha do procurador-geral da República, já que também cabe ao presidente da República escolher livremente entre os membros do Ministério Público da União, com aprovação de maioria do Senado Federal (art. 128, § 1º, da CF e art. 25 da Lei Complementar n. 75/93). Identificamos apenas algumas diferenças: no caso do procurador-geral, está expressamente disciplinado que a votação no Senado Federal é secreta, já a Lei Complementar n. 80, referente ao defensor público-geral da União, é omissa sobre a forma. Ademais, no caso do defensor público-geral da União, a lei é expressa ao permitir apenas uma única recondução, no caso do procurador-geral da República, a Constituição e a Lei Complementar permitem “a recondução” e, por essa razão, Hugo Nigro Mazzilli entende que não há número limite para que ela ocorra (*Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 84).

No caso da escolha do defensor público-geral das Defensorias Estaduais, cabe a cada legislação estadual regular.

É importante destacar que, embora a Lei Complementar federal determine que caberá à lei estadual prever a forma de escolha do defensor público-geral, esta não poderá prever a possibilidade de escolha do defensor público-geral de pessoa alheia à carreira, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁴⁰⁷.

Na esfera estadual, a autonomia da Defensoria Pública é mais reconhecida. Isso porque, atualmente, na maioria das Defensorias Públicas estaduais, a escolha feita pelo governador do Estado deve ser um nome constante em uma lista tríplice formada pela vontade da carreira, por meio do voto de seus membros⁴⁰⁸.

A formação dessa lista tríplice pode ocorrer por meio de voto uninominal (cada membro vota em apenas um nome para formar a lista tríplice) ou voto plurinominal (cada membro vota em três nomes para formar a lista tríplice). No Estado de São Paulo, na eleição realizada em 2008, foi adotado o voto plurinominal⁴⁰⁹.

Entretanto, ainda assim esse sistema de escolha é questionado, pois quem decide, ao final, é também o chefe do Poder Executivo estadual⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ “(...) É inconstitucional lei complementar estadual, que, ao fixar critérios destinados a definir a escolha do Defensor Público-Geral do Estado e demais agentes integrantes da Administração Superior da Defensoria Pública local, não observa as normas de caráter geral, institutivas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente. Outorga, ao defensor público-geral do estado, de “nível equivalente ao de secretário de estado”. – A mera equiparação de altos servidores públicos estaduais, como o Defensor Público-Geral do Estado, o Secretário de Estado, com equivalência de tratamento, só se compreende pelo fato de tais agentes públicos, destinatários de referida equiparação, não ostentarem, eles próprios, a condição jurídico-administrativa de Secretário de Estado. – Consequente inconstitucionalidade do alegado cerceamento do poder de livre escolha, pelo Governador do Estado, dos seus Secretários estaduais, eis que o Defensor Público-Geral local – por constituir cargo privativo de membro da carreira – não é, efetivamente, não obstante essa equivalência funcional, Secretário de Estado. Aplicação, à espécie, de precedentes do Supremo Tribunal Federal. A declaração de inconstitucionalidade “in abstracto” e o efeito repristinatório (...)” (STF, Tribunal Pleno, ADI 2903 / PB, rel. Min. Celso de Mello, j. 1.12.2005, DJe 18.9.2008, v.u.).

⁴⁰⁸ São 16 estados em que o Governador deve observar uma lista tríplice formada por eleições dentro da carreira são: Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo, Tocantins e Roraima. Por outro lado, a escolha é feita livremente pelo governador nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Piauí, Distrito Federal, Espírito Santo e Sergipe.

⁴⁰⁹ Como cabe ao Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo deliberar sobre as normas reguladoras do processo eleitoral e formação da lista tríplice para escolha do defensor público-geral do Estado (art. 31, II, da Lei Complementar n. 988/2006), a forma do voto foi estabelecida na Deliberação n. 58 do Conselho Superior, nos termos do art. 13: “O voto é plurinominal, devendo o eleitor votar em até 3 (três) nomes daqueles constantes da cédula oficial”. Esse também é o sistema para formação da lista tríplice no Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme art. 10, § 1º, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público paulista.

⁴¹⁰ Sobre a escolha do procurador-geral da Justiça, que é realizada de forma semelhante, declara Hugo Nigro Mazzilli: “Posto muito se tenha evoluído, ficou-se a largo passo de uma garantia expressiva e real. A escolha pelo chefe do Executivo frequentemente já traz em si o germe de compromissos político-

Destaque-se que, para assumir a chefia da instituição (seja a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou Territórios), a Lei Complementar n. 80 exige um requisito de idade: o membro da instituição deve ter no mínimo 35 anos⁴¹¹.

3.6.1.1.3. Destituição

A Lei Complementar n. 80/94 é omissa acerca da forma de destituição do defensor público-geral da União. Mas, realizando uma interpretação sistemática, no caso do defensor público da União, como quem nomeia é o presidente da República, apenas ele tem o poder de destituir. E, como a nomeação é realizada com a aprovação do Senado Federal, também a destituição deve ser aprovada por esse órgão do Poder Legislativo federal. Trata-se do procedimento para a destituição do procurador-geral da República, conforme o § 2º do art. 128, e inc. XI do art. 52, todos da CF⁴¹². Ao comentar o procedimento de destituição do procurador-geral da República, afirma o ministro Sepúlveda ser um “inédito mecanismo de salvaguarda da independência externa do Ministério Público, em face dos Poderes do Estado, mediante a segurança no cargo do seu chefe”⁴¹³. Assim, objetivando a independência da Defensoria Pública da

partidários. Não raro, procuradores-gerais acabam gradualmente integrado ao governo. Ao tempo em que em tese tinham o poder de desfechar uma acusação penal contra o chefe local do Poder Executivo, foi verdadeira exceção ver um chefe do Ministério Público a buscar em juízo a responsabilização penal do governante em exercício, e, raríssimas vezes em que isso se deu, houve antes razões circunstanciais” (Introdução ao Ministério Público, cit., p. 122). Embora o defensor público-geral não tenha o poder de desfechar uma acusação penal, ele pode ajuizar demandas coletivas em face do chefe do executivo com o intuito, por exemplo, de implementação de políticas públicas.

⁴¹¹ Esse requisito está previsto nos seguintes artigos: 6º, 54 e 99, todos da Lei Complementar n. 80/94. Vale observar que esse requisito é exigido para a chefia de outras carreiras, como para a chefia do Ministério Público Federal (art. 25 da Lei Complementar n. 75/93).

⁴¹² “A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal” e “Compete privativamente ao Senado Federal: aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato”. É importante mencionar a diferença, no caso do procurador-geral da República, entre destituição e perda do cargo. Ensina Hugo Nigro Mazzilli: “O procurador-geral da República pode perder o cargo se condenado por crime de responsabilidade (‘impeachment’). Coisa diversa é a sua destituição, que só cabe por iniciativa do presidente da República, após a autorização da maioria absoluta do Senado, em decisão secreta” (Introdução ao Ministério Público, cit., p. 84). Vale destacar que a perda do cargo está prevista no art. 52, II, e parágrafo único, da CF: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade. (...) Parágrafo único. Nos casos previstos nos incs. I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

⁴¹³ Afirmação constante no voto do MS 21.239, RTJ 147/138, citado por: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 485.

União, deve o procedimento de destituição do defensor público-geral da União ser similar ao procedimento de destituição do procurador-geral da República.

Já a destituição do defensor público-geral do Distrito Federal tem previsão legal. Afirma o parágrafo único do art. 54 da Lei Complementar n. 80/94: “A exoneração, de ofício, do Defensor Público-Geral, por iniciativa do Presidente da República, é precedida de decisão de dois terços do Conselho Superior”.

No caso dos defensores públicos-gerais do Estado, a destituição deve estar prevista na legislação estadual.

A legislação paulista, por exemplo, possui a seguinte previsão:

Art. 14. O mandato do Defensor Público-Geral do Estado será de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento de que trata o artigo 13 desta lei complementar. Parágrafo único – O mandato referido no “*caput*” deste artigo não impede a destituição pelo Governador do Estado, nas seguintes hipóteses: 1. abuso de poder; 2. conduta incompatível; 3. grave omissão nos deveres dos cargos.

Importante é a previsão de provocação à destituição por decisão do Conselho Superior. Afirma o art. 31, inc. XV:

Ao Conselho Superior compete: decidir, por voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, sobre a representação ao Governador do Estado visando à destituição do Defensor Público-Geral do Estado, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 14 desta lei complementar.

No caso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a destituição do defensor público-geral apenas se dá por decisão do Poder Legislativo⁴¹⁴.

3.6.1.2. Subdefensoria Pública Geral

O subdefensor público-geral, pela Lei Complementar n. 80/94, é o substituto automático do defensor público-geral.

3.6.1.2.1. Atribuições

⁴¹⁴ Afirma o § 6º do art. 7º da Lei Complementar carioca n. 6: “O Defensor Público Geral do Estado, assegurada a ampla defesa, poderá ser destituído pelo voto da maioria absoluta da Assembleia Legislativa em caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão nos deveres do cargo e mediante: I – Representação de 1/5 (um quinto) dos Deputados Estaduais; II – Representação do Governador do Estado; III – Representação de 2/3 (dois terços) dos membros, em atividade, da Defensoria Pública”. Essa forma de destituição do chefe da Defensoria Pública segue a forma de destituição do chefe do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previsto no § 4º do art. 128 da CF: “Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva”.

As atribuições do subdefensor público-geral da União e do Distrito Federal, além da atribuição principal de substituir o defensor público-geral, segundo a Lei Complementar n. 80/94, é auxiliar o defensor público-geral nos assuntos de interesse da Instituição, bem como desincumbir-se das tarefas e delegações que lhe forem determinadas pelo defensor público-geral.

Vale observar que a legislação paulista, por exemplo, optou por constituir três Subdefensorias Públicas-Gerais, com atribuições específicas. A primeira Subdefensoria Pública Geral é responsável pelo planejamento da Defensoria Pública do Estado. A Segunda é responsável por administrar, coordenar e orientar a atuação das Defensorias da Capital e da Região Metropolitana. A terceira, por fim, responsável pela Defensoria Pública do Interior.

Ao nosso ver, é salutar essa previsão com o intuito de descentralizar a administração e torná-la mais eficiente.

3.6.1.2.2. Escolha

Da mesma forma que a escolha do defensor público-geral, a forma pela qual ocorre a escolha das Subdefensorias indica o grau de autonomia da Defensoria Pública.

No caso da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, a escolha do subdefensor público-geral é realizada pelo presidente da República com base em uma lista sêxtupla elaborada pelo Conselho Superior.

Na esfera estadual, conforme já visto, doze defensores públicos-gerais têm atribuição de compor, por ato próprio, seus órgãos de administração superior⁴¹⁵. Fato que indica maior autonomia do órgão.

3.6.1.3. Conselho Superior da Defensoria Pública

O Conselho Superior da Defensoria Pública é o órgão colegiado e deliberativo da instituição.

3.6.1.3.1. Atribuições

⁴¹⁵ São eles: Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Acre, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Roraima, Rondônia e Tocantins.

As atribuições do Conselho Superior da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios estão previstas nos arts. 10 e 58 da Lei Complementar n. 80/94, respectivamente.

Compete ao Conselho Superior: exercer o poder normativo no âmbito da Defensoria Pública correspondente; opinar, por solicitação do defensor público-geral, sobre matéria pertinente à autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública correspondente; elaborar lista tríplice destinada à promoção por merecimento; aprovar a lista de antiguidade dos membros da Defensoria Pública correspondente e decidir sobre as reclamações a ela concernentes; recomendar ao defensor público-geral a instauração de processo disciplinar contra membros e servidores da Defensoria Pública correspondente; conhecer e julgar recurso contra decisão em processo administrativo disciplinar; decidir sobre pedido de revisão de processo administrativo disciplinar; decidir acerca da remoção voluntária dos integrantes da carreira da Defensoria Pública correspondente; decidir sobre a avaliação do estágio probatório dos membros da Defensoria Pública correspondente, submetendo sua decisão à homologação do defensor público-geral; decidir acerca da destituição do corregedor-geral, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa; deliberar sobre a organização de concurso para ingresso na carreira e designar os representantes da Defensoria Pública correspondente que integrarão a Comissão de Concurso; organizar os concursos para provimento dos cargos da carreira de Defensor Público da União ou do Distrito Federal e os seus respectivos regulamentos; recomendar correições extraordinárias; indicar os seis nomes dos membros da classe mais elevada da carreira para que o presidente da República nomeie, entre estes, o subdefensor público-geral e o corregedor-geral.

A Lei Complementar n. 80/94 apenas aborda as atribuições do Conselho Superior das Defensorias Públicas estaduais de forma genérica, conforme dispõe o art. 102: “Ao Conselho Superior compete exercer as atividades consultivas, normativas e decisórias a serem previstas na lei estadual”.

Conforme o II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, em todas as instituições, com exceção da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o exercício normativo é exercido com exclusividade pelo Conselho Superior.

O referido diagnóstico apresenta importantes comparações: a) apenas nos Estados do Amapá e de Sergipe o Conselho Superior não decide quanto à destituição do Corregedor-Geral; b) Em apenas três unidades da Federação (Paraíba, Sergipe e Distrito

Federal) a organização do concurso de ingresso na carreira não é atribuída ao Conselho Superior; c) em 14 (quatorze) Estados (Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Norte e São Paulo) a competência exclusiva do Conselho Superior para decidir sobre sanções disciplinares aplicáveis aos defensores públicos ou aos servidores ainda divide as unidades da Federação.

3.6.1.3.2. Escolha

É certo que a forma de composição desse Conselho é um indicador do nível de democracia interna da instituição.

Assim, é importante mencionar que dos 25 (vinte e cinco) Conselhos Superiores da Defensoria Pública, 24 (vinte e quatro) são formados por membros nato, pertencentes à Administração, e membros eleitos (composição mista). Apenas o do Amapá é composto somente por membros natos.

E mais, 5 (cinco) Conselhos Superiores são compostos por maioria de membros eleitos⁴¹⁶. Vale ressaltar ainda que, na Defensoria Pública de São Paulo, há representantes eleitos de todos os níveis da carreira, com exceção do nível substituto, podendo ser ocupados, inclusive, por defensores públicos não efetivos, ou seja, ainda em estágio probatório.

Vale mencionar que o PLC n. 28/2007 prevê a obrigatoriedade de o Conselho Superior das Defensorias Públicas Estaduais ser formado por maioria de membros eleitos⁴¹⁷.

⁴¹⁶ São eles: Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima, São Paulo e Tocantins. Os Estados que possuem composição paritária, com distribuição equitativa entre eleitos e natos, são 13 (Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe) e a Defensoria Pública da União. Apenas 2 (dois) Conselhos Superiores são formados por maioria de membros natos (Alagoas e Pernambuco). É necessário, porém, observar que, nos casos de composição paritária, muitas vezes, na prática, revela-se como sendo de maioria de membros nato, tendo em vista a previsão do voto do defensor público-geral como de qualidade. É o caso da Defensoria Pública da União, nos termos do § 1º do art. 9º: “O Conselho Superior é presidido pelo Defensor Público-Geral, que, além do seu voto de membro, tem o de qualidade, exceto em matéria de remoção e promoção, sendo as deliberações tomadas por maioria de votos”.

⁴¹⁷ Afirma o art. 101 do Projeto de Lei Complementar: “A composição do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado deve incluir obrigatoriamente o Defensor Público-Geral, o Subdefensor Público-Geral, o Corregedor-Geral e o Ouvidor-Geral, como membros natos, e, em sua maioria, representantes da carreira, já aprovados em estágio probatório, eleitos pelo voto direto, plurinominal e obrigatório de todos os integrantes da carreira, em número e forma a serem fixados em lei estadual. § 1º O Conselho Superior é presidido pelo Defensor Público-Geral do Estado, que terá voto de qualidade, exceto em matéria disciplinar. § 2º As eleições serão realizadas em conformidade com as instruções

No caso da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, por expressa previsão legal, o voto dos membros da carreira para compor o Conselho Superior é obrigatório⁴¹⁸. Também é obrigatório em algumas Defensorias Públicas estaduais, como é o caso da do Acre⁴¹⁹.

3.6.1.4. Corregedoria Geral da Defensoria Pública

A Corregedoria Geral da Defensoria Pública, órgão da Administração Superior, tem como papel orientar e fiscalizar a atividade funcional e a conduta pública dos defensores públicos. É representado pelo corregedor-geral da Defensoria Pública.

3.6.1.4.1. Atribuições

As atribuições da Corregedoria Geral da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, bem como das Defensorias Públicas estaduais, estão previstas nos arts. 13, 61 e 105 da Lei Complementar n. 80/94, respectivamente.

São atribuições da Corregedoria Geral: realizar correições e inspeções funcionais; sugerir ao defensor público-geral o afastamento de defensor público que esteja sendo submetido à correição, sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando cabível; propor, fundamentadamente, ao Conselho Superior a suspensão do estágio probatório de membros da Defensoria Pública correspondente; receber e processar as representações contra os membros da Defensoria Pública correspondente, encaminhando-as, com parecer, ao Conselho Superior; apresentar ao Defensor Público-Geral, em janeiro de cada ano, relatório das atividades desenvolvidas no ano anterior;

baixadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado. § 3º Os membros do Conselho Superior são eleitos para mandato de dois anos, permitida uma reeleição. § 4º São elegíveis os membros estáveis da Defensoria Pública que não estejam afastados da carreira. § 5º Terá assento e voz nas reuniões do Conselho Superior o presidente de associação ou sindicato dos membros da Defensoria Pública do Estado”

⁴¹⁸ Dispõe os arts. 9º e 57 da Lei Complementar n. 80/94: “Art. 9º O Conselho Superior da Defensoria Pública da União é composto pelo Defensor Público-Geral, pelo Subdefensor Público-Geral e pelo Corregedor-Geral, como membros natos e por igual número de representantes da categoria mais elevada da carreira, eleitos pelo voto obrigatório, por todos os integrantes da Instituição”. “Art. 57. O Conselho Superior da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é composto pelo Defensor Público-Geral, pelo Subdefensor Público-Geral e pelo Corregedor-Geral, como membros natos e por igual número de representantes da categoria mais elevada da carreira, eleitos pelo voto obrigatório, por todos os integrantes da Instituição”.

⁴¹⁹ Afirma o art. 5º da Lei Estadual: “O Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado é composto pelo defensor público-geral, pelo subdefensor público-geral e pelo corregedor-geral, como membros natos, e por igual número de representantes da carreira, eleitos pelo voto obrigatório, por todos os integrantes da instituição.

propor a instauração de processo disciplinar contra membros da Defensoria Pública correspondente e seus servidores; acompanhar o estágio probatório dos membros da Defensoria Pública correspondente; propor a exoneração de membros da Defensoria Pública da União que não cumprirem as condições do estágio probatório.

Aproveitemos essa oportunidade para enfrentar uma questão de suma importância: a Corregedoria Geral tem exclusividade no exercício de fiscalização da atuação profissional do defensor público? A pergunta se justifica pela existência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, órgão responsável por julgar os processos disciplinares dos advogados.

Conforme será analisado no item seguinte, entendemos que os defensores públicos não são espécie do gênero advogado. Por essa razão, não deverá ter inscrição na OAB e, por consequência, não teria jamais o Tribunal de Ética competência para apurar eventual falta disciplinar do defensor público.

Entretanto, mesmo que se entenda que o defensor público é uma espécie do gênero advogado, ainda assim não tem o Tribunal de Ética competência para apurar atos dos defensores. Vejamos as razões:

Primeiro por uma questão de ordem formal. A CF destaca que caberá à lei complementar organizar a Defensoria Pública e, nesse sentido, somente a lei complementar poderá prever deveres e sanções aos membros da Defensoria Pública. Conforme o mandamento constitucional, promulgou-se a Lei Complementar n. 80/94, a Lei Orgânica da Defensoria Pública. E, no diploma legal, conforme assinalado, foi previsto a Corregedoria Geral como órgão responsável por fiscalizar a atuação dos defensores públicos, responsável por receber e processar as representações contra os membros da Defensoria Pública.

Já o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB tem previsão no Estatuto dos Advogados e da OAB, bem como no Código de Ética, ambos diplomas e *status* de leis ordinárias. Assim, tais diplomas não poderiam ser espécies normativas competentes para tratar do assunto.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o legislador, dada a importância do tema, optar por trazer não só as atribuições da Corregedoria Geral da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, mas também por prever especificamente as atribuições da Corregedoria Geral dos Estados. Observe-se que a lei complementar federal, ao tratar das atribuições do defensor público-geral, preferiu apenas trazer uma

atribuição genérica, deixando a lei complementar estadual específica tratar do tema de forma detalhada.

Ademais, eventual falta disciplinar cometida na atuação de um defensor público não pode ser processada em dois órgãos distintos, gerando eventualmente duas penalidades para o mesmo ato. Haveria um típico caso de *bis in idem*, o que não é permitido pelo ordenamento.

Outro aspecto é a existência do princípio da autonomia funcional da instituição da Defensoria Pública. Conforme já tratado, não existe hierarquia entre a Defensoria Pública e a Administração Pública, seja direta ou indireta. A possibilidade de apurar eventual prática de falha disciplinar cometida por um defensor público por uma autarquia, ainda que em regime especial, geraria uma subordinação inadequada da instituição, ante os princípios constitucionais inerentes à Defensoria Pública.

Merece destaque o fato de que o defensor público detém independência funcional, a qual deve ser observada para verificar eventual infração disciplinar.

Por fim, algumas situações práticas diferenciam a atuação do defensor público e do advogado particular, de modo a não justificar a subordinação.

Por exemplo: O defensor público possui suas atribuições específicas conforme o posto em que está lotado. Assim, não está vinculado ao processo que iniciou, mas sim ao órgão em que exerce suas funções. Por essa razão, na hipótese de remoção, por exemplo, esse defensor público não será mais responsável por aquele processo, independentemente de informação ao juízo ou ao assistido. Lembre-se que a Defensoria Pública é regida pelo princípio da indivisibilidade, o que permite a substituição automática. Assim, não poderá sofrer sanções por suposto “abandono” do processo⁴²⁰.

E, somente a Corregedoria Geral tem possibilidade de verificar previamente a ausência de justa causa para o início de um processo disciplinar nesse caso. Já o Tribunal de Ética não terá a possibilidade, gerando processos disciplinares totalmente infundados. Não é raro, lamentavelmente, membros da Defensoria Pública receberem intimações para se manifestarem sobre denúncias de assistidos por suposto “abandono do processo”.

3.6.1.4.2. Escolha

⁴²⁰ Dispõe o art. 12 do Código de Ética e Disciplina da OAB: “O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo os feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte”.

A escolha do corregedor-geral da União e do Distrito Federal e Territórios é realizada pelo presidente da República, com base em lista sêxtupla elaborada pelo Conselho Superior (arts. 12 e 60 da Lei Complementar n. 80/94).

Na mesma linha, por expressa previsão legal da lei federal, o corregedor-geral das Defensorias Públicas dos Estados deve ser nomeado pelo governador do Estado, que fará com base em uma lista sêxtupla elaborada pelo Conselho Superior, entre os integrantes da classe mais elevada da carreira (art. 104).

3.6.1.4.3. Destituição

A destituição do corregedor-geral da Defensoria Pública poderá ocorrer antes do término do mandato, por proposta do defensor público-geral, pelo voto de dois terços dos membros do Conselho Superior, assegurada ampla defesa. Trata-se de procedimento idêntico em todas as Defensorias Públicas (parágrafo único do art. 12, parágrafo único do art. 60 e parágrafo único do art. 104).

3.6.2. Órgãos de atuação

3.6.2.1. Defensorias Públicas

As Defensorias Públicas são as unidades de trabalho dos defensores públicos. São, portanto, unidades administrativas. As unidades da Defensoria Pública podem ser divididas entre unidades de primeiro atendimento e aquelas relacionadas a um juízo de atuação.

As unidades de primeiro atendimento são a porta de entrada da Defensoria Pública. É de extrema importância que essas unidades sejam descentralizadas, isto é, que fiquem localizadas próximas à população, principalmente da população de baixa renda. É, portanto, imprescindível que essas unidades estejam integradas no ambiente da população de baixa renda⁴²¹.

É fundamental também que essas unidades não sejam um ambiente intimidador, como são os fóruns e tribunais, e que os defensores públicos não sejam caracterizados

⁴²¹ Infelizmente, essa não é a realidade de São Paulo. Apesar de ser uma cidade de dimensão gigantesca, o primeiro atendimento da Defensoria Pública é realizado apenas em um prédio, localizado no centro de São Paulo. Essa situação permanece em razão da absoluta ausência de estrutura de recursos humanos e financeiros para realizar a desejável descentralização.

como figuras opressoras, tal qual são tidos por boa parte da população os juízes, promotores e advogados em geral.

A relação entre defensor público e indivíduo deve ser uma relação horizontal, e não vertical, como ocorre hoje na relação juiz e jurisdicionado.

Os defensores públicos atuantes nesse primeiro atendimento devem ter o cuidado de utilizar linguagem acessível às pessoas leigas, para que o indivíduo se aproxime das questões jurídicas que estão presentes na vida cotidiana. Não se trata de um discurso infantilizado, mas sim de um discurso acessível para a população leiga e, normalmente, carente de educação formal.

Sobre o tema, assevera Boaventura de Souza Santos:

Se tivesse que responder à pergunta qual o contributo da Defensoria para uma revolução democrática da justiça, diria que caberia aos defensores realizar o que tenho designado sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos daqueles cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura judicial e o conhecimento de direitos são suprimidos e activamente reproduzidos, como não existente, quando na verdade são quotidianamente esmagados pela linguagem esotérica das profissões jurídicas, pela presença arrogante e pela maneira cerimonial de vestir das autoridades estatais, pelos edifícios ostentosos e secretarias labirínticas dos tribunais, etc.⁴²²

É fundamental que existam nessas unidades de primeiro atendimento centros especializados em meios alternativos de composição de conflito: conciliação, mediação e arbitragem⁴²³.

Além de próximos da comunidade, com vistas ao acesso das pessoas, seria interessante que esses postos de primeiro atendimento realizassem também serviços à noite, de sorte que as pessoas que trabalham não deixem de utilizar o serviço pela impossibilidade de faltar ao trabalho.

Nessa unidade, deve ser realizada a avaliação econômico-financeira do indivíduo para detectar se é ou não destinatário da assistência jurídica.

As outras unidades de atuação são aquelas que se relacionam diretamente com um juízo. São unidades processuais, responsáveis por atuar no processo e prestar informações sobre o andamento desses aos interessados.

⁴²² SANTOS, Boaventura de Souza. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça, cit., p. 6.

⁴²³ Os meios alternativos de composição de conflitos por meio da Defensoria Pública serão abordados no Capítulo 5 deste estudo.

3.6.2.2. Núcleos especializados da Defensoria Pública

Os núcleos especializados da Defensoria Pública da União e dos Estados têm previsão na Lei Complementar n. 80/94. Eles têm como função o suporte e o auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição.

Ademais, a atuação executiva do Núcleo deve se focar na atuação coletiva, isto é, na satisfação de interesses coletivos *lato sensu*, por meio de ações coletivas, em matéria referente ao Núcleo.

Trata-se da denominada Defensoria “não tradicional”⁴²⁴.

Apenas a título de exemplo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo possui instalados 8 (oito) Núcleos Especializados: a) habitação e urbanismo; b) cidadania e direitos humanos; c) infância e juventude; d) segunda instância e tribunais superiores; e) situação carcerária; f) direito dos idosos; g) defesa da mulher; h) combate à discriminação⁴²⁵.

3.6.3. Órgãos de execução

3.6.3.1. Defensores Públicos

A figura do defensor público será tratada mais detalhadamente no item próximo.

3.6.4. Outros órgãos

Os órgãos tratados até o momento são aqueles previstos na Lei Complementar n. 80/94. Agora, faz-se necessário tratar, ainda que de forma breve, de outros órgãos da Defensoria Pública, de suma importância, previstos na Lei Complementar paulista n. 988/2006.

3.6.4.1. Ouvidoria Geral

⁴²⁴ MASCARENHAS, Brenno. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Diagnóstico de uma transformação, cit., p. 69-70.

⁴²⁵ Merece destaque o fato de os últimos 3 (três) núcleos especializados terem sido instalados em razão da demanda da sociedade civil exposta na Conferência Estadual da Defensoria Pública, que, conforme será analisado, tem o papel de dar o norte da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Fato que confirma o caráter mais democrático dessa instituição.

Em primeiro lugar, é importante registrar que a Ouvidoria Geral, conforme art. 11, VII, da Lei Complementar paulista, é órgão pertencente à Administração Superior da Defensoria Pública de São Paulo. E, nessa condição, possui assento no Conselho Superior da Defensoria Pública, porém sem direito a voto⁴²⁶.

A despeito de não ter previsão na lei complementar federal, a Ouvidoria está presente em 6 (seis) Defensorias⁴²⁷.

É importante destacar a inovação da instituição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em prever a figura do ouvidor-geral como sendo pessoa alheia aos quadros da carreira⁴²⁸.

No caso do Estado de São Paulo, o ouvidor-geral é nomeado pelo governador do Estado, entre os indicados em lista tríplice organizada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe), para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, respeitado o mesmo procedimento. É o que afirma o art. 37 da Lei Complementar n. 988/2006.

Vejamos as atribuições da Ouvidoria Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, previstas nos incisos do art. 42 da Lei Complementar n. 988/2006:

I – receber dos membros da Defensoria Pública do Estado ou do público externo reclamações relacionadas à qualidade dos serviços prestados pela instituição, bem como sugestões para o aprimoramento destes serviços; II – encaminhar as reclamações e sugestões apresentadas à área competente e acompanhar a tramitação, zelando pela celeridade na resposta; III – concluir pela procedência ou improcedência da reclamação de que trata o inciso II deste artigo, informando-a ao interessado; IV – propor aos órgãos competentes a instauração dos procedimentos destinados à apuração de responsabilidade administrativa, civil ou criminal, quando for o caso; V – estimular a participação do cidadão na identificação dos

⁴²⁶ É o que está disposto no § 2º do art. 37 da Lei Complementar n. 988/2006. Vale registrar a existência de um anteprojeto de lei de alteração da Lei Complementar n. 988/2006, que visa incluir o direito a voto para o ouvidor-geral da Defensoria Pública.

⁴²⁷ Esse órgão está presente nos seguintes Estados: Ceará, Bahia, Distrito Federal, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo.

⁴²⁸ “A Defensoria Pública de São Paulo apresentou-se como a mais moderna e transparente instituição jurídica do País, pois criou inéditos mecanismos de participação da sociedade civil na sua gestão e fiscalização. É o primeiro órgão jurídico do Brasil – seja tribunal, Ministério Público ou qualquer outro – a ter uma Ouvidoria ocupada por pessoa de fora da carreira, indicada por entidades de direitos humanos para participar da gestão da instituição e da fiscalização da qualidade dos serviços prestados” (LEITE, Antonio José Maffezzoli; FRANCO, Alberto Silva. *Defensoria Pública, três anos: o órgão tem muito a mostrar neste aniversário, mas pouco a comemorar*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 14 jan. 2009. Opinião. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090114/not_imp306848,0.php. Vale mencionar que em 2009 foi implementada a Ouvidoria Geral da Defensoria Pública da Bahia, presidida por pessoa fora da carreira.

problemas, fiscalização e planejamento dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado; VI – propor ao Defensor Público-Geral do Estado e ao Defensor Público do Estado Corregedor-Geral a adoção de medidas que visem ao aprimoramento dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado; VII – manter contato permanente com os vários órgãos da Defensoria Pública do Estado, estimulando-os a atuar em permanente sintonia com os direitos dos usuários; VIII – publicar relatório semestral de atividades, que conterà também as medidas propostas aos órgãos competentes e a descrição dos resultados obtidos; IX – coordenar a realização de pesquisas periódicas referentes ao índice de satisfação dos usuários; X – preservar o sigilo de identidade do denunciante, desde que solicitado.

A Ouvidoria Geral é composta também pelo Conselho Consultivo, que tem como finalidade acompanhar os trabalhos do órgão e formular críticas e sugestões para o aprimoramento de seus serviços, constituindo canal permanente de comunicação com a sociedade civil. O Conselho é formado por 11 (onze) membros, indicados pelo ouvidor-geral, que indicará representantes de entidades notoriamente compromissadas com os princípios e atribuições da Defensoria Pública do Estado.

Vale consignar que o PLC n. 28/2007 prevê a inserção da Ouvidoria Geral como órgão auxiliar da Defensoria Pública⁴²⁹.

3.6.4.2. Órgãos auxiliares

O art. 56 da Lei paulista prevê 7 (sete) órgãos auxiliares. Assim dispõe o artigo:

São órgãos auxiliares da Defensoria Pública do Estado: I – a Escola da Defensoria Pública do Estado; II – a Coordenadoria Geral de Administração; III – o Grupo de Planejamento Setorial; IV – a Coordenadoria de Comunicação Social e

⁴²⁹ O referido Projeto prevê a inserção dos seguintes dispositivos: “Art. 105-A. A Ouvidoria-Geral é órgão auxiliar da Defensoria Pública do Estado, de acompanhamento da fiscalização da atividade funcional dos seus membros e servidores. Parágrafo único. A Ouvidoria-Geral contará com servidores da Defensoria Pública do Estado e com a estrutura definida pelo Conselho Superior após proposta do Ouvidor-Geral. Art. 105-B. O Ouvidor-Geral será nomeado pelo Defensor Público-Geral, na forma disciplinada na legislação estadual. Parágrafo único. O cargo de Ouvidor-Geral será exercido em regime de dedicação exclusiva. Art. 105-C. À Ouvidoria-Geral compete: I – receber e encaminhar ao Corregedor-Geral representação contra membros e servidores da Defensoria Pública do Estado, assegurada a defesa preliminar; II – propor aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública do Estado, medidas e ações que visem à consecução dos princípios institucionais e ao aperfeiçoamento dos serviços prestados; III – elaborar e divulgar relatórios sobre suas atividades; IV – participar do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado; e V – promover atividades de intercâmbio com a sociedade civil. Parágrafo único. As representações podem ser apresentadas por qualquer pessoa, inclusive os próprios membros e servidores da Defensoria Pública do Estado, entidade ou órgão público”.

Assessoria de Imprensa; V – a Coordenadoria de Tecnologia da Informação; VI – os Centros de Atendimento Multidisciplinar; VII – os Estagiários.

Destacamos a seguir três desses órgãos.

3.6.4.2.1. Escola da Defensoria Pública

A Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo possui, segundo os incisos do art. 58 da Lei paulista, competência para:

I – promover a atualização profissional e o aperfeiçoamento técnico dos membros, estagiários e servidores, realizando cursos, conferências, seminários e outras atividades científicas relativas às áreas de atuação e às atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado; II – promover a capacitação funcional dos membros e servidores, necessária ao exercício de cargos de coordenação, notadamente para a incorporação de técnicas de gestão, administração, relacionamento interpessoal e liderança; III – editar revistas e boletins periódicos de conteúdo multidisciplinar visando à divulgação de estudos, artigos e pesquisas de interesse institucional; IV – manter intercâmbios e convênios com instituições de ensino, órgãos públicos e entidades cuja atuação guarde afinidade com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, inclusive com órgãos de ensino e formação das demais carreiras jurídicas; V – manter biblioteca atualizada, efetuando o tombamento e classificação de livros, revistas, impressos, documentos, arquivos eletrônicos e eletromagnéticos que componham seu acervo; VI – disponibilizar aos membros, estagiários e servidores da Defensoria Pública do Estado, por meio da "internet" ou outro instrumento eletrônico, ferramentas de pesquisa e espaço para troca de informações; VII – promover a rápida e constante atualização dos membros da Defensoria Pública do Estado em matéria legislativa, doutrinária e jurisprudencial de interesse dos serviços; VIII – realizar pesquisas e estudos bibliográficos solicitados pelos órgãos de execução, relacionados ao desempenho de suas atividades; IX – custear integralmente as despesas de membros e servidores relativas à participação nas atividades que promover; X – custear, integral ou parcialmente, as despesas de membros e servidores relativas à participação em eventos promovidos por outros órgãos de natureza científica e acadêmica que propiciem a atualização e aperfeiçoamento profissionais; XI – participar da organização do concurso de ingresso na carreira de Defensor Público; XII – promover o curso de preparação à carreira, destinado aos Defensores Públicos em estágio probatório; XIII – incentivar a participação dos Defensores Públicos nos conselhos

municipais, estaduais e comunitários que tenham atuação em matéria correlata; XIV – auxiliar o Conselho Superior na fixação de parâmetros mínimos de qualidade para atuação dos Defensores Públicos; XV – organizar encontro anual dos Defensores Públicos para a definição de teses institucionais, que deverão ser observadas por todos os membros da carreira, constituindo parâmetros mínimos de qualidade para atuação; XVI – acompanhar e avaliar a qualidade das atividades executadas pelos Defensores Públicos em estágio probatório, enviando relatórios individuais ao Conselho Superior.

Assim, o principal objetivo da Escola é o constante aperfeiçoamento dos profissionais da Defensoria Pública, buscando a excelência na prestação do serviço de assistência jurídica.

A Escola é presidida por um Diretor, com mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução.

3.6.4.2.2. Centros de atendimento multidisciplinar

Afirmam os arts. 69 e 70:

Art. 69. Compete aos Centros de Atendimento Multidisciplinar assessorar os Defensores Públicos nas áreas relacionadas às suas atribuições

Art. 70. Para o desempenho de suas atribuições, os Centros de Atendimento Multidisciplinar poderão contar com profissionais e estagiários das áreas de psicologia, serviço social, engenharia, sociologia, estatística, economia, ciências contábeis e direito, dentre outras.

Trata-se de uma previsão de suma importância e inovadora. No dia a dia dos atendimentos da Defensoria Pública, o que se percebe é que, muitas vezes, o problema narrado por aquele que procura a Defensoria Pública não é propriamente jurídico, mas sim problemas familiares que se resolvem mediante uma conversa com um profissional habilitado, como assistente social ou psicólogo, e não como uma sentença de um juiz. Ademais, esses profissionais são de grande valia para implementar, por exemplo, a mediação como forma de composição de conflito extrajudicial destinada a conflitos de relação permanente, como são os conflitos de família.

Vale destacar que a regra 41, do documento *100 Reglas*, destaca a importância da atuação interdisciplinar para melhora da resposta do sistema judicial de uma pessoa em condição de vulnerabilidade⁴³⁰.

O atendimento interdisciplinar também está contemplado no PLC n. 28/2007. O inc. IV do art. 4º prevê como função institucional o atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou servidores de apoio.

3.6.4.2.3. Estagiários

Os estagiários auxiliam muito nas tarefas diárias dos defensores públicos. Eles assumem a função após concurso público de provas e títulos.

Afirma o art. 79 da referida Lei Complementar:

Incumbe ao estagiário de direito, no exercício de suas atividades: I – o levantamento de dados, de conteúdo doutrinário ou jurisprudencial; II – o acompanhamento das diligências de que for incumbido; III – o atendimento ao público, nos limites da orientação que venha a receber; IV – o controle da movimentação dos autos de processos administrativos ou judiciais, acompanhando a realização dos correspondentes atos e termos; V – a execução dos serviços de digitação de correspondências e minutas de peças processuais, sob a supervisão de Defensor Público; VI – o desempenho de quaisquer outras atividades compatíveis com sua condição acadêmica.

3.7. O Defensor Público

3.7.1. A carreira

A Constituição Federal, no § 1º do art. 134, determina que a Defensoria Pública deve ser organizada em cargos de carreira.

A Lei Complementar n. 80/94 determina, para a Defensoria Pública da União e do Distrito, que a carreira deverá ser formada por três categorias: a) Defensor Público de 2ª Categoria (inicial); b) Defensor Público de 1ª Categoria (intermediária); c) Defensor Público de Categoria Especial (final).

⁴³⁰ Redação da regra 41: “*Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad*”.

No caso da Defensoria Pública da União, afirmam os arts. 20 e seguintes:

Art. 20. Os Defensores Públicos da União de 2ª Categoria atuarão junto aos Juízos Federais, às Juntas de Conciliação e Julgamento, às Juntas e aos Juízes Eleitorais, aos Juízes Militares, nas Auditorias Militares, ao Tribunal Marítimo e às instâncias administrativas.

Art. 21. Os Defensores Públicos da União de 1ª Categoria atuarão junto aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais Regionais Eleitorais.

Art. 22. Os Defensores Públicos da União de Categoria Especial atuarão junto ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal Militar.

Art. 23. O Defensor Público-Geral atuará junto ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, no caso da Defensoria Pública da União, a distinção da atuação de cada categoria se dá conforme o grau de jurisdição.

No caso da Defensoria Pública do Distrito Federal, afirmam os arts. 66 e seguintes da Lei Complementar n. 80/94:

Art. 66. Os Defensores Públicos do Distrito Federal de 2ª Categoria atuarão nos Núcleos das Cidades Satélites, junto aos Juízes de Direito e às instâncias administrativas do Distrito Federal e dos Territórios, ou em função de auxílio ou substituição nos Núcleos do Plano Piloto.

Art. 67. Os Defensores Públicos do Distrito Federal e dos Territórios de 1ª Categoria atuarão nos Núcleos do Plano Piloto, junto aos Juízes de Direito e às instâncias administrativas do Distrito Federal e dos Territórios, ou em função de auxílio ou substituição junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Art. 68. Os Defensores Públicos do Distrito Federal e dos Territórios de Categoria Especial atuarão junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e aos Tribunais Superiores, quando couber (art. 22, parágrafo único).

Na Defensoria Pública do Distrito Federal, a distinção da atuação das categorias ocorre com base em dois critérios: grau de jurisdição e localização da atuação.

No caso das Defensorias Públicas estaduais, a cada lei local caberá dispor sobre a divisão de categorias e sua atuação em todos os Juízos de 1º grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2º grau de jurisdição, instâncias administrativas e

Tribunais Superiores (art. 22, parágrafo único), conforme previsão do art. 111 da Lei Complementar n. 80/94.

No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, as classes da carreira não possuem qualquer relação com o grau de jurisdição ou a localidade em que o defensor público atua. Dessa forma, é possível que um defensor público da maior classe da carreira (nível V) esteja lotado em uma cidade de poucos habitantes, correspondente à entrância inicial do Poder Judiciário. Da mesma forma é possível que um defensor público da menor classe (nível substituto) possa estar lotado na Capital, entrância especial do Poder Judiciário.

Ademais, o defensor público que inicia o processo deve acompanhá-lo até o trânsito em julgado da sentença, de sorte que deve officiar em segundo grau de jurisdição, bem como nos Tribunais Superiores, independentemente do nível da carreira. Nesse contexto, vale destacar o importante papel do Núcleo de 2ª Instância e dos Tribunais Superiores da Defensoria Pública em auxiliar os defensores públicos nessa atuação.

3.7.2. Ingresso na carreira

3.7.2.1. Necessidade de concurso público

O § 1º do art. 134 da CF determina que os cargos da Defensoria Pública devem ser providos por concurso público. Essa regra é absoluta, não podendo sofrer qualquer exceção. Nesse sentido posicionou-se o STF, que considerou inconstitucional a contratação temporária de defensores públicos sem a exigência de concurso público⁴³¹.

É importante destacar que a Defensoria Pública surgiu para ser a única instituição estatal responsável pela assistência jurídica dos necessitados, como visto apenas na CF de 1988. Ocorre que, em vários estados, já existiam instituições responsáveis por exercer tal mister. Por isso, nesses estados, não seria necessário criar novos órgãos, mas sim fazer ajustes conforme a nova ordem constitucional.

Merece destaque o art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

⁴³¹ “Defensoria Pública – Contratação por prazo determinado – Incompatibilidade constitucional. Ao primeiro exame, surge relevante a articulação sobre a inconstitucionalidade de lei viabilizadora da contratação temporária de defensores públicos, ante o disposto nos artigos 37, inciso II, e 134 da Constituição Federal. Suspensão de eficácia da Lei nº 6.094, de 20 de janeiro de 2000, do Estado do Espírito Santo” (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 2229/ES, rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.9.2000, DJ 10.11.2000, p. 81, v.u.).

É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.

No Estado de São Paulo, por exemplo, o serviço era prestado pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), integrante da Procuradoria Geral do Estado. Com a criação da Defensoria Pública de São Paulo, tardiamente em 2006, quem integrava aquele órgão, por expressa previsão legal, pôde optar por integrar a Defensoria Pública, quando de sua criação⁴³².

Essa possibilidade de opção foi questionada, e, acertadamente, o STF decidiu pela constitucionalidade da migração dos membros da Procuradoria Geral do Estado para a Defensoria Pública. Vejamos a ementa do julgado:

Defensoria pública – Procuradores do Estado – Opção. É constitucional lei complementar que viabiliza a Procuradores do Estado a opção pela carreira da Defensoria Pública quando o cargo inicial para o qual foi realizado o concurso englobava a assistência jurídica e judiciária aos menos afortunados⁴³³.

É importante ressaltar que aqueles que optaram foram providos em seu cargo de origem, procurador do Estado, por meio de concurso público, de tal sorte que não houve qualquer ofensa à regra prevista de ingresso na carreira.

O mesmo, entretanto, não ocorreu com os defensores públicos do Estado de Minas Gerais, tendo em vista que muitos deles não eram concursados⁴³⁴.

⁴³² Afirma o art. 3º das Disposições Transitórias da Lei Complementar paulista n. 988/2006: “Aos Procuradores do Estado de São Paulo, no prazo de 60 (sessenta) dias da promulgação desta lei complementar, será facultada opção, de forma irrevogável, pela carreira de Defensor Público, na seguinte conformidade: I – Procurador do Estado Substituto para Defensor Público do Estado Substituto; II – Procurador do Estado Nível I para Defensor Público do Estado Nível I; III – Procurador do Estado Nível II para Defensor Público do Estado Nível II; IV – Procurador do Estado Nível III para Defensor Público do Estado Nível III; V – Procurador do Estado Nível IV para Defensor Público do Estado Nível IV; VI – Procurador do Estado Nível V para Defensor Público do Estado Nível V”.

⁴³³ STF, Tribunal Pleno, ADI 3720/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 31.10.2007, DJ 28.3.2008, p. 323, v.u.

⁴³⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 140, caput e parágrafo único, e artigo 141 da Lei Complementar n. 65. Artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788. Artigo 135, caput e § 2º, da Lei n. 15.961. Leis do Estado de Minas Gerais. Investidura e provimento dos cargos da carreira de defensor público estadual. Servidores estaduais investidos na função de defensor público e nos cargos de assistente jurídico de penitenciária e de analista de justiça. Transposição para a recém-criada carreira de defensor público estadual sem prévio concurso público. Modulação dos efeitos. Afronta ao disposto nos artigos 37, II, e 134, § 1º, da constituição do Brasil. 1. Os preceitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a forma de investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. 2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. 4. Não-cabimento da transposição de

Algumas legislações estaduais não previram a possibilidade de opção dos membros de outra carreira à Defensoria Pública⁴³⁵.

Também no concurso público para ingresso na carreira de Defensor Público, seja da União, seja do Distrito Federal ou dos Estados, a exemplo daquele para ingresso na carreira do Ministério Público e da Magistratura, também deve ter a participação da OAB (arts. 24, 69 e 112, todos da Lei Complementar n. 80/94).

Em qualquer edital de ingresso para a carreira da Defensoria Pública (União, Distrito Federal ou Territórios e Estaduais) é imprescindível, por expressa previsão legal, que conste o número de cargos vagos na categoria inicial da carreira (§ 2º do art. 24; § 2º do art. 69; e § 2º do art. 112, todos da Lei Complementar n. 80/94).

3.7.2.2. O requisito da prática forense

A Lei Complementar n. 80/94 exige 2 (dois) anos de prática forense como requisito de ingresso à carreira de Defensor Público da União e do Distrito Federal (artigos 26 e 71). No caso das Defensorias Públicas dos Estados cabe à lei

servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes. 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. 6. O servidor investido na função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3819/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 24.10.2007, DJ 28.3.2008, p. 356). Também afirmando a impossibilidade de opção quando inexistente relação com a administração: “Constitucional e administrativo. Defensor público. Direito de opção (art. 22, ADCT/88). Inexistência pela ausência de vínculo com a administração. Anulação. A opção de que trata o art. 22, do ADCT/88, da Constituição Federal, pressupõe a existência de vínculo com a administração (Precedente do STF). Possibilidade de anulação dos atos administrativos decorrentes da opção manifestada pelos impetrantes, após terem completado a idade limite de 70 anos para o exercício de cargo público. Inexistência, na hipótese, de obrigatoriedade da observância do devido processo legal, diante do direito/dever da administração de rever os seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Recurso ordinário desprovido” (STJ, 5ª T., RMS 10474/ES, rel. Min. Gilson Dipp, 5.5.1999, DJ 25.10.1999, p. 109, v.u.).

⁴³⁵ “Recurso ordinário em mandado de segurança. Defensoria Pública. – A União fixou normas gerais sobre a organização das Defensorias Públicas dos estados. Possibilidade das unidades de federação não facultarem aos seus assistentes jurídicos o direito de opção ao ingresso na carreira de defensor público. Pela legislação do Estado do Maranhão há a necessidade de prévia aprovação no concurso previsto exclusivamente para a mencionada carreira. – Recurso desprovido” (STJ, 5ª T., RMS 6706/MA, rel. Min. Felix Fischer, j. 12.5.1998, DJ 29.6.1998, p. 230, v.u.).

complementar estadual afirmar os requisitos para o ingresso no que concerne à exigência de atividade forense prévia.

Vale mencionar que a CF, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a exigir atividade jurídica prévia como requisito para o ingresso na carreira da Magistratura e do Ministério Público. Assim dispõem o art. 93, inc. I, e o § 3º do art. 129, ambos da CF:

Art. 93. (...)

I – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Art. 129. (...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação⁴³⁶.

Note-se que, para essas carreiras, o prazo é de 3 (três) anos, e o dispositivo constitucional utiliza a expressão “atividade jurídica”, e não “prática forense”.

Feitas as considerações iniciais, faz-se importante, primeiro, questionar se essa limitação é constitucional ou se fere o princípio da igualdade que deve nortear todo e qualquer concurso público.

Para tanto, é preciso lembrar as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata com maestria o princípio da isonomia e nos ensina a verificar se há ou não violação:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os

⁴³⁶ Viviane Ruffeil Teixeira Pereira informa que alguns doutrinadores têm denominado esse requisito de “quarentena de início” (*Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 49). Provavelmente como contraponto da chamada “quarentena de saída”, prevista no inc. V do parágrafo único do art. 95 da CF; e § 6º do art. 128 da CF, ambos inseridos pela Emenda Constitucional n. 45/2004, tema que será tratado no item 4.5.1.1.2 deste capítulo.

valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: o que importa é que exista mais de uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isso se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição⁴³⁷.

Assim, tendo por base as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, entendemos perfeitamente constitucional e adequada a exigência de prática anterior para o exercício do mister de defensor público.

A segunda questão que se impõe é saber o que exatamente significa “prática forense”, prevista na Lei Complementar n. 80/94. O próprio diploma legal delineou essa expressão no § 1º do art. 26: “Considera-se como prática forense o exercício profissional de consultoria, assessoria, o cumprimento de estágio nas Defensorias Públicas e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas”.

Um ponto que suscita dúvida é a necessidade de esse cargo, emprego ou função de atividades eminentemente jurídicas serem exclusivos de bacharel em Direito. A lei parece não estabelecer essa necessidade; porém, a nosso ver, não cumpre o objetivo do requisito admitir, por exemplo, a atividade de escrevente, em que não é necessário ser bacharel em Direito, como sendo atividade jurídica⁴³⁸. Temos, pessoalmente, grande

⁴³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21-22.

⁴³⁸ Em sentido contrário: “*Justiça militar. Concurso público para provimento do cargo de juiz-auditor substituto. Acórdão que teve por imprestável à comprovação do requisito do exercício de ‘função que confira prática forense’, exigido pelo art. 34, V, da Lei nº 8.457/92, o assessoramento prestado pelo militar ao comando da corporação, na prestação de informações ao Poder Judiciário, a elaboração de pareceres e a participação em inquéritos policiais militares, em sindicâncias e em processos administrativos. Entendimento que não pode ser tido por ofensivo o direito subjetivo dos candidatos, dada a exigência legal de prática forense, atividade que não se caracteriza senão mediante o exercício de função ligada à militância forense, ainda que na qualidade de serventário da Justiça. Recurso improvido*” (STJ, 1ª T., RMS 22790/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 5.9.1997, DJ 12.9.1997, p. 48, v.u.). Destaque-se também que a Resolução n. 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal que previu a necessidade de ser cargo exclusivamente de bacharel em Direito foi considerada constitucional pelo STF: “*Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º, caput e parágrafo único, da Resolução nº 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da Resolução nº 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes à carreira ministerial pública. Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado “atividade jurídica” é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição do concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos*

estima por esses profissionais e de maneira alguma pretendemos diminuir o saber adquirido por eles, porém entendemos que esse saber restringe-se à operacionalização do sistema Judiciário e não com o conhecimento propriamente jurídico, embora seja uma atividade estritamente relacionada ao mundo jurídico.

Quanto à possibilidade de aceitar estágio, entendemos não ser constitucional aceitar apenas o estágio realizado na Defensoria Pública. Isso porque não há nada que autorize distinguir o estágio realizado na instituição da Defensoria Pública com os estágios em direito realizados em outras instituições, sejam elas públicas ou privadas. Não havendo motivo razoável para a distinção, tal previsão fere o princípio da isonomia – ou bem a lei não considera a prática de estágio em Direito como prática forense, ou bem o aceita, como fez, porém, sem restrição. Assim, a nosso ver, deve ser aceito, para fins do requisito da prática forense, a comprovação da realização de estágio de Direito em qualquer instituição, pública ou privada.

Ademais, pelo mesmo motivo já apontado, entendemos que, para a comprovação de estágio realizado em instituição privada, não é imprescindível que esta seja feita por meio da inscrição na OAB, na categoria de estagiário, tendo em vista que não é obrigatória a inscrição para a realização de estágio em Direito, sendo ela necessária apenas para a realização de alguns atos⁴³⁹.

Vale mencionar que, no caso da Magistratura e do Ministério Público, o dispositivo não realiza qualquer delineamento do que deve ser considerado “atividade jurídica”⁴⁴⁰. O fato é que, antes de esse requisito ser previsto na CF, os Tribunais tinham

candidatos. Ação impropriedade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3460/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 31.8.2006, DJ 15.6.2007, p. 20, v.u.). No mesmo sentido, prescreveu a Resolução n. 4/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que o cômputo do prazo somente poderá ocorrer após a conclusão do curso de graduação.

⁴³⁹ Afirma o § 2º do art. 3º do Estatuto dos Advogados e da OAB (Lei 8906/94). “*O estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste*”.

⁴⁴⁰ Por essa razão, Viviane Ruffeil Teixeira Pereira destaca que o dispositivo constitucional não é uma norma autoaplicável (*Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 53). No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzilli destaca a necessidade de regulamentação legislativa da norma constitucional (*Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 154). Em sentido contrário, já se manifestou o STJ: “*Recurso ordinário em mandado de segurança. Art. 93, I, CR/88. Eficácia limitada. Inocorrência. “Atividade jurídica”. Constitucionalidade. ADI 3460-0. Enunciado n. 266 da súmula do STJ. Não aplicabilidade ao caso em tela. I – O art. 93, I, da CR/88, com a redação dada pela EC n. 45/2004, não possui eficácia limitada, vez que esse dispositivo já determina o requisito a ser exigido para ingresso na Magistratura e, pois, não depende de lei para que o seu comando seja aplicado. II – A decisão do c. STF que julgou impropriedade a ADI n. 3460-0 acabou por reconhecer a aplicabilidade imediata do disposto no art. 93, I, da CR/88, tendo em vista que não vislumbrou vício na regulamentação de concurso implementada por resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a qual contém teor semelhante ao do edital para o concurso de magistrado do Estado do Mato Grosso. III – A abrangência da expressão “atividade jurídica” adotada pelo Edital do concurso identifica-se com a reconhecida pela*

um entendimento bastante elástico do que constituía tal atividade⁴⁴¹. Parece, porém, que após a inserção do requisito na CF, o entendimento passara a ser mais restrito. Por exemplo: passou-se a considerar que o período de 3 (três) anos de atividade jurídica apenas pode ser contado após o bacharelado⁴⁴².

Podemos questionar se, por aplicação analógica, a alteração constitucional acabou por ampliar, de 2 (dois) para 3 (três) anos, o prazo exigido de prática forense para o ingresso na Defensoria Pública da União e Distrito Federal, bem como impor esse prazo para o ingresso nas Defensorias Públicas estaduais. A resposta para esse questionamento é negativa, tendo em vista que não se pode realizar uma interpretação ampliativa de uma norma restritiva de direito. Assim, para o ingresso na Defensoria Pública da União e Distrito Federal, permanece o prazo de 2 (dois) anos; e para as Defensorias Públicas estaduais, o prazo que a lei estadual estabelecer⁴⁴³.

É muito importante destacar que a Lei Complementar n. 80/94 exige que os 2 (dois) anos sejam completados até o dia da inscrição, e não da posse do candidato⁴⁴⁴.

resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Território, cuja legalidade acabou por ser reconhecida com a decisão que julgou improcedente a ADI n. 3460-0. IV – A comprovação da exigência de três anos de atividade jurídica, quando da inscrição definitiva para o concurso, foi considerada legal pelo c. STF (ADI n. 3460-0), ao apreciar regulamentação análoga a que ora se analisa. V – Não é aplicável o Enunciado n. 266 da Súmula do c. STJ em concursos públicos relativos às carreiras da Magistratura (art. 93, I, CR) e do Ministério Público (art. 129, § 3º, CR), haja vista a interpretação conferida pelo Pretório Excelso (ADI n. 3460-0) ao disposto no art. 129, § 3º, da CR, o qual se identifica com o teor do art. 93, I, da Constituição. Essa conclusão, contudo, não implica revisão do Enunciado n. 266/STJ em relação a outras carreiras, para as quais se deve analisar a legislação infraconstitucional pertinente. Recurso ordinário desprovido” (STJ, 3ª Seção, RMS 21426/MT, rel. Min. Felix Fischer, j. 14.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 192, v.u.).

⁴⁴¹ “MS – Administrativo – Concurso público – Prática forense – Prática e atividade, desenvolvimento na espécie, de habilitação técnica. Forense traduz ideia de serviço próprio do foro (não restringe – no foro). Compreende tanto o trabalho na 1ª Instância como nos Tribunais. Pode, ademais, ser desenvolvida sem a presença física nos fóruns. Compreende ainda assessoria, pesquisa em bibliotecas, revistas e computador. O estágio das faculdades atinge o mesmo fim, coloca o estudante, como aprendiz, em contato com as lides forenses” (STJ, 3ª Seção, MS 4628/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 13.11.1996, DJ 16.3.1998, p. 10, v.u.).

⁴⁴² Nesse sentido: “Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso público. Juiz de direito substituto. Estado da Bahia. Atividade jurídica. Conceito. I – Para os concursos da magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, esta e. Corte já tinha pacificado o entendimento de que o conceito de atividade jurídica deveria ser “interpretado de forma ampla, não se restringindo apenas ao exercício de cargo no Ministério Público, magistratura ou em cargo privativo de bacharel em Direito, bem como ao exercício da advocacia, compreendendo também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica”. II – Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o cômputo do período de prática jurídica passou a ser considerado a partir do bacharelado. Precedente: RMS nº 21.426-MT. III – Na espécie, o concurso foi realizado em 2004, anteriormente à reforma constitucional, tendo o recorrente comprovado o exercício de atividade jurídica, em estágio acadêmico e como ocupante de cargo público privativo de bacharel em Direito, cumprindo, assim, o prazo mínimo de 02 (dois) anos previsto na Lei nº 3.731/79. Recurso ordinário provido” (STJ, 5ª T., RMS 22892/BA, rel. Min. Felix Fischer, j. 15.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 218, v.u.).

⁴⁴³ Nesse sentido: PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 55-56.

⁴⁴⁴ Tendo em vista a expressa disposição, não se deve aplicar a Súmula n. 266 do STJ, que assim dispõe:

Por fim, para ser válida a exigência, é necessário, como no caso, que esteja devidamente prevista em lei, e não apenas em editais para concurso de ingresso⁴⁴⁵.

Conforme visto, no caso das Defensorias Públicas dos Estados, cabe à lei complementar estadual afirmar os requisitos para o ingresso no que concerne à exigência de atividade forense prévia. Nesse sentido, a Lei Complementar paulista n. 988/2006, por exemplo, também exige 2 (dois) anos de prática profissional na área jurídica no momento da inscrição (art. 91). E o parágrafo único desse artigo destaca que “caracterizará prática profissional, para os fins do disposto no inciso V deste artigo, o exercício da advocacia, bem como a qualidade de membro de Defensoria Pública, do Ministério Público ou da Magistratura”. Trata-se de uma conceituação bem estrita, porém o edital dos concursos para ingresso na carreira ampliou, considerando prática jurídica: a advocacia, por advogados e estagiários, nos termos do art. 1º c.c. art. 3º, ambos da Lei Federal n. 8.906/94, e dos arts. 28 e 29 do Regulamento Geral do Estatuto

“O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. Vale observar que o próprio STJ não aplica sua súmula em alguns certames. Vejamos: *“Administrativo. Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público para ingresso na magistratura do estado da Bahia. Exclusão de candidato. Homologação do resultado final. Perda do objeto. Não-ocorrência. Atividade jurídica. Não-aplicabilidade da Súmula 266/STJ. Preenchimento dos requisitos do edital. Ausência de prova pré-constituída. Recurso improvido. 1. Havendo o candidato obtido aprovação em todas as fases do certame, não pode ser prejudicado no seu direito de buscar a tutela mandamental em razão do fato de que a ciência dos motivos de sua exclusão deu-se após a homologação do resultado final. Inexistência de perda de objeto do mandado de segurança. Interesse processual que persiste. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em relação aos concursos públicos para ingresso na magistratura, não se aplica a Súmula 266/STJ. Por conseguinte, prevalece a compreensão segundo a qual é legítima a exigência de comprovação da atividade jurídica antes da data da posse do candidato, ou seja, no decorrer do certame. 3. O recorrente não logrou demonstrar, por meio de indispensável prova pré-constituída, que preencheu os requisitos exigidos no tocante à atividade jurídica, conforme Edital 1/02 – JS/TJBA, que disciplinou o Concurso Público para Provimento do cargo de Juiz de Direito Substituto do Estado da Bahia. Há flagrante divergência entre os documentos que instruíram o presente feito e aqueles apresentados à banca examinadora. 4. Recurso ordinário improvido”* (STJ, 5ª T., RMS 20983/BA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.5.2007, DJ 28.5.2007, p. 372, v.u.). Ademais, o STF também já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema e considerou constitucional que a comprovação fosse verificada no momento da inscrição, e não da posse: STF, Tribunal Pleno, ADI 3460/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 31.8.2006, DJ 15.6.2007, p. 20, v.u.

⁴⁴⁵ Vale destacar que os Tribunais Superiores (STF e STJ) firmaram o entendimento da necessidade da limitação estar prevista em lei e não apenas no edital de ingresso. Nesse sentido: *“Agravo regimental. Concurso público. Lei 7.289/1984 do Distrito Federal. Limitação de idade apenas em edital. Impossibilidade. A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei. Agravo regimental a que se nega provimento”* (STF, 2ª T., RE-AgR 559823/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27.11.2007, DJe 1.2.2008, p. 2608, v.u.). *“Agravo regimental no Recurso Especial. Administrativo. Concurso público. Forças armadas. Limitação de idade. Previsão em regulamento. Impossibilidade. Necessidade de lei em sentido formal que fixe o limite etário. Precedentes desta c. Corte e do e. STF. Agravo regimental desprovido. A limitação de idade em concurso público para ingresso às Forças Armadas é válida, desde que prevista em lei em sentido formal, não se mostrando compatível com o ordenamento jurídico a limitação etária prevista apenas em regulamento ou no edital do certame. Precedentes desta c. Corte e do e. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental desprovido”* (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 946264/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 19.6.2008, DJe 18.8.2008, v.u.).

da Advocacia, de estágio credenciado na área da Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado ou da Defensoria da União ou dos Estados, nos termos do art. 145, § 3º, da Lei Complementar n. 80/94; da Defensoria Pública, do Ministério Público ou da Magistratura, na qualidade de membro; de estágio de Direito, desde que devidamente credenciado no Poder Judiciário e ao Ministério Público; de estágio de Direito, desde que devidamente credenciado, nas áreas pública ou privada; de cargos, empregos ou funções exclusivos de bacharel em direito; de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior público e privado, que exijam a utilização de conhecimento jurídico.

3.7.2.3. Iniciativa para abrir concurso público

Vale lembrar que é atribuição do defensor público-geral da União e do Distrito Federal abrir concurso para ingresso na Defensoria Pública (art. 8º, XI, e art. 56, XI). Por outro lado, cabe ao Conselho Superior da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal deliberar sobre a organização de concurso para ingresso na carreira e designar os representantes da Defensoria Pública que integrarão a Comissão de Concurso (art. 10, XI, e art. 58, XI). Sendo que a Lei Complementar n. 80/94 exige que o concurso de ingresso se realize, obrigatoriamente, quando o número de vagas exceder a um quinto dos cargos iniciais da carreira e, facultativamente, quando o exigir o interesse da administração (arts. 25 e 70).

No caso dos Estados, conforme já visto, 17 (dezessete) defensor público-geral podem determinar a abertura de concurso de ingresso na carreira⁴⁴⁶.

3.7.3. Defensor público X advogado

A atividade do defensor público não se confunde com a atividade do advogado.

Inicialmente, é importante notar que a própria Constituição realiza a diferenciação. Após a alteração da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, o Capítulo IV, que trata das funções essenciais da justiça, é dividido em sessões. A CF destinada a primeira ao Ministério Público (arts. 127 a 130), a segunda trata da advocacia pública, em que são abordadas as instituições da Advocacia-Geral da União (art. 131) e

⁴⁴⁶ Os sete defensores público-gerais que não possuem essa atribuição são: Acre, Amapá, Distrito Federal, Minas Gerais, Pará, Paraíba e Maranhão. Nos anos de 2004 e 2005, 11 Defensorias Públicas realizaram concursos. A grande maioria dos casos (9) foi de Defensorias que podem decidir sobre abertura de concurso, sendo Minas Gerais e a DPU as únicas exceções.

Procuradoria Geral dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), e na última seção trata da advocacia (art. 133) e da Defensoria Pública (art. 134).

Assim, são três espécies, perfeitamente diferenciadas, que têm capacidade para estar em juízo provocando a jurisdição: os membros do Ministério Público, os membros da Defensoria Pública e os advogados (privados e públicos)⁴⁴⁷.

Note-se, portanto, que o constituinte apenas considera advocacia pública as atividades exercidas pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral dos Estados e do Distrito Federal. Os defensores públicos, portanto, não são espécies do gênero advogados públicos⁴⁴⁸.

A qualidade de defensor público advém da sua investidura no cargo por meio de concurso público. E sua capacidade postulatória, por conseguinte, advém desse ato e não da inscrição nos quadros da OAB.

A atividade do defensor público, ao contrário da atividade exercida pelo advogado, jamais se norteia pelo interesse econômico. Enquanto o advogado vive dos honorários advocatícios, ao defensor público é defeso a percepção de valores a esse título, conforme expressa vedação legal (arts. 46, III; 91, III; e 131, III, todos da Lei Complementar n. 80/94).

Outro ponto que difere o defensor público do advogado é a existência do já analisado princípio do defensor público natural. Não há dúvida de que a relação de advogado e cliente é baseada na confiança, e fazendo-se pela livre escolha. No caso do defensor público, ao contrário, não caberá ao destinatário do serviço a escolha do profissional que irá representá-lo judicialmente, por causa do princípio do defensor público natural⁴⁴⁹.

Ademais, conforme visto, pode a Defensoria Pública atuar nos dois polos de uma mesma demanda. Caso a Defensoria Pública fosse considerada um grande escritório de advocacia, jamais poderia ocorrer tal situação, uma vez que é vedado que sócios de um mesmo escritório patrocinem polos distintos da demanda⁴⁵⁰.

Por fim, vale destacar que o defensor público, ao contrário do advogado, não atua mediante mandato. Sua atuação decorre apenas da investidura no cargo de defensor

⁴⁴⁷ DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 366.

⁴⁴⁸ Nesse sentido: GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 36; DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 365.

⁴⁴⁹ Sobre o tema, ler item 3.3.4. deste Capítulo.

⁴⁵⁰ Afirma o art. 17 do Código de Ética e Disciplina da OAB: “Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos”.

público. Essa observação é importante, porque o Estatuto dos Advogados e da OAB, no art. 5º, afirma que o advogado postula em juízo ou fora dele fazendo prova do mandato, com exceção dos casos urgentes, em que há a possibilidade de apresentar a prova do mandato posteriormente à realização do ato. Note-se, portanto, que a figura do advogado está umbilicalmente ligada à prova do mandato, afastando novamente o defensor público essa figura⁴⁵¹.

Não sendo do gênero advogados, que são espécies os advogados privados e públicos, os defensores públicos não devem estar vinculados à OAB⁴⁵².

Assim, entendemos que padece de inconstitucionalidade o § 1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB, que assim prevê:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional⁴⁵³.

Sob o aspecto formal, essa disposição também é inconstitucional. Isso porque não pode a Lei n. 8.906/94, em razão de ser lei ordinária, trazer regras para os membros da Defensoria Pública, tendo em vista que a CF é expressa ao prever que a Defensoria Pública será organizada por meio de lei complementar (§ 1º do art. 134 da CF)⁴⁵⁴.

Assim, os defensores públicos têm as normas gerais estabelecidas na Lei Complementar n. 80/94, enquanto a advocacia deve seguir os ditames legais da Lei Ordinária n. 8906/94, conhecida como Estatuto dos Advogados e da OAB⁴⁵⁵.

Por todas as razões apontadas, nos concursos de ingresso à Defensoria Pública dos Estados, a inscrição para o concurso da Defensoria Pública não deve ser requisito para a inscrição da OAB. Como não é para o concurso de ingresso do Ministério Público e da Magistratura.

⁴⁵¹ DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 372.

⁴⁵² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 325, nota 325; GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública, o Estado e a cidadania*, cit., p. 16; DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 366.

⁴⁵³ Nesse mesmo sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 325; CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, cit., p. 115; GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública*, cit., p. 45. Em sentido contrário, há quem entenda que a atividade do defensor público é uma espécie do gênero da advocacia, já que os defensores públicos exercem as atividades consideradas próprias de advogados, previstas no art. 1º também do Estatuto: LÔBO, Paulo *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31-32.

⁴⁵⁴ Nesse sentido: DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 371.

⁴⁵⁵ Paulo Lôbo afirma que o Estatuto da Advocacia e da OAB é aplicado de forma subsidiária em relação ao defensor público (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, cit, p. 35).

Vale observar que a Lei Complementar n. 80/94 não traz a inscrição na OAB como requisito para inscrição ou nomeação no cargo de defensor público estadual, entretanto exige para a inscrição no concurso da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios (arts. 26 e 71)⁴⁵⁶.

Em leis estaduais, como é o caso da Defensoria do Rio de Janeiro, também não é exigida a inscrição como requisito. Entretanto, equivocadamente, a nosso ver, a Defensoria Pública paulista exige a inscrição para a posse do defensor público (art. 97, I, da Lei Complementar 988/2006).

Vale destacar a existência de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 487/2005), de autoria do deputado Roberto Freire, que prevê, entre outras alterações, a inserção do § 9º no art. 134 da CF com a seguinte redação: “A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse em caráter efetivo no cargo”.

Note-se que a proposta torna expressa a necessária desvinculação dos defensores públicos com a OAB, já que, expressamente, não seria lícito exigir dos defensores públicos a inscrição na Ordem dos Advogados para atuar em juízo.

A referida proposta, portanto, visa tornar expresso o que entendemos, conforme já visto, em consequência da interpretação sistemática da CF e das leis infraconstitucionais.

3.8. Deveres, Garantias, Prerrogativas e Responsabilidade dos Defensores Públicos

3.8.1. Deveres dos defensores públicos

3.8.1.1. Vedações

3.8.1.1.1. Não exercício da advocacia

O primeiro dever é a impossibilidade de exercício de qualquer atividade advocatícia fora das suas atribuições. Essa vedação está prevista no § 1º do art. 134 da CF. Também está prevista na Lei Complementar n. 80 (arts. 46, I; 91, I; e 130, I).

⁴⁵⁶ Sobre o tema, há quem sustente a inconstitucionalidade superveniente dos dispositivos da Lei Complementar que exige a inscrição do candidato na OAB, em razão da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, que exclui a Defensoria Pública, conforme já analisado, do gênero “advogados” (DEVISATE, Rogério dos Reis. *Categorização*, cit., p. 371).

Para Paulo Galliez,

teria sido suficiente que constasse apenas a expressão “proibição da advocacia”, pois o acréscimo “fora de suas atribuições institucionais” dá a impressão de que os Defensores Públicos praticam atos de advocacia no exercício de seu múnus. No entanto, embora assemelhadas, as funções do advogado e do defensor público são distintas⁴⁵⁷.

Acompanhando esse entendimento, tem-se a PEC n. 487, já citada, que em sua redação apenas consta como vedação o exercício da advocacia.

O defensor público, portanto, deve se dedicar exclusivamente ao exercício da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Essa vedação, ademais, “serve para confirmar a igualdade de tratamento – tanto com relação aos ônus quanto aos bônus – que a instituição deve ter em comparação com o Ministério Público”⁴⁵⁸.

A vedação de exercer advocacia passou a existir apenas no Texto Constitucional de 1988, quando regulamentada a Defensoria Pública como instituição própria para a defesa dos necessitados. Por essa razão, há quem sustente que, nos Estados em que a Defensoria Pública já estava implementada, o defensor público que assumiu o cargo antes de 1988 também será atingido por essa vedação, tendo em vista o disposto no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”⁴⁵⁹.

Todavia há quem entenda que os defensores públicos investidos antes da CF de 1988 não seriam alcançados por essa vedação, uma vez que já teriam o direito adquirido de advogar fora das suas atribuições funcionais⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 36. No mesmo sentido, manifesta-se Rogério dos Reis Devisate: “o atuar de cada Defensor Público não poderia ser visto como um ato de ‘advogar’, embora em parte a tal conduta assemelhe, merecendo tratamento como um ‘ato de Defensoria Pública’, ou, num neologismo, naturalmente sempre estranho a primeira impressão, que poderíamos ousar chamar de um ato de ‘defensorar’... Sim, pois os advogados (profissionais liberais ou da advocacia pública) naturalmente são aqueles que advogam’, os promotores ‘oficiam’ ou ‘promovem’ e os defensores públicos praticam ‘atos de Defensoria Pública’ – pensamos ousadamente: ‘defensoram’! Mas, seja qual for a expressão que melhor venha definir o universo de atuar do Defensor Público, penso que a lógica das ideias aqui versadas exigiam a adoção de uma expressão que, fosse a que fosse, tivesse a ‘marca’ da Defensoria Pública, garantindo uma exclusiva identidade na atuação dos seus membros” (Categorização, cit., p. 368).

⁴⁵⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 330.

⁴⁵⁹ Nesse sentido: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 622.

⁴⁶⁰ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 330. Afirma o autor: “A possibilidade de exercício paralelo da advocacia privada juntamente com a atuação na Defensoria Pública fatalmente suscita comparação relativamente ao grau de empenho e devotamento profissional

Entretanto, é muito importante destacar que na sua atuação privada não terá a incidência de qualquer prerrogativa prevista para os defensores públicos, já que elas somente se justificam quando em exercício das atribuições de defensor público⁴⁶¹.

Trata-se de uma vedação imposta pela CF, de sorte que não pode ser superada por legislação infraconstitucional⁴⁶².

A vedação de exercer advocacia também é imposta aos membros da Magistratura e do Ministério Público. A estes, porém, além da vedação durante o exercício do cargo, é imposta a chamada “quarentena de saída”, que é a permanência da proibição de advogar, no prazo de três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração, no juízo ou tribunal em que se afastou. É o que prevê o inc. V do parágrafo único do art. 95 e o § 6º do art. 128 da CF, ambos inseridos pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁴⁶³.

O objetivo da imposição da “quarentena de saída” aos membros da Magistratura e do Ministério Público é evitar que ex-juízes ou ex-promotores utilizem o prestígio adquirido, quando em exercício em determinado juízo ou tribunal, para obter vantagem quando da atividade de advocacia.

nas causas em que atua, dando margem à impressão de que o Defensor ao qual, por direito adquirido, ainda se autoriza o exercício da advocacia privada, faz um tratamento diferenciado entre o universo de seus clientes. De fato, nesses casos, parece ser extremamente difícil resistir à tendência de privilegiar o atendimento dos que lhe pagam honorários advocatícios em detrimento dos beneficiários da assistência judiciária pública”.

⁴⁶¹ Nesse sentido: “Habeas Corpus. Processo Penal. Defensor constituído que, embora também exerça a função de defensor público, atua como advogado particular. inexistência de prazo em dobro para recorrer. Ordem denegada. 1. O fato de o defensor constituído também exercer a função de defensor público não implica, necessariamente, sua atuação como tal. 2. Na hipótese, o defensor atuou como advogado particular, razão por que não goza de prazo em dobro para recorrer. 3. Habeas corpus deferido” (STF, 1ª T., HC 83451/PB, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.2.2004, DJ 28.5.2004, p. 42, v.u.).

⁴⁶² Vale transcrever a ementa do julgado do STF que aborda essa questão: “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 137 da Lei Complementar n. 65, de 16 de janeiro de 2003, do Estado de Minas Gerais. Defensor público. Exercício da advocacia à margem das atribuições institucionais. Inconstitucionalidade. Violação do art. 134 da Constituição do Brasil. 1. O § 1º do artigo 134 da Constituição do Brasil repudia o desempenho, pelos membros da Defensoria Pública, de atividades próprias da advocacia privada. Improcede o argumento de que o exercício da advocacia pelos Defensores Públicos somente seria vedado após a fixação dos subsídios aplicáveis às carreiras típicas de Estado. 2. Os §§ 1º e 2º do artigo 134 da Constituição do Brasil veiculam regras atinentes à estruturação das defensorias públicas, que o legislador ordinário não pode ignorar. 3. Pedido julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 137 da Lei Complementar n. 65, do Estado de Minas Gerais” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3043/MG, rel. Min. Eros Grau, j. 26.4.2006, DJ 27.10.2006, v.u.).

⁴⁶³ Carolina Ormanes Massoud destaca que essa “quarentena da saída” não foi inovação da Emenda Constitucional. Segundo a autora, instituto semelhante foi previsto no Direito brasileiro pelo antigo Estatuto da Advocacia (Lei Federal n. 4.215/63) que assim dispunha: “Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquia e entidades paraestatais e os funcionários de sociedades de economia mista definitivamente aposentados ou em disponibilidade, não terão qualquer incompatibilidade para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função”. No entanto fora considerado inconstitucional pelo STF, Representação n. 1054-6, em 4.4.1984 (Mudanças no Estatuto Constitucional da Magistratura, cit., p. 90).

É importante notar que o impedimento para exercer advocacia pelo prazo de 3 (três) anos aos antigos membros da Magistratura e do Ministério Público é restrito ao juízo ou tribunal que atuava antes do ato de afastamento do cargo⁴⁶⁴.

A questão que se impõe é seguinte: essa restrição também abrange os membros da Defensoria Pública? Como se trata de uma restrição de direitos, a melhor técnica impõe a interpretação restritiva, e não ampliativa, de tal sorte que, na hipótese de saída do cargo de defensor público, não haverá nenhuma restrição de exercício da advocacia.

Entretanto, como o defensor público também é um agente político que atua perante juízos e tribunais, seria recomendável, em prol da moralidade e da igualdade, que a restrição da “quarentena de saída” também se aplicasse aos membros da Defensoria Pública.

A exigência de dedicação exclusiva é complementada pela Lei Complementar n. 80/94, que também proíbe o exercício de comércio ou participação de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista (arts. 46, IV; 91, IV; e 130, IV, todos da Lei Complementar n. 80/94).

3.8.1.1.2. Outras vedações

Vejamos os deveres negativos, isto é, as proibições.

Além da proibição de advogar fora das atribuições funcionais, também são os membros da Defensoria Pública proibidos de: a) requerer, advogar, ou praticar em juízo ou fora dele, atos que de qualquer forma colidam com as funções inerentes ao seu cargo, ou com os preceitos éticos de sua profissão; b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições; c) exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; e d) exercer atividade político-partidária, enquanto atuar na Justiça Eleitoral⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Entendendo que a restrição abrange todas as comarcas do Tribunal a que estava vinculado: “*Seguida a literalidade da lei, impende destacar o impedimento de advogar no mesmo tribunal, o que poderia entender, ‘in caso’, como a segunda instância. No entanto, para que a moralidade reste plenamente alcançada, melhor será entender que o constituinte derivado, ao se referir a ‘tribunal’, quis que este termo fosse empregado em sentido mais amplo para alcançar no mínimo todas as comarcas de determinado tribunal*” (MASSOUD, Carolina Ormanes. Mudanças no Estatuto Constitucional da Magistratura, cit., p. 90).

⁴⁶⁵ As proibições estão arroladas nos arts. 46, 91 e 131 da Lei Complementar n. 80/94.

Vale destacar que a proibição de exercer comércio e participar de sociedade comercial também existe para os membros do Ministério Público⁴⁶⁶. E, sobre essa proibição, Hugo Nigro Mazzilli realiza algumas considerações que também se aplicam à Defensoria Pública:

O entendimento predominante é o de que só se proíbe ao membro do Ministério Público a participação em sociedades de pessoas (as que se formam em atenção à qualidade das pessoas dos sócios). Assim, não há qualquer vedação a que o membro do Ministério Público participe de sociedades de capital, como as sociedades anônimas; quanto às sociedades limitadas, embora haja discussão na doutrina e jurisprudência, entendemos que se trata de sociedade de capital.

Como só se admite a participação em sociedade comercial como quotista ou acionista, tem-se corretamente negado a participação do membro do Ministério Público na direção de sociedade comercial, seja na gerência ou administração de empresa industrial ou comercial.

Não podendo o membro do Ministério Público participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista, com maior razão não poderá ser comerciante individual⁴⁶⁷.

Quanto à última vedação, exercer atividade político-partidária enquanto atuar na Justiça Eleitoral, vale tecer alguns comentários. O art. 14, *caput*, da Lei Complementar n. 80/94 assim dispõe: “Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União”. Contudo, como já visto, inexistente atualmente atividade efetiva da Defensoria Pública da União perante a Justiça Eleitoral. Por essa razão, na prática, inexistente essa vedação para os defensores públicos.

Resta apenas dizer que a proibição de exercer atividade político-partidária, vedação existente de forma absoluta para os membros do Ministério Público⁴⁶⁸ e da Magistratura⁴⁶⁹, importa na vedação de realizar qualquer ação direta em favor de algum partido, fundar ou filiar-se a um partido etc.⁴⁷⁰

Há legislação estadual que prevê a vedação ampla de atividades político-partidárias⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Art. 128, § 5º, inc. II, “c”, da CF.

⁴⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 114.

⁴⁶⁸ Art. 95, parágrafo único, inc. III, da CF.

⁴⁶⁹ Art. 128, § 5º, inc. II, “e”, CF. Vale destacar que a vedação passou a ser absoluta, com a redação desse dispositivo dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Antes, o dispositivo afirmava a possibilidade de existir exceções previstas em lei.

⁴⁷⁰ Sobre o tema, ler: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 116-117;

⁴⁷¹ Afirma o art. 130, inc. V, da Lei Complementar carioca n. 6/77: “Além das proibições decorrentes do

Ao contrário dos membros do Ministério Público e da Magistratura, que a Constituição prevê a vedação ao exercício de outra função pública⁴⁷², com exceção de uma de magistério, para os membros da Defensoria Pública, inexistente essa limitação na lei federal. Algumas leis estaduais, entretanto, impõem a limitação. É o caso, por exemplo, da Lei Estadual 9.230/91, que organiza a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul: “Art. 13 – Aos membros da carreira de Defensor Público aplicam-se as seguintes vedações: (...) IV – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

Além das vedações específicas referentes ao cargo de defensor público, também se aplicam (de forma subsidiária), por ser espécie do gênero servidor público, as vedações previstas para servidores públicos em geral.

A lei complementar paulista destaca ainda outras proibições: a) exercer a administração ou participar de atos de gestão de sociedade ou associação, quando incompatível com o exercício de suas funções; b) valer-se da qualidade de Defensor Público para obter vantagem pessoal; e c) exercer cargo ou função fora dos casos autorizados em lei⁴⁷³.

3.8.1.2. Deveres positivos

Na lei complementar também estão previstos os deveres positivos. Estão previstos nos arts. 45, 90 e 129, todos da Lei Complementar n. 80/94.

3.8.1.2.1. Residir na comarca onde exerce suas funções

O primeiro dever do defensor público é residir na localidade onde exerce suas funções. Vale observar que este dever também incide para os membros da Magistratura⁴⁷⁴ e do Ministério Público⁴⁷⁵.

Objetiva-se com tal regra assegurar a pronta intervenção do defensor público sempre que necessário, evitando-se a demora, em razão do deslocamento de longas distâncias, para a atuação institucional emergencial. Ademais, tal regra beneficia uma

exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública é vedado especialmente: exercer atividade político-partidária, salvo quando afastados de suas funções”.

⁴⁷² Arts. 95, parágrafo único, I, e 128, § 5º, inc. II, “d”, ambos da CF.

⁴⁷³ Arts. 165 da Lei Complementar paulista n. 988/2006.

⁴⁷⁴ Art. 93, VII, da CF.

⁴⁷⁵ Art. 129, § 2º, da CF.

maior integração entre o defensor público e a comunidade em que exerce suas funções⁴⁷⁶.

Entretanto algumas leis estaduais preveem a possibilidade de o defensor público residir em comarca diferente. Para tanto, é necessário comprovar ausência de prejuízo e autorização do defensor público-geral⁴⁷⁷.

Por fim, entende-se que essa obrigatoriedade apenas se destina aos defensores públicos que possuem lotação fixa, aplicando-se analogicamente a regra dos membros do Ministério Público⁴⁷⁸, constante no art. 43, inc. X, da Lei n. 8.625/93, que assim dispõe: “Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: X – residir, se titular, na respectiva Comarca”.

No caso da Defensoria Pública de São Paulo, essa obrigação, por expressa previsão legal, também atinge apenas os defensores públicos titulares⁴⁷⁹.

3.8.1.2.2. *Desempenhar adequadamente suas funções*

Deve o defensor público “desempenhar, com zelo e presteza, os serviços a seu cargo”, conforme dispõe o inc. II. Trata-se de um dever próprio de todo e qualquer servidor público, em respeito ao princípio da eficiência da administração pública, arrolado no art. 37 da CF.

3.8.1.2.3. *Representar irregularidades*

É dever do defensor público “representar ao Defensor Público-Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo” (inc. III do art. 45). É claro que essas irregularidades devem ser relacionadas ao exercício profissional, que, de alguma forma, o comprometa.

3.8.1.2.4. *Prestar informações*

⁴⁷⁶ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 328-329, nota 199.

⁴⁷⁷ Afirma o inc. XII do art. 164 da Lei Complementar paulista n. 988/2006: “São deveres dos membros da Defensoria Pública do Estado, além de outros previstos em lei: (...) XII – residir, se titular, no Município onde exerce suas funções, salvo autorização expressa do Defensor Público-Geral do Estado, em caso de justificada e relevante razão”. Para a carreira da Magistratura, também é possível residir fora da comarca, desde que haja autorização do tribunal. Vale mencionar que essa possibilidade existe após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁴⁷⁸ Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 329, nota 199.

⁴⁷⁹ Art. 164, inc. XII, da Lei Complementar n. 988/2006.

“Prestar informações aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública”. Também destaca que devem ser informações relacionadas ao exercício profissional. De sorte que constituiria um abuso praticado pela administração superior solicitar informações acerca da vida pessoal do defensor público que em nada se relaciona com a atividade profissional.

3.8.1.2.5. Estar presente

A lei exige, como dever do defensor público, que este atenda ao expediente forense e participe dos atos judiciais, quando for obrigatória sua presença (inc. V).

Uma questão que se impõe é a necessidade ou não de estar presente nas audiências de conciliação, mormente naquelas realizadas no setor de conciliação, na presença de um conciliador, e não de um juiz, nas quais não é indispensável a presença do defensor público.

Entendemos que, no caso em que a parte já constitui o defensor público, como já está no processo como representante da parte, nessa qualidade deverá assinar eventual acordo lá obtido para ser válido. Assim, sua presença se torna obrigatória. É claro que, em razão do número excessivo de audiências, não é necessário que o defensor público esteja presente na integralidade da audiência. Deverá permanecer tempo suficiente para prestar todas as informações necessárias ao assistido.

3.8.1.2.6. Declarar-se suspeito ou impedido

O defensor público tem o dever de “declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei” (inc. VI).

A intenção de impor-se impedimentos e suspeição é garantir a atuação neutra do defensor público nas demandas em que atua. É importante destacar que a atuação do defensor público, ao contrário da do juiz, é parcial, pois está atuando em defesa de uma parte no processo. Não podemos dizer que este dever busca a imparcialidade, mas sim a neutralidade e a atuação isenta do defensor público.

Os casos de impedimento estão previstos nos arts. 47, 92 e 131 da Lei Complementar n. 80/94 (as hipóteses de impedimento também são as mesmas para os membros das diversas defensorias). São casos de impedimento:

I – em que seja parte ou, de qualquer forma, interessado; II – em que haja atuado como representante da parte, perito, Juiz, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia, Auxiliar de Justiça ou prestado depoimento como testemunha; III – em que for interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; IV – no qual haja postulado como advogado de qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior; V – em que qualquer das pessoas mencionadas no inciso III funcione ou haja funcionado como Magistrado, membro do Ministério Público, Autoridade Policial, Escrivão de Polícia ou Auxiliar de Justiça; VI – em que houver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito sobre o objeto da demanda; VII – em outras hipóteses previstas em lei.

São hipóteses muito semelhantes aos impedimentos dos magistrados, previstas no art. 134 do CPC⁴⁸⁰ e no art. 252 do CPP⁴⁸¹.

Note-se que são causas objetivas e absolutas⁴⁸², o que significa dizer que, uma vez presente o defensor público, estará sempre impedido de atuar na causa. Devendo ser imediatamente substituído pelo seu sucessor automático. Vale mencionar que a atuação do juiz impedido na causa é fundamento para a propositura de ação rescisória, como expressamente prevê o inc. II do art. 485 do CPC.

Entretanto, a despeito de não ter a regra expresso acerca do cabimento da ação rescisória na hipótese de atuação de defensor público impedido, essa ação judicial também é perfeitamente cabível no caso, tendo em vista que ela ofende literal disposição de lei, sendo esse outro requisito autorizador da propositura, conforme inc. V do referido dispositivo legal.

⁴⁸⁰ Afirma o art. 134 do CPC: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa”. Sobre o tema, ler: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 346-349.

⁴⁸¹ Dispõe o art. 252 do CPP: “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito”.

⁴⁸² Nesse sentido, mas tratando dos impedimentos no caso do juiz: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 345.

Rafael de Oliveira Fonseca entende que a atuação de um defensor público impedido provoca um vício em um dos pressupostos de validade da ação. Segundo o autor, a atuação de defensor impedido macularia a capacidade processual⁴⁸³.

Quanto à suspensão, embora haja o dever expresso de o defensor público se declarar suspeito, é preciso observar que os casos de suspeição para esse agente não estão expressamente previstos na legislação infraconstitucional federal, ao contrário do que ocorre com os membros da magistratura, em que as hipóteses estão arroladas no art. 135 do CPC, estendido aos membros do Ministério Público, por força do art. 138, inc. I, do CPC.

São causas de suspeição previstas para os juízes, no art. 135 do CPC:

Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo⁴⁸⁴.

Entendemos que as hipóteses de suspeição previstas no CPC devem ser aplicadas analogicamente aos defensores públicos, para preservar a boa prestação do serviço do defensor público⁴⁸⁵. É claro que se deve excepcionar a causa arrolada no inc. V, uma vez que, sendo representante de uma parte, o defensor público sempre terá interesse no julgamento da causa em favor da parte que representa⁴⁸⁶.

Ainda sobre as hipóteses de suspeição, vale tecer alguns comentários sobre a última: quando a suspeição advém de motivo íntimo. Nesse caso, segundo Nelson Nery

⁴⁸³ FONSECA, Rafael de Oliveira. Suspeição do defensor público. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 11, n. 18, p. 201, abr. 2003.

⁴⁸⁴ O CPP também possui regras de suspeição para os juízes. Afirma o art. 254: “O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV – se tiver aconselhado qualquer das partes; V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

⁴⁸⁵ MORAES, Silvio Roberto Mello, *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 107.

⁴⁸⁶ Da mesma forma, ao estender as causas de impedimento e suspeição aos membros do Ministério Público, afirma o inc. I do art. 138 do CPC: “Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135”.

Junior, não será necessário declarar qual seja o motivo íntimo nos autos do processo. Ademais, entende que, no caso do juiz, deve-se informar, de forma sigilosa, ao Conselho Superior da Magistratura⁴⁸⁷.

Nesse sentido, também não é necessário que o defensor indique nos autos o motivo, sendo que a lei local deverá indicar qual o procedimento que deve ser tomado pelo defensor no caso da declaração de suspeição por motivo íntimo. No caso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, é necessário encaminhar expediente ao defensor público-geral informando o motivo⁴⁸⁸. E se esse órgão entender que não é um motivo adequado, o defensor público-geral deverá encaminhar a questão à Corregedoria Geral para que seja verificada eventual infração disciplinar.

Em algumas Defensorias Públicas não é necessária a utilização da analogia, tendo em vista que algumas leis complementares estaduais preveem expressamente as hipóteses de suspeição do defensor público. É o caso, por exemplo, da Lei Complementar carioca n. 06/77⁴⁸⁹.

Vale deixar consignado que a suspeição não tem presunção absoluta. Apenas existe uma suspeita de que a situação pode interferir na neutralidade do defensor público; ou seja, ainda que presente uma das causas de suspeição, o defensor público poderá atuar mediante prova em sentido contrário⁴⁹⁰.

Caso o defensor não faça a declaração de ofício, a parte poderá arguir o impedimento ou a suspeição e, para tanto, poderá seguir dois caminhos.

O primeiro, na esfera administrativa. Deverá a parte procurar a Corregedoria Geral da Defensoria Pública, haja vista que sua não declaração de impedimento ou suspeição caracteriza infração disciplinar decorrente da ofensa do dever de se declarar suspeito⁴⁹¹.

O segundo, na esfera judicial. Nesta, dada a inexistência de procedimento próprio, deve-se socorrer ao procedimento utilizado para a imputação de impedimento ou

⁴⁸⁷ Nesse sentido, ao tratar do motivo de foro íntimo previsto no art. 135 do CPC: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 352.

⁴⁸⁸ Nesse sentido dispõe o art. 136 da Lei Complementar carioca n. 06/77: “Na hipótese prevista no inciso II do artigo anterior, o membro da Defensoria Pública comunicará ao Defensor Público-Geral, em expediente reservado, o motivo de sua suspeição”.

⁴⁸⁹ Dispõe o art. 135 da Lei Complementar n. 06/77: “O membro da Defensoria Pública dar-se-á por suspeito quando: I – houver opinado contrariamente à pretensão da mesma parte; II – houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar; III – ocorrer qualquer dos casos previstos na legislação processual”.

⁴⁹⁰ Nesse sentido, sobre a suspeição do juiz: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 349.

⁴⁹¹ Rafael de Oliveira Fonseca sustenta que cabe ao assistido apenas o procedimento administrativo (Suspeição do defensor público, cit., p. 205).

suspeição dos membros da Magistratura⁴⁹², previsto no § 1º do art. 138 do CPC, que afirma:

A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o arguido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.

Se tratar-se de lide criminal, deverá seguir o trâmite da exceção previsto para os membros do Ministério Público, constante no art. 104 do CPP: “Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias”.

Como as causas de impedimento têm como escopo garantir o devido processo legal, trata-se de uma questão de ordem pública; assim, na hipótese de o defensor público não se afastar da demanda em que se presencia alguma hipótese de impedimento, deverá o juiz declarar o impedimento e afastar a representação do defensor público⁴⁹³. Decisão sujeita a recurso em instância superior.

Finalmente, como se trata de um dever do defensor público a declaração do impedimento, este deverá remeter cópias do processo à Corregedoria Geral da Defensoria Pública, órgão responsável, como já visto, por processar e aplicar sanções disciplinares.

3.8.1.2.7. Interpor recursos cabíveis e ajuizar revisão criminal

Também é dever dos defensores públicos, segundo a Lei Complementar n. 80/94: “interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral” (inc. VII do art. 45).

Esse dever advém do fato de que o defensor público não poderá dispor de um direito que a ele não pertence. Paulo Galliez assevera: “A exemplo do que ocorre com a Magistratura em relação à jurisdição e o Ministério Público em face da ação penal,

⁴⁹² Nesse sentido: JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*, cit., p. 102.

⁴⁹³ Essa é a posição exposta pela doutrina, quando tratadas as causas de impedimento do juiz: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 345.

pode-se afirmar que a Defensoria Pública detém a indisponibilidade da defesa da cidadania”⁴⁹⁴.

Sobre a redação do dispositivo, assim afirma José Aurélio de Araujo:

A inclusão da vírgula antes do advérbio “sempre” parece restringir o objeto direto da oração, fazendo com que a disposição “encontrar fundamentos” refira-se, tão somente, à revisão criminal (...) Não se justifica entender que o legislador resolveu dar tratamento diverso à impugnação das decisões judiciais na mesma relação jurídica processual (recursos) e à impugnação em nova relação processual (revisão criminal) (...) Em verdade, tais disposições cumprem a sistemática legislativa, indo ao encontro da prerrogativa de não recorrer, ou seja, o Defensor Público deve interpor recurso “(...) desde que encontrem fundamentos na lei, jurisprudência ou provas dos autos”⁴⁹⁵.

O procedimento indicado de enviar os recursos e revisão criminal não é usual, tendo em vista que o cumprimento desse dispositivo tumultuaria o órgão da Corregedoria Geral, que não teria condição de examinar todos os recursos interpostos nem as revisões criminais ajuizadas. Assim, como a regra é interpor recurso e ajuizar revisão criminal, deve-se remeter à Corregedoria a exceção, isto é, quando não for interposto o recurso ou ajuizada a revisão criminal⁴⁹⁶.

Esse órgão deve analisar se a recusa à interposição do recurso ou do ajuizamento da revisão criminal é fundada, ou seja, se de fato inexistente fundamento na lei, jurisprudência ou prova dos autos. Se a recusa for injustificada, deve-se instaurar procedimento administrativo para apurar eventual desídia do defensor público.

O outro órgão que deve ser informado é a Defensoria Pública Geral. Trata-se de uma aplicação analógica dos arts. 44, XII; 89, XII; e 128, XII, da Lei Complementar n. 80/94, que dispõem ser prerrogativa do defensor público: “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder” (inc. XII)⁴⁹⁷.

Nesse caso, o defensor público-geral, se entender de modo diverso, isto é, pela interposição do recurso ou ajuizamento de revisão criminal, deverá designar outro

⁴⁹⁴ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 31.

⁴⁹⁵ ARAUJO, José Aurélio de. Da prerrogativa do Defensor Público não recorrer. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, n. 16, p. 133, jul. 2000.

⁴⁹⁶ Nesse sentido: GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 31.

⁴⁹⁷ Entendendo que a norma também se aplica à fase recursal: ARAUJO, José Aurélio de. Da prerrogativa do Defensor Público não recorrer, cit., 131.

defensor público para fazê-lo⁴⁹⁸, respeitando a independência funcional daquele que se recusou a propor a medida judicial.

E se o defensor designado não concordar com a interposição do recurso ou o ajuizamento da revisão criminal? Nesse caso, entendemos que deverá proceder da mesma forma, tendo em vista que não atuará em nome próprio, mas sim em nome do defensor público-geral. Mantendo-se inabalada sua independência funcional⁴⁹⁹.

Há quem entenda que a norma referida não tem o escopo de propiciar uma revisão da opinião, como há no caso do Ministério Público. Isso porque, em razão da existência de prazos exíguos para a realização da interposição de recurso, não haveria tempo hábil para o juízo de revisão e eventual interposição pelo defensor público-geral. Assim, o encaminhamento à Defensoria Pública Geral seria apenas para fiscalizar a atividade do defensor⁵⁰⁰. Entendemos essa questão de maneira diferente, uma vez que o órgão responsável pela fiscalização das atividades funcionais do defensor público é a Corregedoria Geral e não a Defensoria Pública Geral.

Outra hipótese para não recorrer também decorre da aplicação analógica dos arts. 44, XII; 89, XII, e 128, XII, da Lei Complementar n. 80/94. Dessa forma, se o defensor público entender que a interposição do recurso será inconveniente para a parte, poderá não recorrer.

Um exemplo corriqueiro é a não interposição do recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia, porque, quando o juiz pronuncia o réu, se ele já estiver preso, por vezes a interposição desse recurso pode ser prejudicial, tendo em vista a protelação do processo com o réu preso. Por isso, tem o defensor público autonomia para não interpor o recurso.

⁴⁹⁸ Paulo Galliez entende de modo diverso, para o autor, quem designa outro defensor público para executar a medida é a Corregedoria Geral da Defensoria Pública (*Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 31).

⁴⁹⁹ Sobre hipótese semelhante na instituição do Ministério Público, assevera Hugo Nigro Mazzilli: “Não se argumente, porém que haveria quebra da independência funcional quando o membro do Ministério Público recebe a determinação de propor a ação pública, em decorrência da revisão de arquivamento do inquérito policial ou do inquérito civil. Nesses casos de revisão de arquivamento, a ordem de propor a ação não viola o princípio da independência funcional, pois a decisão última de propor ou não propor a ação passa a ser deferida, por força de lei, ao órgão final que a toma (procurador-geral ou o Conselho Superior do Ministério Público). Dessa forma, o órgão que deva cumprir a deliberação (o novo promotor de Justiça designado) não mais agirá por atribuições próprias, e sim, agora, por delegação do órgão que tomou a decisão, o qual, este sim, terá decidido com plena independência funcional” (*Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 73).

⁵⁰⁰ ARAUJO, José Aurélio de. Da prerrogativa do Defensor Público não recorrer, cit., p. 136.

É importante dizer que, em sede de processo penal, como o réu sozinho tem legitimidade para a interposição do recurso, caso isso ocorra, o defensor público será obrigado a arrazoar o recurso interposto pelo réu.

Nos casos da opção em não recorrer, deverá o defensor público responsável enviar cópia do processo para dois órgãos: Corregedoria Geral e Defensoria Geral.

Também será permitido que o defensor público não recorra quando a parte concordar com a sentença desfavorável, manifestando seu desejo de não recorrer. Nesse caso, tendo em vista que não há a análise do mérito das razões da não interposição do recurso, não se faz necessária a remessa aos referidos órgãos.

Vale observar que a hipótese não se aplica no processo penal, porque, ainda que o réu manifeste o desejo de não recorrer, o defensor público, na qualidade de profissional habilitado, poderá recorrer⁵⁰¹.

3.8.1.2.8. Outros deveres

Algumas leis estaduais preveem outros deveres. É o caso, por exemplo, da legislação paulista. Entre os deveres específicos dos defensores públicos paulistas, destacam-se os seguintes: a) racionalizar, simplificar e desburocratizar os procedimentos, evitando solicitar aos usuários documentos ou diligências prescindíveis à prestação do serviço; b) zelar pelo recolhimento ou promover a cobrança de honorários advocatícios, sempre que o necessitado for vencedor da demanda ou houver arbitramento judicial, bem como de quaisquer despesas adiantadas pelo Fundo de Assistência Judiciária, tais como honorários periciais; e c) observar fielmente o plano anual de atuação aprovado pelo Conselho Superior.

⁵⁰¹ Nesse sentido: “Habeas corpus. Recurso. Renúncia pelo acusado. Interposição pela defensoria pública. 1. O entendimento pretoriano é assente no sentido de recusar validade à declaração do acusado, renunciando a recurso contra decisão condenatória, sem assistência do defensor, prevalecendo, em obséquio ao princípio da ampla defesa, a manifestação de vontade deste último, circunstância que impõe ao Tribunal de origem conhecer e julgar apelação interposta. 2. Ordem concedida” (STJ, 6ª T., HC 22106/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 3.10.2002, DJ 28.10.2002, p. 351, v.u.); “Processual penal. Habeas corpus. Prisão em flagrante. Anulação da sentença. Nova sentença condenatória. Pretensão de liberdade provisória. Apelação. Constrangimento ilegal. Inexistência. – Não consubstancia constrangimento ilegal a permanência de estado prisional imposto a réu preso em flagrante pela circunstância de haver sido parcialmente anulada a sentença condenatória, em especial na hipótese em que, prolatada a nova sentença, foi negado o direito de recorrer em liberdade. – Não merece censura a manifestação de recurso de apelação pela defensoria pública, mesmo em face da desistência manifestada pelo réu, que não possui discernimento para decidir sobre a oportunidade de revisão do julgado. – Recurso ordinário desprovido” (STJ, 6ª T., RHC 8885/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 18.10.1999, DJ 22.11.1999, p. 193, v.u.).

O primeiro dever é de extrema relevância. O defensor público deve sempre ter em vista que aquele que utiliza os serviços da Defensoria Pública tem muita dificuldade em se deslocar para ser atendido, seja em razão de seu exíguo tempo disponível, sem prejuízo das atividades relacionadas ao trabalho, seja em razão dos poucos recursos financeiros. Por isso, é fundamental que o defensor público evite requerimentos ou solicitações que não imprescindíveis à prestação do serviço.

Também é importante o dever de zelar pelo recolhimento ou promover a cobrança de honorários advocatícios. No caso da Defensoria paulista, esses valores têm como destinação o Fundo Especial de Despesa da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Fundepe)⁵⁰².

Ressalte-se que jamais os valores poderão ter como destinação a pessoa física do defensor público. Trata-se de uma vedação expressa dos arts. 46, III; 91, III; e 130, III, todos da Lei Complementar n. 80/94⁵⁰³.

Sobre honorários advocatícios, é importante trazer à tona a posição reiterada do STJ, que afirma não ser devido quando a parte vencida for o Estado, por entender que ocorre o fenômeno da confusão⁵⁰⁴.

⁵⁰² O Fundo Especial de Despesa da escola da Defensoria Pública (Fundepe) foi instituído pela Lei n. 12.793, de 4 de janeiro de 2008. A destinação dos recursos está prevista no parágrafo único do art. 2º da citada lei, o qual afirma: “Parágrafo único – Observado o disposto no “caput”, o FUNDEPE poderá destinar recursos, dentre outras, para as seguintes atividades da Escola da Defensoria Pública do Estado: 1 – desenvolvimento de programas internos e aquisição de equipamentos de informática; 2 – contratação de especialistas, nacionais ou estrangeiros, para: a) formação e orientação de núcleos de pesquisa; b) assessoramento a programas de pesquisa e treinamento; c) elaboração de projetos ou programas técnicos; 3 – concessão de bolsas para investigação científica; 4 – concessão de bolsas de estudo para curso de mestrado e doutorado; 5 – concessão de ajuda financeira para aquisição de livros, boletins, revistas e outros periódicos e quaisquer publicações jurídicas, impressas ou eletrônicas, bem como programas de computador, relacionados com a função institucional da Defensoria Pública; 6 – aquisição ou locação de material permanente e de consumo; 7 – manutenção, conservação, limpeza e segurança de suas instalações”.

⁵⁰³ Assim dispõem os dispositivos legais: “Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado: (...) III – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições”; “Art. 91. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é vedado: (...) III – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições”; “Art. 130. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado: (...) III – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições”.

⁵⁰⁴ Nesse sentido: “Administrativo – SUS – Fornecimento de remédio – Condenação do estado ao pagamento da verba advocatícia – Parte vencedora representada pela Defensoria Pública Estadual – Impossibilidade – Confusão entre credor e devedor – Precedentes. 1. A questão atinente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública nas demandas contra o Estado já foi objeto de divergência entre as Turmas de Direito Público deste Tribunal. 2. Entretanto, na assentada de 14.4.2004, a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. (REsp 596.836/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel.

Mesmo depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o § 2º do art. 134 da CF, conferindo à Defensoria Pública autonomia administrativa, esse entendimento não foi alterado⁵⁰⁵.

O fato de o valor arrecadado a título de honorários ter como destinação um fundo especial, como ocorre nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, também não foi argumento bastante para alteração do entendimento⁵⁰⁶.

p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ 2.8.2004.) 3. Com relação à alegação de que as defensorias gozam de autonomia administrativa e funcional, a partir da Emenda Constitucional n. 45, impende assinalar que, conforme bem asseverou a Min. Eliana Calmon, o posicionamento não se altera mesmo diante da Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu às Defensorias Públicas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do § 2º ao art. 134 da CF/88. (AGA 878.545/RS, Segunda Turma, julgado em 16.8.2007, DJ 5.9.2007.) Agravo regimental improvido” (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 668428/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 203). Nesse mesmo sentido, a Súmula n. 80 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ”. Em sentido contrário: “Processo civil – Honorários – Defensoria Pública. 1. Não se há de confundir órgão do Estado com o próprio Estado, que se enfrentaram na ação, para efeito de suprimir-se a sucumbência. 2. Pela teoria do órgão examina-se de per si cada um deles para efeito do art. 20 do CPC, que impõe sucumbência a quem é vencido. 3. O Estatuto da OAB concede a todos os advogados, inclusive aos defensores públicos, o direito a honorários (art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994). 4. Recurso especial improvido” (STJ, 2ª T., REsp 480598/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 4.12.2003, DJ 8.3.2004 p. 214). “Embargos de declaração. Omissão. Efeito infringente. Restando omissa a decisão quanto à Emenda Constitucional nº 45, que alterou os arts. 134 e 168 da Constituição Federal, a qual conferiu autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública, devem ser acolhidos os embargos de declaração, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul na verba honorária fixada na sentença. Efeito infringente. Embargos acolhidos” (TJRS, 5ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 70011665916, rel. Des. Leo Lima, j. 9.6.2005).

⁵⁰⁵ “Ação de indenização. Estado. Defensoria Pública. Honorários. Confusão entre credor e devedor. Impossibilidade. EC 45/2004. Precedentes. I – A despeito da Emenda Constitucional nº 45/2004, é firme a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Defensoria Pública, por ser órgão estatal, desprovida de personalidade jurídica própria, não pode se beneficiar ou recolher honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de feito que envolve a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no REsp nº 816.087/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 07/08/2006; AgRg no REsp nº 646024- RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 23/05/2006. II – Agravo regimental improvido” (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 872899/MS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 7.11.2006, DJ 14.12.2006, p. 323, v.u.).

⁵⁰⁶ “Processual civil. Recurso especial. Ação ajuizada pela Defensoria Pública contra o Estado. Fixação de honorários advocatícios. Impossibilidade. Confusão entre credor e devedor. Precedentes do STJ. Desprovidimento do recurso especial. 1. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que a Defensoria Pública é um órgão do Estado, desprovido de personalidade jurídica própria, razão pela qual não pode figurar como credora de honorários advocatícios sucumbenciais em litígio contra o próprio Estado. 2. Efetivamente, os honorários advocatícios sucumbenciais, devidos nas ações ajuizadas pela Defensoria Pública, não são destinados à referida instituição, mas ao Estado para o qual presta serviços de assistência jurídica a pessoas carentes. 3. Portanto, nas demandas em que a parte vencida for o próprio Estado, é evidente a confusão entre a pessoa do credor e do devedor, prevista nos arts. 381, do Código Civil de 2002 (art. 1.049 do Código Civil de 1916), e 267, X, do Código de Processo Civil, sendo indevida a verba honorária sucumbencial. 4. Ademais, o fato de existir lei estadual que tenha instituído fundo financeiro especial, destinado ao aparelhamento da Defensoria Pública, não altera tal conclusão, pois permanece a situação jurídica relacionada ao credor e devedor da verba honorária. Nesse sentido, a orientação pacífica da Primeira Seção deste Tribunal Superior: EREsp 480.598/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.5.2005, p. 224; EREsp 566.551/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.12.2004, p. 403; REsp 596.836/RS, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 2.8.2004, p. 294. 5. Recurso especial desprovido” (STJ, 1ª T., REsp 700531/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 21.9.2006, DJ 19.10.2006, p. 242, v.u.).

O STJ, porém, entende devido quando a parte vencida for o Município⁵⁰⁷. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também entende devido quando o vencido for uma autarquia estadual⁵⁰⁸.

A mesma posição é tomada quando os honorários são devidos em razão do exercício da curadoria especial⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Nesse sentido: “Processual civil e tributário. Embargos à execução. Defensoria Pública. Litigância contra o município. Honorários advocatícios. Cabimento. 1. São devidos honorários advocatícios quando restar vencedora em demanda contra o Município, e não o Estado, parte representada por defensor público, não havendo que se falar no instituto da confusão, previsto no artigo 381, do Código Civil de 2002, uma vez que é aquele e não este que figura como devedor da verba honorária. (CC/1916, art. 1.046; CC/2002, art. 381). (...) 2. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ, 1ª T., REsp 1052920/MS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.6.2008, DJe 26.06.2008, v.u.). “Agravo regimental no recurso especial. Processual civil e Tributário. Execução fiscal. Condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios em favor da *Defensoria Pública* do Estado. Possibilidade. Precedentes. Violação do art. 130 da Lei Complementar. 80/94. Não-ocorrência. Desprovimento” (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 755631/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 10/06/2008, DJe 25.6.2008). “*Processual civil. Agravo regimental. Defensoria pública estadual representando litigante vencedor em demanda contra o município (parte vencida). Pagamento de honorários advocatícios. Possibilidade. Não-configuração de confusão entre credor e devedor. Precedentes. 1. Agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial para condenar o Município ao pagamento da verba honorária em favor da Defensoria Pública Estadual. 2. “A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil...”* (REsp nº 469662/RS, 1ª Turma, DJ de 23/06/2003, Rel. Min. LUIZ FUX) 3. Os honorários de advogado nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual destinam-se ao próprio Estado. O fato de haver um fundo orçamentário com finalidade específica é matéria contábil-financeira que não altera a situação jurídica de ser do credor dessa verba, a Fazenda Estadual e não a parte ou a própria Defensoria, já que esta não detém personalidade jurídica, sendo órgão do Estado. O destino do produto das receitas do Estado, decorrentes de sucumbência nos processos em que seja parte, é irrelevante na relação jurídica que trave com terceiros. A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de colhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor. 4. In casu, não está configurada a confusão, uma vez que a parte vencida é o ente Municipal e não o Estatal. Precedentes: REsp nº 805540/MG, Rel. Min. Luiz Fux; AgReg no REsp nº 724091/MG, Rel. Min. Luiz Fux. 5. Agravo regimental não-provido” (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1039387/MG, rel. Min. José Delgado, j. 3.6.2008, DJe 23.6.2008, v.u.).

⁵⁰⁸ “*Embargos de Declaração. Prequestionamento. Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade da utilização desta via recursal para prequestionamento, independentemente de omissão ou contradição da decisão guerreada. Ação de Revisão de Benefício ajuizada em face da RIO PREVIDÊNCIA. Autores que são patrocinados pela Douta Defensoria Pública. O pedido na mencionada lide restou procedente, com a condenação do Réu nas custas e honorários advocatícios. Apesar da Autarquia Suplicada e a Douta Defensoria Pública integrarem a Administração Pública Estadual, a confusão patrimonial não se observa, frente à autonomia de ambas. Verba honorária devida por força de sucumbência integra a receita de fundo do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública em geral. Inteligência do artigo 3º da Lei n.º 1146/87. Ausência do instituto da confusão sustentada pelo Embargante. Precedentes deste Colendo Sodalício, como transcritas na fundamentação. Discussão de matéria já decidida. Impossibilidade. Inconformismo do Embargante que deve ser demonstrado em sede própria. Inexistência de obscuridade ou contradições. Aclaratórios que se apresentam manifestamente improcedentes. Aplicação do caput do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Sodalício. Negado Seguimento* (TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação, rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, j. 22.8.2008).

⁵⁰⁹ “*Processual civil e tributário. Execução fiscal. Citação. Réu revel. Curador especial. Nomeação. Legitimidade. Prescrição intercorrente. Suspensão da execução. Art. 40 da LEF. Prevalência do art. 174 do CTN. Defensoria Pública. Litigância contra o município. 1º-d da Lei 9.494/97. Inaplicabilidade ao caso. Honorários advocatícios. Cabimento. Agravo regimental a que se nega provimento*” (STJ, 1ª T.,

Não concordamos com o posicionamento dominante do E. Tribunal Superior, de que são devidos os honorários à Defensoria Pública estadual quando vencido o Estado, tendo em vista a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁵¹⁰.

Por fim, destacamos o dever do defensor público em observar fielmente o plano anual de atuação, o qual é de suma importância para afirmar a instituição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo como uma instituição verdadeiramente democrática. A Lei Complementar paulista n. 988/2006 prevê como direito das pessoas que buscam atendimento da Defensoria Pública “a participação na definição das diretrizes institucionais da Defensoria Pública e no acompanhamento da fiscalização das ações e projetos desenvolvidos pela Instituição, da atividade funcional e da conduta pública dos membros e servidores” (inc. III do art. 6º). E, para efetivar tal direito, existe o plano anual, responsável por definir as estratégias e as metas de atuação da instituição, que deve ser elaborado depois da realização de Conferência Estadual e Regionais, de periodicidade de 2 (dois) anos, nos termos do § 3º do art. 7º. Nessas conferências, há a da sociedade civil que destaca os pontos sensíveis que devem nortear a atuação da Defensoria Pública.

3.8.2. Garantias dos defensores públicos

Como os defensores públicos são agentes políticos, bem como os integrantes do Ministério Público e da Magistratura, para desempenhar suas funções com eficiência e

AgRg no Ag 878357/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18.12.2008, DJe 4.2.2009, v.u.). “Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Decretação. Violação aos artigos 2º, § 3º, 8º, § 2º, e 40 da LEF não configurada. Curador. Defensoria pública. Nomeação. Possibilidade. Súmula 196/STJ. Verba honorária. Condenação da fazenda pública em favor da Defensoria Pública. Impossibilidade. Violação ao art. 20 do CPC. Ocorrência. Violação aos artigos 736 e 737 do CPC. Ausência de prequestionamento. Precedentes. – A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática desse dispositivo com o art. 174, e § único, do CTN. – O artigo 40 da Lei 6.830/80 sofre os limites impostos pelo artigo 174 do CTN e após o transcurso de determinado tempo sem a manifestação da Fazenda estadual, deve ser decretada a prescrição intercorrente, desde que requerida pelo executado, impedindo seja eternizada a demanda por ausência dos devedores ou de bens capazes de garantir a execução. – “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.” (Súmula 196/STJ). – Não cabe o recolhimento de honorários sucumbenciais decorrentes da condenação da Fazenda Pública quando a causa for patrocinada pela Defensoria Pública, por se tratar de órgão do Estado. – A configuração do prequestionamento exige a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida. – Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, 2ª T., REsp 686903/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 17.11.2005, DJ 6.2.2006, p. 257, v.u.).

⁵¹⁰ No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 233-234.

liberdade, devem ter garantias, que não podem ser confundidas com privilégios pessoais.

Garantias “são atributos que se destinam a assegurar o exercício das funções”⁵¹¹. Como asseguram o exercício da função, servem à coletividade, e não à pessoa que se vincula. Por isso, não há violação do princípio da isonomia.

Trataremos nesse item das garantias das pessoas que integram a Defensoria Pública.

3.8.2.1. Inamovibilidade

A primeira garantia, constitucionalmente prevista, para os ocupantes do cargo de defensor público é a inamovibilidade. Garantia expressamente prevista no art. 134, § 1º, da CF. Embora esse parágrafo tenha sido introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a garantia da inamovibilidade já estava prevista no texto original da Constituição (antigo parágrafo único).

A garantia da inamovibilidade visa garantir a independência funcional do agente político⁵¹².

Vale mencionar que a garantia da inamovibilidade somente pode ser concedida a agentes políticos por disposição constitucional contida na CF. Alexandre de Moraes destaca o voto na decisão liminar em ação direta de inconstitucionalidade, proferida pelo Ministro Celso de Mello, confirmada pelo Plenário do STF, para suspender a norma de CF que concedera a determinada carreira a garantia da inamovibilidade por entender que o preceito fere a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a movimentação de agentes públicos no interesse da Administração, chocando-se com o disposto nos arts. 2º e 84, II, da CF⁵¹³.

Essa garantia significa que o defensor público não pode ser removido de sua lotação para atuar em órgão distinto, ainda que situado em uma mesma comarca⁵¹⁴ ou até de um mesmo fórum. É, portanto, violação dessa garantia a remoção compulsória do

⁵¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 93.

⁵¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 94.

⁵¹³ Trata-se da ADin n. 1.246/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 6.9.1995 (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, cit., p. 488).

⁵¹⁴ Nesse sentido: OLIVEIRA, Rogério Nunes. *Assistência jurídica gratuita*, cit., p. 86.

defensor público lotado para atuar na 1ª Vara Cível do Fórum de Santana para atuar na 2ª Vara do mesmo fórum⁵¹⁵.

Vale destacar que é vedada a remoção compulsória ainda que seja em razão de promoção. Sobre o tema, disserta Silvo Roberto Mello Moraes:

Entendemos não possa tal ato – a promoção – estar vinculado à remoção do membro da Defensoria Pública para Comarca de entrância mais elevada, salvo se este anuir com tal ato. Por esta razão aplaudimos a alteração formulada na Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar-RJ n. 6/76), após a edição da Carta Magna de 1988, que não mais vincula a Categoria do Defensor Público ao Nível da Comarca. Assim, ‘*verbi gratia*’ um Defensor Público de 2ª Categoria pode ser promovido à 1ª Categoria, independentemente de ser a Comarca, da qual é titular, de 1ª ou 2ª Entrância. A modificação legislativa ora apontada se fazia imperiosa ante a garantia constitucional em foco, pois, caso contrário, estaria aberta à Administração uma via indireta para burlar os fins colimados pelo constituinte. Com efeito, poder-se-ia de forma escusa, remover o Defensor Público que estivesse prejudicando, com sua atuação séria e determinada em favor da população, interesses pouco legítimos de pessoas poderosas da localidade que porventura gozassem de bom trânsito junto a graduadas autoridades estatais. Seria, portanto, uma punição disfarçada de prêmio⁵¹⁶.

É de fundamental importância tal garantia para a atuação realmente livre do defensor público. Somente com a previsão dessa garantia o defensor público, no exercício de suas atividades, fica preservado de ingerências. Assim, a garantia da inamovibilidade está intrinsecamente relacionada ao princípio da independência funcional⁵¹⁷.

Dessa forma, será possível tutelar adequadamente os necessitados, mesmo quando a demanda for contrária a partes fortes, como é o caso do Estado. Assim, se um defensor público ajuizar uma demanda que eventualmente não agrada aos dirigentes, não poderá ser removido para uma comarca distante como forma de punição.

Vale mencionar que a garantia da inamovibilidade também é prevista para os membros da Magistratura e do Ministério Público⁵¹⁸.

⁵¹⁵ MORAES, Silvo Roberto Mello. A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 7, n. 7, p. 44, abr. 1996.

⁵¹⁶ MORAES, Silvo Roberto Mello. A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, cit., p. 44-45.

⁵¹⁷ Nesse sentido: GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 42; ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 326.

⁵¹⁸ Para os membros da Magistratura, a garantia da inamovibilidade está prevista desde a Constituição de

Vale mencionar ainda que, no caso dos membros do Ministério Público e da Magistratura, que também possuem a garantia da inamovibilidade, é possível a remoção para atender a interesse público. Nesse sentido, afirma o art. 95, II, da CF: “Os juízes gozam das seguintes garantias: inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII” e o art. 128, § 5º, I, “b”:

Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.

No caso da Defensoria Pública, entretanto, inexistente a previsão da remoção do defensor público do seu órgão de atuação em razão de interesse público, de forma que há quem sustente que a garantia da inamovibilidade para o defensor público, ao contrário dos membros da Magistratura e do Ministério Público, é absoluta⁵¹⁹. Poder-se-ia argumentar que, evidenciado uma antinomia de normas, conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz, segundo o critério hierárquico, deve prevalecer a norma superior⁵²⁰. No caso, portanto, deve prevalecer a CF, que estabelece a garantia da inamovibilidade sem qualquer exceção⁵²¹.

A lei infraconstitucional prevê outra hipótese de exceção ao princípio ora estudado. Trata-se da chamada remoção compulsória (art. 34). Esta, de caráter punitivo, pode ser aplicada apenas quando a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação (§ 4º, art. 50), dependendo de prévio parecer do Conselho Superior, sempre assegurada a ampla defesa em processo administrativo disciplinar (art. 36).

1934: “Art. 64, “b””: “*Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público*”. Depois a garantia foi repetida nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988. Já para os membros do Ministério Público, a garantia da inamovibilidade foi prevista apenas na Constituição de 1967.

⁵¹⁹ Nesse sentido: GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 33; MORAES, Silvo Roberto Mello. A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, cit., p. 45-46.

⁵²⁰ “*O hierárquico* (‘lex superior derogat legi inferiori’), baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra. O princípio ‘lex superior’ quer dizer que em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo, assim, p. ex., a Constituição prevalece sobre uma lei” (DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas: de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34).

⁵²¹ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 33-34.

Vale destacar que a garantia da inamovibilidade independe de ato formal de lotação do defensor público. Significa dizer se o defensor público executar seu ofício em determinado órgão, como conhecimento da Administração Superior, ainda que não exista um ato formal de lotação no órgão, haverá, sim, o direito à inamovibilidade⁵²². Se assim não fosse, como o ato formal depende da Administração Superior, a garantia da inamovibilidade estaria sujeita a uma espécie de deferimento pelo órgão de chefia.

A Lei Complementar n. 80/94 prevê duas remoções voluntárias e, portanto, constitucionais: a remoção por pedido e a remoção por permuta (art. 35).

A remoção por pedido é aquela em que o defensor público se manifesta desejando ocupar uma vaga aberta (art. 37).

Para o concurso de remoção, a lei complementar estabeleceu regras de preferência. O primeiro critério é o membro mais antigo na categoria. Note-se que a Lei afirma ser o membro mais antigo na categoria e não na carreira. Na hipótese de empate, tem preferência aquele que tem mais tempo de carreira, depois mais tempo de serviço público na União (no caso da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal) ou de serviço no respectivo Estado (no caso da Defensoria Pública dos Estados). Os critérios de desempate são os seguintes: a) o tempo em serviço público em geral; b) o membro mais idoso; e c) o membro melhor classificado no concurso para ingresso na Defensoria Pública. É o que dispõe os § 1º dos arts. 37 e 87 e o parágrafo único do art. 121, da Lei Complementar.

A remoção por permuta ocorre quando os membros desejam trocar de órgão de trabalho. Para ser efetivada, a Administração superior deve verificar se a permuta atende à conveniência do serviço (art. 38).

Silvio Roberto Mello Moraes destaca uma questão: a possibilidade ou não de o Chefe da instituição da Defensoria Pública revogar a remoção voluntária, seja por concurso ou por remoção. Para ele:

No que tange à anulação, pensamos não haver qualquer dúvida. A resposta seria afirmativa, pois a anulação de um ato administrativo se funda em questões de legalidade. Já a

⁵²² Em sentido contrário: “RMS – Administrativo – Inamovibilidade – Inamovibilidade e garantia assegurada ao funcionário público de não ser deslocado de um cargo para outro. E direito ao exercício do cargo para o qual foi nomeado e tomou posse. A nomeação específica, portanto, é antecedente necessário. Em caso de nomeação sem Indicação precisa e exclusiva da lotação, poderá ser designado Para exercer a atividade compreendida na extensão da nomeação. Não evidenciado que o defensor público, no Estado do Amazonas, é nomeado para atuar junto a determinada vara, legal a designação feita pelo Defensor Público-Geral do Estado, deslocando a impetrante, sem afetar as atribuições legais da Defensoria Pública” (STJ, 6ª T., RMS 7077/AM, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 13.8.1996, DJ 16.12.2006, p. 50958, v.u).

revogação, entretanto, tem como base tão somente razões de conveniência e oportunidade da Administração. Neste caso, somos de entendimento, *‘permissa venia’*, que, uma vez investido o Defensor Público no novo órgão de atuação, por remoção voluntária autorizada pela Chefia Institucional, sua revogação posterior constituiria grave afronta à garantia constitucional da inamovibilidade, ainda que por via transversa⁵²³.

A Lei Estadual de São Paulo prevê outras duas espécies de remoção voluntária. A primeira é denominada remoção qualificada: é aquela em que o defensor público integrará um Núcleo Especializado (art. 111 da Lei Estadual n. 988/2006).

A segunda é a remoção por união de cônjuges ou companheiros. Note-se que a lei paulista respeita a CF ao conceder tratamento igual aos casos de cônjuge e companheiro⁵²⁴. Prevê o art. 112 da Lei paulista:

Ao Defensor Público é assegurado, se houver vaga e não causar prejuízo ao serviço, o direito de remoção para igual cargo ou função no Município de residência de cônjuge ou companheiro que exerça cargo, emprego ou função pública, ou seja, titular de mandato eletivo estadual ou municipal. Parágrafo único – Somente será concedida nova remoção, por união de cônjuges ou companheiros, a Defensor Público que tenha sido removido a pedido para outro Município, após transcorridos 5 (cinco) anos do ato.

3.8.2.2. Independência funcional

A independência funcional está prevista no art. 3º da Lei Complementar n. 80/94. Há quem entenda que o princípio da independência funcional possui um aspecto externo. Sendo este o que confere à Defensoria Pública a possibilidade, ou melhor, o dever de atuar de forma livre, sem que haja a ingerência de qualquer outro organismo estatal, seja do Poder Executivo, seja Legislativo ou Judiciário, bem como do Ministério Público. Refere-se a já estudada autonomia funcional da instituição da Defensoria Pública.

Preferimos tratar a independência funcional de forma autônoma, como garantia aos membros da Defensoria Pública, incidindo no exercício da atividade por eles realizadas. Sendo independentes funcionalmente, os membros da Defensoria Pública

⁵²³ MORAES, Silvo Roberto Mello. A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, cit., p. 45.

⁵²⁴ Afirma o § 3º do art. 226 da CF: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

não possuem qualquer subordinação a qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário)⁵²⁵, bem como qualquer subordinação hierárquica perante a chefia da instituição. Nesse último caso, existirá apenas uma subordinação administrativa⁵²⁶.

Isso significa que, no exercício de suas atividades, deve o defensor público observar a lei e suas convicções⁵²⁷.

Cleber Francisco Alves aborda o tema da seguinte forma:

Isto significa dizer que os Defensores Públicos são plenamente independentes no exercício de suas atividades funcionais, no que se refere aos aspectos e estratégias de natureza técnico-jurídicas de que pretendam se valer para levar a cabo a assistência e o patrocínio dos interesses das partes que estiverem sob seus cuidados. Os membros da Administração Superior da Defensoria Pública não têm nenhum poder de interferir nesse âmbito, sendo que suas decisões somente devem ser obrigatoriamente acatadas pelos membros da instituição nas matérias de ordem administrativa e disciplinar⁵²⁸.

Essa garantia, ao contrário do que possa aparecer, não se trata de uma carta em branco, conferindo ao defensor público o poder de agir como bem entender, justificando pela independência funcional, pois a independência funcional sempre deve estar subordinada à função institucional da Defensoria Pública, prevista na CF, que é a assistência ao necessitado, de forma integral.

Tendo em vista a independência funcional, o defensor público terá, sim, liberdade para, por exemplo, em um caso concreto, escolher se ajuíza uma ação cautelar e, posteriormente, uma ação principal, ou se ajuíza uma ação principal com pedido de tutela antecipada. Nessa escolha, o defensor público será soberano, não podendo receber qualquer ordem para tomar um caminho em vez do outro.

A independência funcional, porém, não pode ser utilizada para, por exemplo, justificar a não interposição de um recurso. Por exemplo: o assistido tem contra si uma

⁵²⁵ “Assim o é porque o Defensor Público, no exercício do seu mister, pode deparar-se muitas vezes com o próprio Estado como adversário processual, pois inúmeras as ações movidas pelos mais necessitados contra institutos de previdência, entidades públicas, ações de indenizações, e outras as mais variadas. A autonomia funcional permite ao Defensor Público atuar na Defesa dos interesses do seu constituinte sem que haja o risco de sofrer interferências por parte do Estado, o que comprometeria a eficácia da prestação jurisdicional, uma vez que a população carente não poderia contar com a idoneidade da atuação do advogado das massas” (PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 282).

⁵²⁶ Nesse sentido, afirmando que a independência funcional na instituição do Ministério Público apenas permite uma subordinação administrativa: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 303; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 71.

⁵²⁷ PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*, cit., p. 282.

⁵²⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 318.

sentença de improcedência. Nesse caso, não poderá o defensor público responsável pelo caso, por entender que a sentença é adequada e justa, deixar de ajuizar o recurso de apelação se assim o assistido desejar. Aliás, como já estudado, é dever funcional específico de recorrer. A independência funcional existirá, apenas, na forma pela qual o recurso for interposto.

Conforme assinalado linhas atrás, o membro da Defensoria Pública subordina-se administrativamente à chefia da instituição. Assim, deve observar os atos e as decisões de direção, organização e fiscalização dos Órgãos Superiores da Defensoria Pública. São casos clássicos dessa organização institucional: estabelecer a lotação do defensor público⁵²⁹, estabelecer rotinas de trabalho, solução de conflitos de atribuições⁵³⁰ etc.

Vejam os outros exemplos: a Defensoria Pública de determinado Estado, a fim de tornar mais claro quem é o destinatário de seus serviços, elabora uma deliberação e nesta afirma que é presumidamente necessitado aquele que ganha, por exemplo, 3 (três) salários mínimos. Não pode o defensor público, com base no funcionamento do princípio da independência, recusar de atender um assistido que comprova rendimentos até esse valor, por entender, pessoalmente, que necessitado é aquele sujeito que percebe 2 (dois) salários mínimos. Da mesma forma, não pode o defensor público atender um indivíduo que percebe 4 (quatro) salários mínimos por entender que essa faixa caracteriza um “necessitado”, nos termos legais.

A nosso ver, nesse caso, deve-se prevalecer a política institucional traçada na referida deliberação que não pode ser desrespeitada pelo defensor público, independentemente da sua posição pessoal.

Por fim, vale trazer à colação a questão tormentosa da existência de teses institucionais em confronto com a independência funcional.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, possui previsão acerca das teses institucionais, que devem ser aprovadas em encontros anuais dos defensores públicos paulistas, e que, segundo o inc. XV do art. 58 da Lei Complementar n. 988/2006, têm observância obrigatória pelos membros da instituição⁵³¹.

⁵²⁹ Luiz Alberto Davis Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam dois exemplos de subordinação hierárquica no caso do Ministério Público: “*O Promotor de Justiça substituto fica afeto a uma circunscrição (conjunto de comarca), cabendo ao Procurador-Geral de Justiça, a cada mês, fazer a designação do seu local de trabalho. Havendo conflito de atribuições entre dois membros do Ministério Público, a resolução é tarefa do Procurador-Geral de Justiça, que, decidindo, exercita nada mais do que seu poder hierárquico em questões de caráter administrativo*” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 303).

⁵³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 71.

⁵³¹ Afirma o dispositivo: “*organizar encontro anual dos Defensores Públicos para a definição de teses*”

É necessário destacar que a observância obrigatória não significa que a tese institucional vincula sempre a atuação do defensor público. Observância obrigatória determina que, ao deparar com uma situação, havendo tese institucional sobre o tema, deverá o defensor público, obrigatoriamente, analisá-la, porém somente deverá aplicá-la se esta a melhor solução, no caso, para atingir a finalidade institucional. Se o membro da Defensoria Pública, com base na sua convicção, entender que a aplicação de determinada tese institucional não satisfaz o melhor interesse, poderá não aplicá-la. Entendimento contrário implicaria evidente violação da independência funcional do defensor público.

Sobre o tema, o atual Corregedor-Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Carlos Weis, disserta que o legislador parece ter se inspirado

na prevalência da vontade da maioria da carreira sobre a liberdade individual do defensor, observado o amplo debate das ideias e a escolha de um posicionamento institucional pela via democrática. Mesmo cercado de tais cuidados, parece-me que as “teses institucionais” invadem área reservada à independência funcional do Defensor Público, conflitando com o paradigma constitucional antes referido. Então, a princípio, seria inconstitucional obrigar o Defensor Público a agir de uma determinada maneira em casos equivalentes à previsão contida em tese institucional, o que levaria a concluir que esta possui, apenas, caráter de orientação institucional. Porém, envolvendo na análise da questão o que aqui se disse a respeito da limitação à independência funcional advinda da necessidade de a atividade do Defensor Público ir ao encontro da realização das incumbências institucionais, creio ser possível extrair das teses institucionais algo mais que natureza de mera orientação. Relacionando a questão ao que se estabeleceu quanto à motivação e discricionariedade do ato administrativo, resta que a tese institucional pode assumir caráter de obrigatoriedade, sempre que configurar inexoravelmente o único modo de alcançar os objetivos e atribuições institucionais da Defensoria Pública na respectiva hipótese de incidência. Resulta que somente na casuística é que será possível determinar se uma tese institucional é escancaradamente o melhor caminho a seguir ou se, em realidade, é apenas uma opção dentre outra(s). No primeiro caso, o Defensor Público ficará adstrito à obediência da tese; no segundo, não. Contudo, como a regra é a preservação da independência funcional, parece-me que esta somente poderá ser quebrada se restar patente que conduta

institucionais, que deverão ser observadas por todos os membros da carreira, constituindo parâmetros mínimos de qualidade para atuação”. Vale observar que no II Encontro dos Defensores Públicos paulistas, podiam ser proponentes de teses institucionais qualquer defensor público ou membros da sociedade civil, fato que demonstra o caráter eminentemente democrático da instituição.

profissional diversa daquela estampada na tese institucional leva ao inexorável prejuízo à parte assistida e contraria frontalmente os objetivos e atribuições institucionais. Portanto, mesmo fixada uma tese institucional, nada impede que o Defensor Público, baseado na sua independência funcional, atue de forma diversa no caso concreto, observado, porém, seu dever de demonstrar que sua linha de atuação atende à finalidade maior da Defensoria Pública, sem o que seu ato perde a necessária motivação pública e é passível de censura correccional⁵³².

3.8.2.3. Irredutibilidade de vencimentos

A garantia da irredutibilidade de vencimentos é uma garantia prevista para todo ocupante de cargo ou emprego público. Afirma o inc. XV do art. 37 da CF: “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV desse artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

É importante trazer à colação a diferença conceitual entre vencimento e vencimentos afirmada por Hely Lopes Meirelles:

Vencimentos (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o vencimento (no singular) corresponde ao padrão do cargo público fixado por lei, e os vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional⁵³³.

Muito se questiona a respeito da exata dimensão dessa garantia. Tratar-se-ia de uma garantia de irredutibilidade meramente formal ou real? Em outras palavras, seria a mera impossibilidade de reduzir o valor nominal dos vencimentos ou seria a impossibilidade de reduzir o valor aquisitivo dos vencimentos?

Sobre o tema, escreve Hugo Nigro Mazzilli:

A garantia de irredutibilidade remuneratória tem sido pura falácia. Num país como o nosso, onde anos a fio veio predominando o total descontrole do governo sobre a inflação, esse flagelo costumou reduzir a nada a suposta irredutibilidade,

⁵³² WEIS, Carlos. *Parecer sobre autonomia funcional, autonomia administrativa e independência funcional no âmbito da defensoria pública do Estado de São Paulo*. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=868&idModulo=4998>. Acesso em: 12 mai 2009.

⁵³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 456.

já que nossos tribunais, encampando tese de Suprema Corte norte-americana (em cujo país a inflação não desorganiza na mesma proporção a respectiva economia), têm-se recusado a reconhecer que dita irredutibilidade seja real (isto é, com direito à atualização monetária)⁵³⁴.

Entretanto, em julgamentos mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem começado a afirmar que a revisão geral e anual da remuneração dos servidores públicos deve observar o princípio da irredutibilidade, sob o ângulo não simplesmente do valor nominal, mas do poder aquisitivo. Vejamos a seguinte ementa:

Vencimentos – Irredutibilidade – Alcance. A irredutibilidade de vencimentos, prevista na Constituição Federal – artigos 7º, inciso VI, 37, inciso X, e 39, § 2º –, implica a manutenção do poder aquisitivo do valor satisfeito, estando, assim, ligado ao quantitativo real e não, simplesmente, nominal. Vencimentos – Reajuste – Despesa com pessoal – Limite. A norma inserta no artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em que se prevê um certo limite percentual da receita a ser consumido com despesas de pessoal, não serve ao afastamento de preceito mediante o qual Estado-membro disciplina a revisão dos vencimentos dos respectivos servidores⁵³⁵.

Outro ponto que merece destaque é a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que instituiu a remuneração por meio de subsídio para cargos eletivos, agentes políticos e outros cargos. O § 4º do art. 39 da CF afirma o seguinte:

O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, subsídio é:

A remuneração exclusiva, fixada em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou de outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI da Constituição Federal⁵³⁶.

A mesma Emenda Constitucional (n. 45/2004) previu a remuneração, por meio de subsídio, aos membros da Defensoria Pública (art. 135). Devendo respeitar o teto remuneratório previsto no inc. XI do art. 37, que assim dispõe:

⁵³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 98.

⁵³⁵ STJ, 2ª T., REsp 193285/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997, DJ 17.4.1998, p. 17, v.u.

⁵³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 98.

XI – A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

Assim, a garantia em tela deve ser interpretada como irredutibilidade do subsídio. Enquanto este não for implementado, mantém-se a garantia da irredutibilidade dos vencimentos.

Aproveitemos o momento para tratar, de forma breve, acerca da disparidade existente entre os vencimentos dos membros da Defensoria Pública, quando comparados aos vencimentos dos membros do Ministério Público e da Magistratura⁵³⁷.

Essa disparidade é apontada no II Diagnóstico da Defensoria Pública, segundo o qual, a regra constitucional que impôs o limite remuneratório não atingiu os membros da Defensoria Pública da forma como atingiu os do Ministério Público, isso porque aqueles, de uma forma geral, possuem o valor final de subsídio muito inferior ao subteto constitucional. O Diagnóstico aponta que o valor final médio do subsídio pago aos defensores públicos é de R\$ 7.622,74, bastante inferior ao valor final médio dos salários pagos aos membros do Ministério Público, que, em 2005, era de R\$ 19.629,64, ou seja, 257% de variação.

⁵³⁷ Houve a tentativa, sem sucesso, de equiparação dos vencimentos por meio de ação judicial: “*Mandado de segurança. Administrativo. Defensoria pública e Ministério Público estadual. Isonomia de vencimentos. Não aplicabilidade do princípio constitucional sem prévia lei. Arts. 37, XII, 39, par-1. e 135, CF. 1 – A igualdade de tratamento normativo, com critérios objetivos, decorre de que a isonomia pressupõe identidade ou similitude de cargos e funções, cuja demonstração é necessária. 2 – Norma não autoaplicável, dependente de voluntário ato legislativo, ficando afastada qualquer equiparação forçada pela via judicial. 3 – Precedentes da jurisprudência. 4 – Recurso conhecido e improvido*” (STJ, 1ª T., RMS 930/SE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 7.10.1992, DJ 16.11.1992, p. 21086, v.u).

3.8.2.4. Estabilidade

Essa garantia está prevista na Lei Complementar n. 80/94 (arts. 43, IV; 88, IV; e 127, IV).

A estabilidade, nos termos do art. 41 da CF, ocorre após três anos de efetivo exercício⁵³⁸. Afirma o § 4º: “Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”.

Durante esse período, diz-se que o defensor público está em estágio probatório. No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, o defensor público que está em estágio probatório tem o dever de frequentar curso de adaptação e de enviar semestralmente à Corregedoria Geral relatório das atividades desenvolvidas.

O estágio probatório deve ser acompanhado pela Corregedoria Geral da Defensoria Pública (arts. 13, VII; 61, VII; e art. 105, VII, da Lei Complementar n. 80/94), que poderá propor ao Conselho Superior a suspensão do estágio probatório ou a exoneração do membro que não cumpriu as exigências no período (arts. 13, III e VIII; 61, III e VIII; 105, III e VIII, da Lei Complementar n. 80/94).

Por fim, caberá ao Conselho Superior da Defensoria Pública decidir avaliar acerca do cumprimento desse período pelo defensor público (arts. 10, IX; 58, IX, da Lei Complementar n. 80/94). Vale dizer que, no caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dada a importância da decisão sobre o estágio probatório, esta deve ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Conselho Superior (art. 31, XVI, da Lei Complementar n. 988/2006).

Com a estabilidade, o defensor público só poderá perder o cargo nos seguintes casos (incs. I a III, do art. 41 da CF): “I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

É certo que, mesmo havendo um procedimento administrativo findo impondo a demissão do defensor público, este poderá se socorrer do Poder Judiciário para rever a pena imposta, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inc. XXXV, da CF).

⁵³⁸ Vale informar que o prazo para a estabilidade foi ampliado de dois para três anos com a Emenda Constitucional n. 19, de 1988.

Afirma o § 2º do art. 41 da CF:

Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

No caso dos membros do Ministério Público e da Magistratura, a CF prevê expressamente a vitaliciedade, e não a estabilidade. E, segundo o texto constitucional, essa garantia existe após 2 (dois) anos de exercício. Assim, após 2 (dois) anos, os membros dessas instituições somente poderão perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado (arts. 95, I e 128, § 5º, I, "a", da CF).

Assim, a garantia da vitaliciedade é mais abrangente que a garantia da estabilidade, pois nesta é impossível a perda do cargo mediante procedimento administrativo. A decisão de demissão é exclusivamente judicial.

Questionamos essa diferença de tratamento para os membros da Defensoria Pública em relação aos membros dessas outras duas carreiras. A nosso ver, como se tratam de agentes políticos dotados de independência, com a mesma grandeza e importância, não podem receber tratamento diferenciado. Isso porque tal garantia tem

por fundamento não o de erigir casta privilegiada de servidores públicos, mas tão somente o de conferir a certos agentes políticos do Estado as condições imprescindíveis para que possam desempenhar com plena independência e estabilidade suas funções constitucionais, em prol do bem comum⁵³⁹.

Visando à correção dessa distorção, a legislação estadual do Estado do Rio de Janeiro prevê, para os membros da Defensoria Pública, a garantia da vitaliciedade⁵⁴⁰.

3.8.2.5. Prerrogativa de foro

A garantia da prerrogativa de foro caracteriza-se pela existência de um tribunal especial para julgar determinadas pessoas em razão da função que exerce.

⁵³⁹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 326.

⁵⁴⁰ Afirma a Constituição do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 181 – Lei complementar disporá sobre a organização e funcionamento da Defensoria Pública, bem como sobre os direitos, deveres, prerrogativas, atribuições e regime disciplinar dos seus membros, observadas, entre outras: I – as seguintes diretrizes: (...) g) o Defensor Público, após dois anos de exercício na função, não perderá o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado”. Vale mencionar que existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 558-8), sob o fundamento de que a vitaliciedade constitui garantia privativa dos agentes públicos independentes. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao nosso ver, não existe mais o fundamento para a alegação de inconstitucionalidade da garantia da vitaliciedade para o defensor público.

Ao contrário dos membros da Magistratura e do Ministério Público, que possuem a garantia de prerrogativa de foro expressamente prevista na CF⁵⁴¹, apenas algumas legislações estaduais preveem prerrogativa de foro para os membros da Defensoria Pública. É o caso, por exemplo, da Constituição do Rio de Janeiro⁵⁴². Destaque-se que já houve questionamentos acerca da possibilidade desta previsão, sendo confirmada pelo STJ⁵⁴³.

Vale mencionar que a previsão de prerrogativa de foro em sede da CF possui algumas diferenças práticas quando comparada à garantia da prerrogativa de foro em legislação estadual. Isso porque entende-se que a prerrogativa de foro, quando prevista em legislação estadual, não prevalece sobre a competência do Tribunal do Júri, tendo em vista que esta está prevista na CF⁵⁴⁴. A prerrogativa só afasta a competência do Tribunal do Júri quando prevista na CF⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Vejamos, por exemplo, a sistemática constitucional acerca da prerrogativa do foro por funções dos membros do Ministério Público. Cabe: 1. Ao STF processar e julgar, originalmente, nas infrações comuns, o procurador-geral da República (Art. 102, I, b); 2. Ao Senado Federal, julgar o procurador-geral da República e os membros do Conselho Nacional do Ministério Público nos crimes de responsabilidade (art. 52, II); 3. Ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originalmente, os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I); 4. Aos Tribunais Federais, processar e julgar, originalmente, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 108, I, a); 5. Aos Tribunais de Justiça, processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, os membros do Ministério Público estadual (art. 96, III).

⁵⁴² Afirma o art. 161, IV, “d”, 2: “*Compete ao Tribunal de Justiça: processar e julgar originariamente: nos crimes comuns e de responsabilidade: 2 – os juízes estaduais e os membros do Ministério Público, das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembleia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*”. No mesmo sentido, dispõe o art. 85 da Lei Complementar n. 6/77: “*Art. 85 – Os membros da Defensoria Pública serão originariamente processados e julgados pelo Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e nos de responsabilidade*”.

⁵⁴³ “*Foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, d, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-Membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. Habeas corpus deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro*” (STJ, 6ª T., HC 45604/RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 10.10.2006, DJ 19.3.2007, p. 395, v.u.).

⁵⁴⁴ “*Recurso Ordinário em Habeas Corpus. 2. Homicídio. Competência do Tribunal do Júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal. 3. Não prevalece, na hipótese, a norma constitucional estadual que atribui foro especial por prerrogativa de função a vereador, para ser processado pelo Tribunal de Justiça. 4. Matéria não enquadrável no art. 125, § 1º, da Carta Magna. Cumpre observar, ainda, que a regra do art. 29, X, da Constituição Federal, não compreende o vereador. 5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento*” (STF, 2ª T., RHC 80477/PI, rel. Min. Néri da Silveira, j. 31.10.2000, DJ 4.5.2001, p. 41, v.u.). “*Habeas Corpus. 2. Procurador do Estado da Paraíba condenado por crime doloso contra a vida. 3. A Constituição do Estado da Paraíba prevê, no art. 136, XII, foro especial por prerrogativa de função, dos procuradores do Estado, no Tribunal de Justiça, onde devem ser processados e julgados nos crimes comuns e de*

Também vale mencionar as observações elaboradas por Hugo Nigro Mazzilli acerca da prerrogativa de foro:

O foro por prerrogativa de função é aplicável mesmo a fatos ocorridos antes da investidura do agente no cargo ou nas funções. Não se estende ao julgamento de fatos ocorridos durante o exercício funcional, se o inquérito policial ou a ação penal forem iniciados após a cessação daquele exercício. Tal foro não prevalece se o ilícito tiver sido praticado enquanto o membro do Ministério Público se encontrava afastado do exercício das funções, aposentado ou após a cessação definitiva do exercício funcional. Para o fato cometido enquanto no exercício funcional, o foro especial não se aplica depois de demitido ou aposentado o membro da instituição, ao contrário do que vinha entendendo a jurisprudência anterior⁵⁴⁶.

Não pretendemos aqui realizar um estudo aprofundado do tema, tampouco discutir a justiça da existência dessa prerrogativa, queremos apenas levantar a questão para demonstrar a disparidade de tratamento, nesse aspecto, entre os membros do Ministério Público e da Defensoria. Fato que não consideramos aceitável, pois a justificativa da existência da prerrogativa de foro funda-se na qualidade de agente político, própria também do defensor público.

responsabilidade. 4. O art. 136, XII, da Constituição da Paraíba, não pode prevalecer, em confronto com o art. 5º, XXXVIII, letra d, da Constituição Federal, porque somente regra expressa da Lei Magna da República, prevendo foro especial por prerrogativa de função, para autoridade estadual, nos crimes comuns e de responsabilidade, pode afastar a incidência do art. 5º, XXXVIII, letra d, da Constituição Federal, quanto à competência do Júri. 5. Em se tratando, portanto, de crimes dolosos contra a vida, os procuradores do Estado da Paraíba não de ser processados e julgados pelo Júri. 6. Habeas Corpus deferido para anular, ab initio, o processo, desde a denúncia, inclusive, por incompetência do Tribunal de Justiça do Estado, devendo os autos ser remetidos ao Juiz de Direito da comarca de Taperoá, PB, determinando-se a expedição de alvará de soltura do paciente, se por tal não houver de permanecer preso” (STF, Tribunal Pleno, HC 78168/PB, rel. Min. Néri Silveira, j. 18.11.1998, DJ 19.8.2003, p. 19, v.u.). “Penal. Processual. Competência. Decisão posterior que afirmou a não existência de prerrogativa de foro para vereador. ‘Habeas corpus’. 1. Não prevalece, em se tratando de crimes dolosos contra a vida, disposição de Constituição Estadual que garante foro especial, por prerrogativa de função, a Vereador. Precedente do eg. Supremo Tribunal Federal. 2. “Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido” (STJ, 5ª T., HC 20029/RJ, rel. Min. Edson Vidigal, j. 2.4.2002, DJ 29.4.2002, p. 270, v.u.).

⁵⁴⁵ *“Ação penal. Questões de ordem. Crime doloso contra a vida imputado a parlamentar federal. Competência do Supremo Tribunal Federal versus competência do tribunal do júri. Norma constitucional especial. Prevalência. Renúncia ao mandato. Abuso de direito. Não reconhecimento. Extinção da competência do STF para julgamento. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente” (STF, Tribunal Pleno, AP 333/PB, rel. Joaquim Barbosa, Revisor Min. Eros Grau, j. 5.12.2007, DJe 10.4.2007, por maioria de votos).*

⁵⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 101-102.

3.8.2.6. Promoção

Os membros da Defensoria Pública têm a garantia da existência de um plano de carreira por meio de promoções. Assim, a promoção é o acesso do membro da Defensoria Pública à próxima categoria da carreira.

A Lei Complementar n. 80/94 trata da promoção da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Estados. Em todas, por expressa determinação legal, tal promoção deve ser realizada com base em dois critérios: antiguidade e merecimento (arts. 31, 76 e 116).

A antiguidade é verificada pelo tempo de efetivo exercício na categoria a que pertence (§ 1º do art. 31, § 1º do art. 76 e § 2º do art. 116). A Lei Complementar n. 80 não prevê hipótese de recusa a essa promoção pelo órgão colegiado⁵⁴⁷.

Já a promoção por merecimento depende de fixação de critérios objetivos pelo Conselho Superior. Segundo a Lei Complementar n. 80/94, esses critérios deverão considerar, entre outros, a eficiência e a presteza demonstradas no desempenho da função e a aprovação em cursos de aperfeiçoamento, de natureza jurídica, promovidos pela instituição, ou por estabelecimentos de ensino superior oficialmente reconhecido (arts. 33, 78 e 117). Ademais, a lei especifica: “Os cursos de aperfeiçoamento de que trata este artigo compreenderão, necessariamente, as seguintes atividades: a) apresentação de trabalho escrito sobre assunto de relevância jurídica; b) defesa oral do trabalho que tenha sido aceito por banca examinadora” (§ 1º do art. 33, § 1º do art. 78 e § 1º do art. 117).

Os critérios de promoção por merecimento, em qualquer instituição, geram muita discussão, porque se questiona, por exemplo, a pontuação, para fins de merecimento, em razão de atividades acadêmicas. Isso porque, de um lado, sustenta-se que a dedicação acadêmica prejudica sua atuação profissional; de outro lado, sustenta-se a importância dessa pontuação com a finalidade de estimular o constante aperfeiçoamento dos membros da instituição.

⁵⁴⁷ Na Magistratura, ao contrário, há previsão de recusa à promoção do membro mais antigo. Dispõe a alínea “d”, do inc. II, do art. 93, da CF: “na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação”. Essa possibilidade se aplica também à instituição do Ministério Público, nos termos do § 4º do art. 129 da CF.

Vale mencionar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou o texto constitucional para, a exemplo da Lei Complementar n. 80/94, determinar que a aferição do merecimento na carreira da magistratura seja realizada com critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício das funções. Dispõe a alínea “c” do inc. II do art. 93 da CF: “a aferição do merecimento **conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza** no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos **oficiais** ou reconhecidos de aperfeiçoamento”⁵⁴⁸.

No caso da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, não poderá ser candidato à promoção por merecimento aquele que tenha sofrido penalidade de advertência ou suspensão, no período de um ano imediatamente anterior à ocorrência da advertência, ou de dois anos, em caso de suspensão (§ 2º do art. 33, § 2º do art. 78 da Lei Complementar n. 80/94).

No caso da Defensoria Pública dos Estados, afirma o § 2º do art. 117: “A lei estadual estabelecerá os prazos durante os quais estará impedido de concorrer à promoção por merecimento o membro da Instituição que tiver sofrido imposição de penalidade em processo administrativo disciplinar”. Citamos o exemplo da Defensoria Pública de São Paulo: “O Defensor Público que houver sofrido imposição de penalidade em processo administrativo disciplinar estará impedido de concorrer à promoção por merecimento pelo prazo de 2 (dois) anos, contados do cumprimento da pena”⁵⁴⁹.

Observados esses critérios, deve o Conselho Superior elaborar listas tríplexes para cada vaga a ser preenchida pelo critério de merecimento. Dispõe a Lei: “A promoção por merecimento dependerá de lista tríplex para cada vaga, organizada pelo Conselho Superior, em sessão secreta, com ocupantes da lista de antiguidade, em seu primeiro terço” (§ 2º do art. 31, § 2º do art. 76 e § 3º do art. 116 da Lei Complementar n. 80/94); e, “será obrigatória a promoção daquele que figurar três vezes consecutivas ou cinco, alteradas a lista de promoção por merecimento (§ 3º do art. 33, § 3º do art. 78, § 5º do art. 116 da Lei Complementar n. 80/94).

Em todo o caso, seja promoção por antiguidade, seja merecimento, somente poderá ocorrer a promoção cumprindo o requisito de dois anos de efetivo exercício na categoria, sendo este dispensado apenas quando inexistir candidatos que o preencha ou se quem o preencher recusar a promoção (§ 3º do art. 31, § 3º do art. 76, § 4º do art. 116). A legislação estadual da Defensoria Pública de São Paulo prevê a necessidade de

⁵⁴⁸ O texto em destaque foi a alteração promovida pela EC n. 45/2004.

⁵⁴⁹ Art. 121 da Lei Complementar n. 988/2006:

3 (três) anos de efetivo exercício no nível (art. 118 da Lei Complementar n. 988/2006). Entendemos, entretanto, que essa disposição é inconstitucional, uma vez que caberia à lei complementar federal, como o fez, estabelecer esse requisito, sendo este de apenas 2 (dois) anos de exercício no nível.

É possível a recusa da promoção sem prejuízo do critério para o preenchimento da vaga recusada (art. 32, art. 77 e § 1º do art. 116 da Lei Complementar n. 80/94).

No caso da Defensoria Pública da União, as promoções são efetivadas pelo presidente da República (§ 4º do art. 31). No caso das Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Estados, são elas efetivadas pelo defensor público-geral (§ 4º do art. 76 e art. 116, respectivamente da Lei Complementar n. 80/94).

3.8.3. Prerrogativas dos defensores públicos

As prerrogativas próprias dos defensores públicos não são regalias ou privilégios. São, sim, garantias necessárias para que o serviço de assistência jurídica integral e gratuita seja exercido de forma adequada e eficiente⁵⁵⁰.

São prerrogativas tanto para a Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios quanto para as Defensorias Públicas estaduais (arts. 44, 89 e 128, todos da Lei Complementar n. 80/94).

3.8.3.1. Intimação pessoal

Essa prerrogativa está consubstanciada tanto na Lei Complementar 80/94, quanto na Lei n. 1.060/50.

No campo objetivo, deve o defensor público ser intimado pessoalmente de todos os atos, sem exceção. Desta feita, deve o defensor público ser intimado pessoalmente do despacho/decisão ainda que não tenha que praticar qualquer ato processual, como é o

⁵⁵⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 327. No mesmo sentido, manifesta-se Robson Flores Pinto: “*Longe de constituir privilégio dos Defensores Públicos que ministram assistência jurídica em prol dos carentes de recurso – porque não visa ao asseguramento de vantagens meramente pessoais – revela-se portadora do interesse público voltado à proteção do hipossuficiente quando atua em juízo, em forma legítima de atuação do princípio constitucional de igualdade, que impõe tratamento desigual aos desiguais na exata medida de suas diferenças, mercê da utilização de discrimen compatível com a finalidade social da norma. Devendo este primado constitucional (sede por excelência da assistência jurídica aos hipossuficientes) também refletir-se no processo, a fim de garantir a igualdade das partes, não apenas no plano formal (...)*” (*A assistência jurídica aos hipossuficientes*, cit., p. 115).

caso, por exemplo, da intimação da sessão de julgamento de recurso⁵⁵¹. Também deve ocorrer a intimação pessoal da decisão que defere a purgação da mora em ação de despejo por falta de pagamento⁵⁵².

A prerrogativa também deve se fazer presente, mesmo que não se trate de intimação propriamente dita, mas de citação “na pessoa do advogado”, como é o caso da reconvenção, conforme o art. 316 do CPC⁵⁵³. Vale destacar, entretanto, que essa intimação apenas tem o condão de informar ao defensor público, porém não se efetivará a citação da reconvenção, porque o Defensor Público não é procurador da parte em sentido estrito, pois a parte não lhe concedeu qualquer poder⁵⁵⁴.

Deve ser observada, nos atos processuais que determinam, apenas a intimação da parte⁵⁵⁵. Da mesma forma que deve o defensor público ser intimado pessoalmente da audiência, ainda que seja apenas de conciliação⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Nesse sentido, vários julgados do STJ: “*Processual penal. Recurso especial. Homicídio. Absolvição contrária à prova dos autos. Apelação provida pelo tribunal de justiça. Co-autoria. Ausência de intimação pessoal da defensoria pública para a sessão de julgamento. Recurso não-conhecido. Habeas corpus concedido de ofício. (...) 3. A ausência de intimação pessoal do defensor público para a sessão de julgamento de recurso em sentido estrito é causa de nulidade absoluta, por cerceamento de defesa, conforme os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 4. A Lei Complementar 80, de 12/1/94, que trata da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para sua organização nas Unidades da Federação, consignou no inc. I do art. 44, como prerrogativa de seus membros, ‘receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição’ (...)” (STJ, 5ª T., REsp 504208/RN, rel. Min. Arbaldo Esteves Lima, j. 5.2.2009, DJe 9.3.2009, v.u.). “Habeas corpus. Apelação criminal. Manutenção da condenação quanto aos delitos insertos nos arts. 157, § 2º, I e II, e 148, do CP. Defensor público. Sessão de julgamento. Intimação pela imprensa oficial. Cerceamento de defesa configurado. Câmara composta majoritariamente por magistrados de primeiro grau. Convocação realizada em dissonância com a legislação. Ofensa ao princípio do juiz natural. Nulidade do acórdão. 1. Acarreta nulidade absoluta, por cerceamento de defesa, a intimação de Defensor Público procedida por meio de publicação na imprensa oficial, para a sessão de julgamento de apelação criminal, que manteve a condenação do paciente pela prática dos crimes de roubo duplamente circunstanciado e de sequestros, pois a legislação processual penal confere àquele profissional a prerrogativa da intimação pessoal (art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e art. 370, § 4º, do CPP). (...) 2. Ordem parcialmente concedida apenas para anular o processo a partir do julgamento da apelação criminal, inclusive, determinando-se que outro seja realizado, com observância da prévia intimação pessoal do Defensor Público e por Câmara composta majoritariamente por Desembargadores titulares; mantido o sequestro corporal do paciente” (STJ, 5ª T., HC 104813/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.12.2008, DJe 9.3.2009, v.u.).*

⁵⁵² “Agravamento regimental. Recurso especial. Locação. Ação de despejo. Beneficiário da justiça gratuita. Purgação da mora. Intimação pessoal do defensor público. Necessidade. 1. Em ação de despejo por falta de pagamento ajuizada contra parte beneficiária da justiça gratuita, a intimação pessoal do despacho que defere o pedido de purgação da mora deve ser realizada na pessoa do defensor público, não se exigindo também a intimação do locatário. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 613276/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 2.12.2008, DJe 2.2.2009, v.u.).

⁵⁵³ Dispõe o dispositivo: “Oferecida a reconvenção, o autor reconvinado será intimado, na pessoa do seu procurador, para contestá-la no prazo de 15 (quinze) dias”.

⁵⁵⁴ Conforme será visto no item seguinte, o defensor público atua em juízo independentemente de mandato. Nesse sentido: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 396.

⁵⁵⁵ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 391. Em sentido contrário: “*Processual civil. Execução. Nulidade da arrematação. Preço vil. Súmula 7.*

A intimação pessoal significa que ela deve ser feita pelo escrivão, quando o órgão da Defensoria Pública estiver locado na sede do Juízo ou por meio de oficial de justiça, ainda que o defensor esteja lotado em domicílio diverso do juízo (art. 238, *caput*, do CPC)⁵⁵⁷. É importante destacar que não é suficiente a intimação via correio, ainda que seja com aviso de recebimento⁵⁵⁸.

Só não existe intimação pessoal quando o defensor público toma ciência nos autos do processo ou em audiência.

É importante destacar que a intimação do defensor público deve ser um ato formal e acontecer com antecedência necessária para a execução do ato com eficiência. Assim, por exemplo, não cumpre ao dispositivo analisado o ato do escrivão na tentativa de intimar o defensor público minutos antes da audiência⁵⁵⁹.

Defensor público. Intimação pessoal. Descabimento. 1. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, revisar as premissas fáticas que nortearam o convencimento das instâncias ordinárias quanto a inexistência de valorização do bem penhorado, para efeito da caracterização de preço vil. 2. Em se tratando de diligência processual centrada exclusivamente na pessoa do devedor/executado, mostra-se descabida a intimação do patrono da parte, seja ele defensor particular ou público. 3. Recurso especial não-conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 955614/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.6.2008, DJe 4.8.2008, v.u.).

⁵⁵⁶ Nesse sentido: “*Apelação cível. Responsabilidade civil. Ausência de intimação de defensor público para audiência de conciliação onde fora celebrado acordo entre os litigantes. A intimação do defensor público deve ser pessoal, consoante artigo 5º, § 5º, da Lei n.º 1060/50 e art. 128, I, da LC 80/94. Prejuízo evidente em virtude de não estar o apelante acompanhado de defesa técnica hábil para o ato processual. Nulidade decretada. Desconstituição do acordo homologado. Apelo provido”* (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003279155, rel. Marta Borges Ortiz, j. 27.6.2002).

⁵⁵⁷ ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 36.

⁵⁵⁸ Nesse sentido: “*Habeas corpus. Penal. Processual penal. Intimação pessoal. Defensoria pública. Intimação por carta. Aviso de recebimento subscrito por servidor. Ilegalidade. Ocorrência. Ordem concedida. I – A lei exige que a intimação do Defensor Público seja pessoal. II – Mostra-se inválida a intimação por carta cujo aviso de recebimento foi subscrito por funcionário da Defensoria. III – Nulidade do ato reconhecida. IV – Ainda que cumprida a pena e extinta a punibilidade, remanesce a potencial ameaça à liberdade do paciente diante da possibilidade de eventual condenação futura. V – Ordem concedida”* (STF, 1ª T., HC 92408/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4.3.2008, DJ 27.3.2008, p. 813, v.u.). Em sentido contrário: “*Intimação ficta versus intimação pessoal – Defensoria Pública. A intimação pessoal é gênero, revelando como espécies a procedida mediante cumprimento de mandado e a decorrente da remessa de postado com aviso de recebimento, hipótese em que não se tem como agasalhar quebra de formalidade legal, no que intimada a Defensoria Pública, passando recibo do postado servidor do Órgão* (STF, 1ª T., HC 86202/MG, rel. Marco Aurélio, j. 6.9.2005, DJ 28.10.2005, p. 50, v.u.). Também afirmando a possibilidade de intimação pelo correio e, somente na hipótese de esta restar frustrada, a necessidade de oficial de justiça: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 390.

⁵⁵⁹ Em sentido contrário: “*Habeas corpus. Tentativa de homicídio duplamente qualificado. Alegação de nulidade por ausência de intimação pessoal do defensor público para a oitiva de testemunhas. Realização da audiência que foi noticiada momentos antes na sala da defensoria pública. Nulidade afastada diante da nomeação de defensor dativo e da ausência de Demonstração de qualquer prejuízo à defesa. Parecer do MPF pela denegação do writ. Ordem denegada. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, constitui prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, a teor dos arts. 5º., § 5º. da Lei 1.060/50 (acrescido pela Lei 7.871/89), 370, § 4º. do CPP e 128 da LC 80/94. 2. Contudo, a hipótese em comento apresenta particularidade apta a afastar tal orientação. Conforme informa o Juiz processante, a Defensoria Pública possui sala contígua à sala de audiências, sendo praxe*

Sobre a ciência nos autos do processo, é importante notar que atualmente prevalece o entendimento que desconsidera a data existente quando do ciente constante nos autos do processo, entendendo como a data da intimação aquela em que houve a entrega efetiva dos autos no órgão da Defensoria Pública⁵⁶⁰.

Questiona-se se a intimação pessoal pode ser realizada na pessoa de um funcionário da Defensoria Pública ou na pessoa de qualquer defensor público, ainda que não seja aquele que atua na causa. Entendemos que a intimação deve ser realizada pelo defensor público que atua no processo, não podendo ser funcionário⁵⁶¹ ou outro defensor público⁵⁶². Apenas poderá ser outro membro da carreira quando aquele que

que a notificação dos defensores se dê antes de iniciados os procedimentos; comportamento este também adotado no presente caso. 3. O Direito Processual Brasileiro é informado, no que toca às nulidades, pelo princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo para a parte que a alega, o que, deveras, não ocorreu na espécie. 4. A nomeação de defensor ad hoc para representar, na referida audiência, simultaneamente dois co-réus, por si só, não configura prejuízo à defesa, mormente quando o impetrante não logrou demonstrar em que consistia a alegada colidência de testes defensivas. 5. Ordem denegada, em conformidade com a manifestação do Ministério Público Federal” (STJ, 5ª T., HC 88362/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.11.2008, DJe 19.12.2008, v.u.).

⁵⁶⁰ Nesse sentido: “Criminal. AGRG no AG. Recurso intempestivo. Intimação pessoal da Defensoria Pública. Prazo recursal que se conta a partir da entrada dos autos no órgão de defesa e não do ciente do membro da Defensoria. Recurso não conhecido. 1. O Ministério Público e a Defensoria Pública possuem a prerrogativa de intimação pessoal das decisões em qualquer processo ou grau de jurisdição, sendo que o prazo de recurso deve ser contado a partir do recebimento dos autos com vista. 2. Esta Corte já firmou o entendimento de que o prazo para a interposição de recursos pelo órgão ministerial ou pela Defensoria Pública começa a fluir da data da entrada dos autos naquele órgão e não da aposição no processo do ciente do seu membro. Precedentes do STJ e do STF. 3. Agravo regimental não conhecido” (STJ, 5ª T., AgRg no Ag 844560/PI, rel. Min. Jane Silva, j.29.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 300, v.u.). “Penal. Recurso especial. Prazo. Termo inicial. Defensoria Pública. Intimação pessoal. Data do ciente. Tempestividade. I – À época da interposição do recurso, o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores era no sentido de que o prazo para a interposição de recurso pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública tinha início na data da aposição do ciente. Tal entendimento foi modificado a partir do julgamento, pelo Tribunal Pleno do Pretório Excelso, do HC 83.255/SP, em 05/11/2003. II – In casu, a defensora pública do réu atestou a ciência da sentença em 29/11/2002. O recurso de apelação foi interposto em 03/12/2002. Nesse interregno, decorreram menos de dez dias, sendo tempestivo o apelo, ex vi do art. 593 do CPP, c/c art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. Recurso provido” (STJ, 5ª T., REsp 738187/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 6.12.2005, DJ 13.3.2005, p. 363, v.u.).

⁵⁶¹ “Ação penal. Defensor público. Defensoria pública do Estado. Assistência judiciária. Sentença condenatória confirmada em grau de apelação. Recurso especial não admitido. Intimação pessoal do procurador. Não realização. Intimação recebida por pessoa contratada para prestar serviços à Defensoria. Agravo de instrumento não conhecido. Prazo recursal que, todavia, não se iniciou. Nulidade processual reconhecida. HC concedido. Ofensa ao art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, e art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, e art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal. Precedentes. É nulo o processo penal desde a intimação do réu que não se fez na pessoa do defensor público que o assiste na causa” (STF, 2ª T., HC 85946/MG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 7.11.2006, DJ 1.12.2006, p. 100, v.u.).

⁵⁶² A jurisprudência justifica a possibilidade de intimação de qualquer membro da Defensoria Pública com base nos princípios da unidade e indivisibilidade da instituição: “Habeas corpus. 2. Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais. 3. Alegação de nulidade por falta de intimação pessoal do defensor público. 4. Não configuração. Defensoria Pública na Turma Recursal devidamente intimada. Princípio da unidade e indivisibilidade da defensoria pública. 5. Não aplicação do art. 370, § 4º, do CPP, aos juizados especiais. Precedente. 6. Ordem indeferida” (STF, 2ª T., HC 83690/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9.3.2004, DJ 26.3.2004, p. 24, v.u.). Outros julgados nesse sentido: “Intimação pessoal – Caracterização. Fica caracterizada a intimação pessoal da defensoria pública, a contrapor-se à ficta –

atua no caso estiver afastado das suas atribuições, e o outro membro estiver em exercício no órgão de origem do processo⁵⁶³.

Muito importante é destacar o entendimento equivocado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que afirmam a possibilidade de a intimação dos atos realizados nos Tribunais Superiores ser feita sempre perante a Defensoria Pública da União, ainda que o processo seja conduzido por um integrante da Defensoria Pública do Estado⁵⁶⁴.

resultante da publicação do ato no Diário da Justiça – quando remetido ao Procurador-Geral ofício veiculando a data designada para a prática do ato e constando de cópia a notícia do recebimento. Descabe burocratizar a prática judicial exigindo-se a expedição de mandado e a intimação específica do defensor que vem patrocinando os interesses do acusado. Enfoque idêntico adota-se, até mesmo, ante a necessária paridade de armas quanto ao Ministério Público, ou seja, ao Estado acusador (STF, 2ª T. HC 75527/MS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 8.9.1998, DJ 30.10.1998, p. 2, v.u.). “Habeas corpus. Furto duplamente qualificado. Condenação mantida em sede de apelação. Intimação de defensor público diverso do originário. Validade. Incidência do princípio da indivisibilidade. Precedentes do STJ e STF. 1. Não se pode exigir que a intimação de Defensor Público tenha de ser feita por meio de mandado na pessoa do mesmo oficiante na causa. Mostra-se razoável proceder à inequívoca ciência da Instituição da Defensoria Pública, por intermédio de ofício ou mesmo de mandado, devidamente recebido, restando a ela o dever de organizar, com a presteza e a precisão devidas, a atuação de seus membros. A ocorrência de eventuais substituições no patrocínio do réu não implica nulidade, incidindo sobre a espécie o princípio da indivisibilidade. Precedentes do STJ e do STF. 2. Ordem denegada” (STJ, 5ª T., HC 24683/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 3.2.2005, DJ 7.3.2005, v.u.).

⁵⁶³ “Recurso Ordinário Constitucional – Acórdão proferido em habeas corpus – Prazo. O prazo para interposição de recurso contra acórdão proferido por tribunal superior é de cinco dias – artigos 667 do Código de Processo Penal e 310 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e Verbete 319 da Súmula deste último. Intimação – Defensoria pública. Considera-se atendido o critério da personalidade quando a intimação haja recaído em defensor que atua no órgão de origem do processo, não subsistindo a óptica da especificidade, no tocante àquele que subscreveu peça constante dos autos. A expressão “intimação pessoal” é antônima da intimação ficta via Diário da Justiça. Precedente: Habeas Corpus nº 75.527-7, em que funcionei como Relator perante a Segunda Turma, julgado em 8 de setembro de 1998. Insubmissão – Tipo penal militar. O tipo do artigo 183 do Código Penal Militar não alcança procedimento daquele designado para a feitura do chamado Tiro-de-Guerra. Inexistência de justa causa no que, contra si, em face da ausência de apresentação, veio a ser ajuizada ação penal. Precedente: Recurso Habeas Corpus nº 77.293-MG, Relator Ministro Octavio Gallotti” (STF, 2ª T., RHC 77290/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 6.10.1998, DJ 27.11.1998, p. 33, v.u.). “Processual penal. Habeas corpus. Art. 121, caput, do CP. Nulidade. Ausência de intimação do defensor público para a sessão de julgamento. (...) Ausência de intimação do defensor público que patrocinava os interesses da paciente para o julgamento da apelação, por estar de férias. Outro defensor público devidamente intimado. Princípio da indivisibilidade da Defensoria Pública (...) III – Nos termos do art. 3º da Lei Complementar 80 de 12/01/1994, um dos princípios institucionais da Defensoria Pública, é o da indivisibilidade, segundo o qual, determinado Defensor Público, em caso de ausência ou impedimento, pode ser substituído por outro. (Precedente). IV – Tendo outro Defensor Público sido devidamente intimado da sessão de julgamento da apelação, o qual poderia substituir o Defensor que estava de férias, se assim o quisesse, não há que se falar em falta de motivos para o indeferimento do pedido de adiamento. Writ parcialmente conhecido e, nesse ponto, denegado” (STJ, 5ª T., HC 31073/SP, rel. Felix Fischer, j. 26.10.2004, DJ 13.12.2004, p. 387, v.u.).

⁵⁶⁴ Nesse sentido: “Processual Civil. Questão de Ordem em Agravo de Instrumento. Defensor Público. Intimação. Atos decisórios do Superior Tribunal de Justiça. – A Defensoria Pública da União deve acompanhar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos Estaduais, bem como deve ser intimada das decisões e acórdãos proferidos” (STJ, QO no Ag 378377/RJ, CE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.7.2002, DJ 11.11.2007, p. 137, v.u.). “Decisão do Superior Tribunal de Justiça, indeferitória de habeas corpus, não intimada à Defensoria Pública. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a providência, na hipótese, é obrigatória, independentemente da possibilidade de substituição do recurso ordinário, eventualmente

O equívoco é claro, pois, conforme já analisado, ainda que se traga à colação o princípio da unidade, este apenas diz respeito a cada Defensoria Pública do Estado e à Defensoria Pública da União. Assim, os Tribunais Superiores devem proceder à intimação pessoal no órgão estadual que interpôs o recurso, e não perante a Defensoria Pública da União⁵⁶⁵.

O texto da lei destaca que tal prerrogativa existe em qualquer processo e grau de jurisdição. Embora seja literal essa disposição, o STF entende que essa prerrogativa não deve ser aplicada aos Juizados Especiais, devendo ser aplicada a regra do § 4º do art. 82, que determina a intimação por meio da imprensa oficial⁵⁶⁶.

Não concordamos com a posição adotada pelo STF. O princípio da especialidade não deve ser utilizado no caso, uma vez que não existe qualquer conflito no sistema⁵⁶⁷. Conforme visto, o dispositivo legal que concede a prerrogativa da intimação pessoal do

cabível, por novo habeas corpus impetrado a qualquer tempo perante a instância superior. Intimação que, no caso, há de ser feita à Defensoria Pública da União, já organizada e no desempenho regular de suas atividades perante o Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus deferido para que, afastado o trânsito em julgado da decisão sob enfoque, seja o órgão intimado para que proceda como entender de direito” (STF, 1ª T. HC 82118/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.10.2002, DJ 29.11.2002, p. 21, v.u.). “Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Defensoria Pública. Intimação. Fundamentos do despacho agravado não impugnados. 1. O entendimento desta Corte consolidou-se no sentido de que nos processos de interesse da Defensoria Pública dos Estados, em curso no Superior Tribunal de Justiça, serão intimados das decisões os Defensores Públicos da União. 2. O posicionamento deste Tribunal é firme no sentido de que a agravante deve atacar especificamente os fundamentos da decisão que não admitiu o especial. 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 500876/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.8.2003, DJ 13.10.2003, p. 362, v.u.). “Defensoria Pública da União. Recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado. – A intimação no STJ é feita pessoalmente à Defensoria Pública da União. Agravo desprovido” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 452762/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24.6.2003, DJ 24.6.2003, p. 257, v.u.).

⁵⁶⁵ Há julgado determinando a citação do órgão estadual: “Regimental contra decisão que indeferiu pedido de intimação pessoal da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo. Defensoria pública. Questão de ordem no agravo de instrumento nº 378.377/RJ. 1. Conforme Acórdão proferido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 378.377/RJ, ‘A Defensoria Pública da União deve acompanhar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos Estaduais, bem como deve ser intimada das decisões e acórdãos proferidos’. 2. Havendo, porém, lei estadual prevendo a atuação da Defensoria Pública Estadual, cujas atribuições no presente caso são exercidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, no âmbito do STJ, deverá a intimação ser dirigida ao órgão estadual. Regimental provido para anular a decisão que determinou o seguimento do Extraordinário, e determinar a reabertura do prazo para apresentação das Contra-razões pela Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo. 3. Agravo Regimental provido” (STJ, AgRg no RE no HC 39454/SP, CE, rel. Min. Edson Vidigal, j. 20.3.2006, DJ 10.4.2006, p. 101, v.u.).

⁵⁶⁶ “Intimação – Defensor Público – Ato de turma recursal dos juizados especiais criminais. O critério da especialidade é conducente a concluir-se pela inaplicabilidade, nos juizados especiais, da intimação pessoal prevista nos artigos 370, § 4º, do Código de Processo Penal (com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996) e 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (com a redação introduzida pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989)”. STF, 1ª T., HC 85174/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2005, DJ 16.12.2005, p. 83, v.u. No mesmo sentido, outros julgados: STF, 1ª T., HC 86007/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.6.2005, DJ 1.9.2006, p. 21, v.u.; STF, 1ª T., HC 85174/RJ, rel. Marco Aurélio, j. 11.10.2005, DJ 16.12.2005, p. 83, v.u.

⁵⁶⁷ Sobre conflitos de norma, ler: DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de norma*, cit.

defensor público é taxativo ao afirmar que existe em qualquer processo e, por consequência, também há no Juizado Especial.

Ademais, é importante ter em mente que essa prerrogativa não se trata de uma regalia ao defensor público, mas sim de uma necessidade para o desenvolvimento de suas atividades.

O defensor público atua em diversos processos e não conta com os serviços de associações privadas para informar publicações oficiais. É um verdadeiro absurdo exigir que o defensor público atuante no Juizado Especial acompanhe diariamente publicações no *Diário Oficial*.

Note-se que o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50, parágrafo acrescentado pela Lei 7.871/89, é expresso quanto à extensão dessa prerrogativa para aquele que exerce cargo equivalente ao de defensor público. Dispõe o parágrafo: “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”. Desta feita, essa prerrogativa foi estendida aos procuradores do Estado de São Paulo que, antes da criação tardia da Defensoria Pública, em 2006, exerciam a função de assistência judiciária por meio da PAJ⁵⁶⁸.

A prerrogativa deve ser estendida também para entidades conveniadas que prestam assistência jurídica, ainda que não haja cargo ou vínculo estatal. Nesse sentido manifesta-se Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao entender que as prerrogativas da intimação pessoal e do prazo em dobro devem ser estendidas ao Departamento Jurídico

⁵⁶⁸ Nesse sentido posicionava-se o STF: “Habeas corpus”. *Ação Penal. Réu defendido por Procurador do Estado no exercício da Assistência Judiciária. Ausência de intimação pessoal do defensor público da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, bem como da respectiva decisão do Tribunal de Justiça. Ofensa ao disposto no art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/50. Precedentes. ‘Habeas corpus’ deferido*” (STF, 1ª T., HC 82315/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.10.2002, DJ 14.11.2002, p. 33, vu); 2ª T., HC 84747 / SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.6.2005, DJ 26.8.2005, p. 65, v.u.; 2ª T., HC 81342/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.11.2001; DJ 31.5.2002, p. 47. E também o STJ: “*Criminal. HC. Nulidade. Apelação. Falta de intimação da Procuradoria do Estado da data do julgamento da apelação. Cargo equivalente ao de defensor público. Intimação pessoal obrigatória. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa configurado. Defensoria Pública Estadual instituída. Ordem concedida. 1 – O art. 5º, § 5º, da Lei n.º 1.060/50, acrescentado pela Lei n.º 7.871, de 08 de novembro de 1989, dispõe que é obrigatória a intimação pessoal do defensor público ou de quem exerça cargo equivalente de todos os atos do processo, caso da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado. 2- Não realizada a intimação pessoal da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo para o julgamento da apelação criminal, evidencia-se a ocorrência de nulidade absoluta na decisão. 3 – Ordem concedida, para determinar a anulação do julgamento da apelação criminal interposta pelo órgão ministerial, para que outro acórdão seja proferido, com a observância da prévia intimação pessoal da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituída pela Lei Complementar n.º 988, de 09 de janeiro de 2006*” (STJ, 5ª T., HC 81446/SP, rel. Min. Jane Silva, j. 23.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 344, v.u.).

do Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

É claro que, embora não se confunda com o serviço público em sentido estrito, dele se distinguindo por sua origem, estrutura e administração próprias, o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto dele se aproxima por seus objetivos e finalidades, atuando, no âmbito do referido convênio, por autêntica delegação da Defensoria Pública, sob a fiscalização desta, e com recursos, em parte significativa por esta fornecidos⁵⁶⁹.

Entretanto não deve ser estendida aos advogados, ainda que conveniados, tendo em vista que estes, por exercerem cumulativamente atividade particular, possuem meios próprios para acompanhar publicações na imprensa oficial⁵⁷⁰.

Sendo um processo penal, porém, ao advogado dativo é prevista a prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do § 4º do art. 370 do CPP⁵⁷¹, parágrafo introduzido pela Lei 9.271/96⁵⁷².

O não respeito a essa prerrogativa leva à nulidade do processo, a partir do momento em que era devida a intimação pessoal⁵⁷³, desde que alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ CINTRA. Antonio Carlos de Araújo. Assistência judiciária. *Revista dos Tribunais*, v. 758, p. 66-67, dez. 1988. Em sentido contrário: VIDIGAL, Maurício. *Lei de assistência judiciária interpretada*, cit., p. 45.

⁵⁷⁰ Em sentido contrário: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 619; ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 35.

⁵⁷¹ Assim, o fundamento legal para a intimação do advogado nomeado ou dativo está no § 4º do art. 370 do CPP, já a prerrogativa do defensor público está na Lei Complementar n. 80 e Lei n. 1.060/50. “*Processual penal. Habeas corpus. Intimação de defensor dativo. Art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal. Distinção entre a fundamentação legal da intimação do defensor público e do defensor dativo. I – A intimação pessoal do defensor público encontra amparo no art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, alterado pela Lei 7.871/89, que, segundo remansosa jurisprudência, não se aplica ao defensor dativo. II – A partir da edição da Lei 9.271/96, que incluiu o parágrafo 4º ao art. 370 do CPP, os defensores nomeados, dentre os quais se inclui o defensor dativo, passaram também a possuir a prerrogativa da intimação pessoal. III – Ordem concedida*” (STF, 1ª T., HC 89099/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.8.2006, DJ 22.9.2006, p. 39, v.u).

⁵⁷² Vale destacar que a ausência da intimação pessoal do advogado dativo apenas gerará nulidade se o ato foi realizado depois da vigência da Lei n. 9.271/96. Nesse sentido: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 621. “*Habeas corpus. Processual penal. Defensor dativo. Intimação pessoal. Ato processual anterior à Lei 9.271/96. Não obrigatoriedade. Precedentes. Ordem denegada. 1. A intimação pessoal do defensor dativo só passou a ser obrigatória com o advento da Lei 9.271 de 17.4.1996, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 370 do Código de Processo Penal. Se o ato processual tido como nulo (julgamento da apelação) é anterior à referida lei, não há se falar em nulidade. 2. Habeas corpus denegado*” (STF, 1ª T., HC89710/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 12.12.2006, DJ 23.3.2007, p. 108, por maioria de votos).

⁵⁷³ “*Habeas corpus – Alcance. O habeas corpus não sofre qualquer peia, sendo-lhe estranhos os institutos da prescrição, da decadência e da preclusão ante o fator tempo. Apelação – Julgamento – Intimação – Defensoria Pública. A falta de intimação pessoal do defensor público para a sessão em que apegado e julgado certo recurso torna insubsistente o acórdão proferido, pouco importando a passagem substancial de tempo, considerada a data da configuração do vício*” (STF, 1ª T., HC 88672/SP, rel. Marco Aurélio, j.

No processo penal, vale destacar que se trata de nulidade absoluta, não sendo necessário comprovar efetivo prejuízo⁵⁷⁵.

27.3.2007, DJ 18.5.2007, p. 83, v.u.). “Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Art. 121, § 2º I, do CP. Processual penal. Intimação pessoal. Defensoria Pública. Ausência de intimação pessoal do teor do acórdão. Nulidade insanável. Recurso provido. I – A Defensoria Pública deve ser pessoalmente intimada de todos os atos processuais. II – A ausência de intimação pessoal para a Sessão de Julgamento perante Tribunal não invalida a decisão, quando a parte permite a ocorrência da preclusão. III – A ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública do teor do acórdão, no entanto, é causa de nulidade insanável. IV – Recurso provido para anular o feito a partir da prolação do acórdão no Recurso em Sentido Estrito” (STF, 1ª T., RHC 89455/CE, rel. Ricardo Lewandowski, j. 14.11.2006, DJ 15.12.2006, p. 97); “Habeas corpus. Direito processual penal. Necessidade de intimação pessoal do defensor público (CPP, art. 370, § 4º; lei nº 1060/50, art. 5º, § 5º). Inobservância. Nulidade. De acordo com o § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal e o § 5º do art. 5º da Lei n.º 1060/50, o defensor público tem a prerrogativa da intimação pessoal para todos os atos do processo. É nulo o julgamento de apelação realizado sem a prévia intimação pessoal do defensor público para a respectiva sessão, com inobservância do disposto no § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal e do § 5º do art. 5º da Lei n.º 1060/50. Habeas corpus concedido, para declarar a nulidade do julgamento da Apelação Criminal n.º 372.341-3/6-00, outro devendo se realizar, suprimindo-se a mácula, e para determinar o desentranhamento do acórdão respectivo” (STJ, 6ª T., HC 34580/SP, rel. Min. Paulo Medina, j. 16.12.2004, DJ 18.4.2005, p. 395, v.u.).

⁵⁷⁴ Nesse sentido: “1. Habeas corpus. 2. Defensoria Pública. Intimação Pessoal. Vício. Nulidade. Princípio da Eventualidade. 3. Verificado o vício quanto à intimação pessoal da defensoria Pública, o defeito deve ser arguido na primeira oportunidade de manifestação do órgão (arts. 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código Penal). 4. Insustentância jurídica do pedido de nulidade por falta de intimação do defensor público ante a preclusão, perdendo o Estado o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória transitada em julgado. 5. Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado. 6. A prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser arguida de ofício em qualquer fase processual. 7. Recurso desprovido. 8. Deferimento da ordem, de ofício, para expedir alvará de soltura, salvo se por outro motivo não estiver preso o recorrente” (STF, 2ª T., RHC 85847/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j.11.10.2005, DJ 11.11.2005, p. 48, v.u.).

⁵⁷⁵ Nesse sentido: “Habeas corpus. Processual penal. Falta de intimação pessoal de defensor público. Nulidade absoluta. Precedentes. Desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo. Precedentes. Acórdão anulado para que outro seja prolatado. Ordem concedida. 1. O art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 prevê a necessidade de intimação pessoal do Defensor Público de todos os atos do processo, sem a qual, acarreta nulidade do acórdão prolatado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que é desnecessária a comprovação do efetivo prejuízo para que tal nulidade seja declarada. 3. Ordem concedida, para que, após a regular intimação do defensor público, proceda-se a novo julgamento” (STF, 1ª T., HC 89190/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29.8.2006, DJ 27.10.2006, p. 50, v.u.). “Defensoria Pública: ausência de intimação pessoal da pauta de julgamento do recurso em sentido estrito: nulidade absoluta: precedentes. 2. Sustentação oral frustrada pela ausência de intimação da pauta de julgamento: demonstração de prejuízo: prova impossível (v.g., HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926). Frustrado o direito da parte à sustentação oral, nulo o julgamento, não cabendo reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso” (STF, 1ª T., RHC 85443/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.4.2005, DJ 13.5.2005, p. 19, v.u.); “Habeas corpus. Processo penal. Homicídio e homicídio tentado. Ausência de intimação pessoal do defensor público da pauta de julgamento da apelação. Nulidade absoluta. Ordem concedida. 1. A teor dos arts. 5º, § 5º da Lei 1.060/50 (acrescido pela Lei 7.871/89), 370, § 4º do CPP e 128 da LC 80/94, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça às vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. 2. A intimação pessoal do Defensor Público que representa o réu, para o julgamento do Recurso de Apelação por ele interposto, integra-se como garantia subjetiva da pessoa processada (devido processo legal), não podendo ser validamente inobservada, sob a pena de ilegalidade manifesta. 3. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para renovação do julgamento, observada a prerrogativa processual do Defensor Público, de ser intimado pessoalmente” (STJ, 5ª T., HC 91605/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28.5.2008, DJe 30.6.2008, v.u.).

3.8.3.2. *Contagem do prazo em dobro*

Essa prerrogativa está prevista na Lei Complementar n. 80/94 (arts. 44, I; art. 89, I, e 128, I) e § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50 (parágrafo incluído pela Lei n. 7.871/89). Ela também não fere o princípio da isonomia, porque, da mesma forma que o membro do Ministério Público, o defensor público, ao contrário do advogado particular, não pode recusar causas quando não tiver disponibilidade de tempo, terá, obrigatoriamente, que funcionar em todas as causas que são de sua responsabilidade⁵⁷⁶.

Ademais, é importante observar que o defensor público atua em favor dos carentes que, além de carentes economicamente, são carentes de informação. Assim, por exemplo, ao receber uma citação, muitas vezes não sabe a quem recorrer para auxiliá-lo. E mais, por vezes é dirigido a órgãos errados, demandando dias e dias até encontrar o local correto. Por essa razão, muitas das vezes o indivíduo comparece ao órgão da Defensoria Pública com o prazo muito próximo ou, por vezes, já transcorrido. Assim, conclui-se que isso ocorre não por desleixo ou desinteresse da parte, mas por impossibilidade material de comparecer ao órgão correto no prazo⁵⁷⁷.

Outro ponto prático que justifica a adoção do prazo em dobro é a dificuldade de o defensor público manter contato com o assistido, para buscar informações novas,

⁵⁷⁶ Nelson Nery Junior utiliza esse argumento para afirmar a constitucionalidade do prazo diferenciado para o Ministério Público, previsto no art. 188 do CPC. Nas palavras do autor: “*Enquanto o advogado pode selecionar as causas que quer patrocinar, conhecendo, do princípio ao fim, todos os processos que estão a seu cargo, podendo recusar causas quando não tiver disponibilidade de tempo, o Ministério Público não tem esse arbítrio: terá de, obrigatoriamente, funcionar em todas as causas que lhe estiverem afetas*” (Princípios do processo civil na Constituição Federal, cit., p. 47). No mesmo sentido: “*Constitucional, penal e processual penal – Lei de execução penal – Saída temporária – Inteligência do artigo 123, II, da Lei n. 7.210/84 – Defensor público – Prazo para recurso (...) 'A Defensoria Pública e instituição essencial à função jurisdicional do estado'. Ao dever do estado de 'prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos', corresponde o direito dos cidadãos desfavorecidos de contar com uma assistência eficaz (Constituição, art. 5., inciso LXXIV e art. 134). Se são poucos os defensores públicos, para a multidão de desvalidos, falha o Estado, e não os defensores, pois deveria prover para diminuir o número daqueles e aumentar o destes. Se aos acusados, em geral, a Constituição assegura 'ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes', maior deve ser a cautela dos juízes em relação aos pobres, para ver realizado o ideário constitucional (c.f., art. 5., item LV). Por motivo de ordem pública, portanto, na contagem dos prazos, deve-se reconhecer ao defensor público as mesmas dificuldades que conduziram o legislador e dilatá-los, para o Ministério Público, até porque é também dever dos juízes assegurar a igualdade entre as partes – acusação e defesa. Recurso conhecido e provido*” (STJ, 6ª T., RHC 1589/RJ, rel. Min. Washington Bolívar, j. 26.11.1991, DJ 9.3.1992, p. 2593, v.u.). Em sentido contrário, afirmando que a concessão de prazo em dobro para o Ministério Público e para a Fazenda Pública constitui afronta ao princípio da isonomia: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 119.

⁵⁷⁷ Nesse sentido: ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 386.

juntar documentos solicitados etc. Os carentes de recurso financeiro muitas vezes não possuem telefone próprio, mudam de residência com frequência, moram em lugares que o correio tem dificuldade de localizar etc.⁵⁷⁸

Ademais as partes hipossuficientes têm dificuldade de se locomover, tendo em vista a escassez de tempo e de recursos financeiros para utilizar transporte público.

A prerrogativa, no campo objetivo, tem de ser observada em todo e qualquer prazo. Por essa razão devem ser contados em dobro, além do prazo da resposta e para recorrer⁵⁷⁹, também todos os outros prazos processuais, por exemplo: o ajuizamento dos embargos do devedor⁵⁸⁰, para o ajuizamento da ação principal após a concessão da medida cautelar⁵⁸¹, nos processos regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que preveem prazos especiais⁵⁸², bem como para purgar a mora⁵⁸³.

⁵⁷⁸ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 386.

⁵⁷⁹ Já decidiu o STF que a contagem em dobro se aplica também para o agravo regimental interposto perante o Tribunal Superior: “*Defensoria pública: contagem do prazo em dobro para agravo regimental (ou interno): prerrogativa institucional da Defensoria Pública (LC 80, art. 28, I), que prevalece no STF e no STJ, não obstante o art. 39 da L. 8038 e o disposto nos respectivos regimentos internos*” (STF, 1ª T., HC 84348/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.6.2004, DJ 6.8.2004, p. 42, v.u.). Também assim decidiu o STJ: “*Processual civil. Recurso Especial. Defensoria Pública Estadual. Artigos 5.º, § 5.º, da lei 1.060/1950; e 128, I, da LC 80/1994. Prazo em dobro. Agravo regimental ou interno. Aplicabilidade. 1. Os arts. 5.º, § 5.º, da Lei n. 1.060/1950; e 128, I, da LC n. 80/1994, asseguram aos membros da Defensoria Pública dos Estados a prerrogativa de que todos os prazos sejam contados em dobro. 2. A disciplina da contagem em dobro do prazo recursal aplica-se ao agravo regimental ou interno, uma vez que a lei não fez qualquer ressalva nesse sentido. Prevalência da Lei n. 1.060/1950 e da LC n. 80/1994 sobre os regimentos internos dos tribunais. 3. Recurso especial provido para, reconhecendo a tempestividade do agravo interno, determinar ao Tribunal de origem que prossiga no seu julgamento como entender de direito*” (STJ, 2ª T., REsp 749712/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.8.2008, DJe 24.9.2008, v.u.).

⁵⁸⁰ “*Processo civil. Assistência judiciária. Defensoria Pública. Oposição de embargos do devedor. Prazo em dobro. Cabimento. A parte que tem deferido o pedido de assistência judiciária pode dispor do privilégio do prazo em dobro, de que cogita o artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, para opor embargos à execução. Recurso especial conhecido e provido*” (STJ, 3ª T., REsp 578823/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 26.10.2004, DJ 6.12.2004, p. 294, v.u.).

⁵⁸¹ “*Defensoria Pública. Prazo em dobro. Ajuizamento da ação principal. Cautelar. Deve ser contado em dobro o prazo para a propositura da ação principal (art. 806 do CPC), quando o autor for assistido pela Defensoria Pública. – Recurso não conhecido. Votos vencidos*” (STJ, 4ª T., REsp 275803/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, rel. para o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.4.2001, DJ 13.8.2001, p. 164, por maioria de votos).

⁵⁸² “*Recurso especial. Tempestividade. Inaplicabilidade do prazo previsto no art. 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Observância do art. 26 da Lei 8.038. Defensoria Pública. Prazo em dobro. 1. Não se aplica o art. 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao caso dos autos, haja vista aludido dispositivo legal não ter excepcionado a aplicação de normas previstas em outros diplomas, in casu, da Lei 8.038/90, que contém disposições específicas sobre os recursos ordinário, extraordinário e especial. 2. É tempestivo o apelo quando interposto dentro do prazo legal previsto no art. 26 da Lei 8.038/90 (quinze dias), contado em dobro por se tratar de menor representado pela Defensoria Pública.(...) 2. Recurso Especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de Primeiro Grau, que declarou extinta a punibilidade do recorrente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva*” (STJ, 5ª T., REsp 948202/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 28.8.2008, DJe 6.10.2008, v.u.).

Vale mencionar um julgado que não concedeu o prazo em dobro para a apresentação dos originais de peça enviada via fax⁵⁸⁴.

No caso do prazo para a propositura de ação rescisória, entendemos que não caberia a aplicação da prerrogativa do prazo em dobro para aquele que é representado pela Defensoria Pública, tendo em vista não se tratar de um prazo processual, mas sim decadencial⁵⁸⁵.

⁵⁸³ “Quanto à intimação do defensor público, mesmo que se trate de ato misto (material e processual), não há como deixar de aplicar o prazo em dobro de que trata o art. 5º, § 5º, da LAJ, porque a purgação de mora, por exemplo, produz efeitos na esfera contratual mas se realiza no processo, razão porque incide a regra processual do benefício do prazo” (NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 51). Também decisão do STJ: “1. Locação. Despejo por falta de pagamento. Beneficiário da justiça gratuita. Purgação da mora. Prazo em dobro. Lei 1.060/50, art. 5., par. 5. 2. Isenção de custas. Cabimento. 1. A parte amparada pela assistência judiciária tem direito ao prazo em dobro para os atos processuais, inclusive para purga da mora. 2. Estando a parte ao abrigo da assistência judiciária, as despesas processuais e honorários advocatícios não se incluem no montante a ser atendido para purgação da mora, ressaltando-se a sua exigência em havendo futura modificação patrimonial. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5ª T., REsp 129465/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 3.2.1998, DJ 25.2.1998, p. 100, v.u.).

⁵⁸⁴ “Processual civil. Embargos de declaração. Agravo regimental transmitido via fac-símile. Intempestividade. Prazo inicial para apresentação dos originais. Defensoria Pública. Prazo em dobro. 1. “Se a petição é remetida, via fax, antes do término do prazo recursal, é do dia seguinte ao do envio que tem início o prazo previsto no citado dispositivo legal, em observância ao princípio da consumação” (AgA 481341/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 05.05.03). 2. O art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 confere à Defensoria Pública a prerrogativa da contagem em dobro de todos os prazos processuais. 3. Todavia, o quinquídio previsto no art. 2º da Lei nº 9.800/99 é tão somente uma prorrogação do termo final para a apresentação dos originais e, portanto, não se consubstancia em novo prazo, o que afasta a incidência do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. 4. Embargos de declaração rejeitados” (STJ, 2ª T., EDcl no AgRg no Ag 766306/RJ, rel. Min. Castro Meira, 5.10.2006, p. 290, v.u.).

⁵⁸⁵ Vale observar que a antiga redação do art. 188 do CPC previa expressamente o prazo em dobro para o Ministério Público ou a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória. Sobre o tema, assevera Nelson Nery Junior que, ao contrário da concessão de prazo diferenciado para contestar e recorrer, aquela previsão contrariava o princípio da isonomia, “isto porque não há justificativa plausível para aumentar-se de dois (2) para quatro (4) anos o prazo para ajuizamento da ação rescisória (art. 495 do CPC), quando o autor for um dos entes aos quais a lei dá essa prerrogativa. O acúmulo de serviço e o número baixo de funcionários não justificam a concessão de mais dois anos, além do prazo legal de dois anos para todos, para a elaboração de petição inicial de ação rescisória. Correta a decisão do plenário do STF (ADIn 1753-2), ao suspender a vigência do art. 4º das Medidas Provisórias 1.632 e 1.658, que criaram esse privilégio para os entes que menciona. Reeditada a medida provisória, agora sob outro número (1.798-5), não se repetiu o texto inconstitucional que fora suspenso pelo STF” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 48). Entretanto o STJ já concedeu o prazo em dobro para o ajuizamento da ação rescisória no caso de litisconsorte, com base no art. 191 do CPC: “Processual civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Acórdão do STJ que concedeu o writ. Nulidade do processo por alegada falta de citação. Ação rescisória. Tempestividade. Impropriedade da via eleita. Sentença de mérito inexistente. I. Tempestividade da ação, considerada a existência de litisconsórcio a duplicar o prazo recursal, nos termos do art. 191 do CPC. II. Descabimento da rescisória calculada em nulidade do mandado de segurança por vício na citação, à mingua de sentença de mérito a habilitar esta via em substituição à própria, qual seja, a de querrela nulitatis. III. Ação extinta, nos termos do art. 267, VI, do CPC” (STJ, 2ª Seção, AR 771/PA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.12.2006, DJ 26.2.2007, p. 539, v.u.).

E em processo administrativo, é aplicável tal prerrogativa? Entendemos que sim, pois a lei não faz qualquer restrição, de sorte que deve ser aplicado a todo e qualquer processo, judicial ou administrativo⁵⁸⁶.

Questiona-se se a prerrogativa é exclusiva dos defensores públicos ou de quem exerça cargo estatal que preste assistência judiciária, ou para outros que exercem assistência jurídica.

Augusto Tavares Rosa Marcancini realiza uma interpretação extensiva do dispositivo e a estende a todo e qualquer órgão que preste assistência jurídica. Afirma o autor:

A interpretação dada tem fundamento na isonomia: não há por que fazer a distinção. As dificuldades de atendimento que justificam a concessão de prazo em dobro estão presentes tanto na hipótese de atendimento pelo órgão oficial quanto na de atendimento por outro órgão prestador de assistência judiciária. O prazo, na verdade, é concedido em prol do assistido, carente de recursos, e não do órgão público. E, diante da realidade atual da assistência judiciária, em que os órgãos oficiais não têm como atender a totalidade da demanda que precisa de seus serviços, os demais órgãos oficiais prestadores estão atuando na lacuna deixada pelo Poder Público, estão suprimindo suas deficiências. Mister, entretanto, que o prestador esteja atuando

⁵⁸⁶ Em sentido contrário: *Processual civil. Regra de exceção. Prazo em dobro para atuar em juízo. Defensoria Pública. LC n.º 80/94. Interpretação restritiva. Norma de exceção. Estendível à esfera administrativa. Impossibilidade. 1. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se o benefício do prazo em dobro concedido à Defensoria Pública da União, no art. 44, I, da LC n.º 80/94, estende-se aos procedimentos administrativos ou se refere, tão somente, aos processos judiciais. 2. O art. 44, da Lei Complementar n.º 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, preceitua, verbis: "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I – receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos; (...)." 3. As prerrogativas processuais, exatamente porque se constituem em regras de exceção, são interpretadas restritivamente. 4. "O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – 'Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis' ('interpretam-se as exceções estritissimamente', no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: 'A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica' (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras. (...)'" (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, p. 184/193) 5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806027 / PE; Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.05.2006; REsp 728753 / RJ, Rel. Min. João Otávio De Noronha, DJ de 20.03.2006; REsp 734450 / RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644733 / SC; Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005) 6. Os prazos processuais são prorrogáveis, por força de lei, por isso que afronta à legalidade instituir-se prazo em dobro sequer previsto na Lei Orgânica da instituição, máxime quando a norma, ao pretender fazê-lo, o fez seguindo a regra *lex dixit quam voluit*. 7. Voto para, divergindo do e. relator, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional" (STJ, 1ª T., REsp 829726/PR, rel. Min. Francisco Falcão, relator para acórdão Luiz Fux, j. 29.6.2006, DJ 27.11.2006, p. 254, por maioria de votos).*

na assistência judiciária gratuita ou no exercício da curadoria especial (art. 9º do CPC)⁵⁸⁷.

Concordamos com a extensão da prerrogativa para entes que prestam apenas assistência judiciária, tal qual há na prerrogativa para a intimação pessoal⁵⁸⁸.

No caso de advogados particulares nomeados por meio do convênio com a Defensoria Pública, entendemos que, a despeito de não terem a prerrogativa da intimação pessoal, devem ter a prerrogativa de prazo em dobro. Isso porque, os advogados do convênio não escolhem quais, quantas nem quando irão atuar judicialmente. Ademais, o público que ele atende é o mesmo, de tal sorte que sofre as mesmas dificuldades apontadas anteriormente.

A jurisprudência do STJ diverge quanto à extensão de prazo para outros órgãos que prestam assistência⁵⁸⁹, porém não estende a referida prerrogativa para advogados conveniados⁵⁹⁰.

É cediço na jurisprudência que essa prerrogativa também não se estende ao beneficiário da gratuidade da justiça representado por advogado constituído⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit. p. 388.

⁵⁸⁸ Nesse sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Assistência judiciária*, cit., p. 66-67.

⁵⁸⁹ Entendendo pela não extensão: “*Processual civil. Escritório de prática forense de universidade. Prazo para recorrer: normal. Inteligência da Lei n. 1.060 (art. 5., par. 5.), alterada pela n. 7.871/89. Recurso especial. Não conhecido*” (STJ, 6ª T., REsp 40995 / RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, rel. para acórdão Min. Adhemar Marciel, j. 8.5.1995, DJ 19.6.1995, p. 18754, por maioria). Entendendo pela extensão: “*RESP – Processual penal – Assistência judiciária – Recurso – Prazo – À assistência judiciária deve ser concedido prazo em dobro para recorrer. Indiferente não integrar o Ministério Público. Notório, não dispõe das mesmas facilidades de escritório de advocacia. Cumpre ao judiciário ser sensível às distinções de Natureza fática*” (STJ, 6ª T., REsp 38727/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26.10.1993, DJ 7.2.1994, p. 1210, v.u.).

⁵⁹⁰ “*Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Advogado dativo não pertencente aos quadros da Defensoria Pública. Prazo comum. Precedente da Corte. 1. O prazo em dobro é concedido apenas ao Defensor Público da Assistência Judiciária, não se estendendo à parte, beneficiária da justiça gratuita, mas representada por advogado que não pertence aos quadros da Defensoria do Estado, sendo irrelevante a existência de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil. 2. Agravo regimental desprovido*” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 765142/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10.10.2006, DJ 12.3.2007, p. 226, v.u.). “*Habeas corpus – Art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50. Defensor dativo – Intimação pessoal. Art. 370, § 4º, do CPP. Assistência judiciária. Defensor não vinculado ao serviço estatal. Não fazem jus ao prazo em dobro – Nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, e 370, § 4º, do CPP, a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. – O STJ entende que o benefício do prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, Lei 1.060/50) só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo no benefício os defensores dativos, mesmo que credenciados pela PGE do Estado de São Paulo, vez que não exercem cargos equivalentes aos de Defensores Públicos. – Ordem concedida, por ausência de intimação pessoal do defensor*” (STJ, HC 27786/SP, CE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 23.10.2003, DJ 19.12.2003, p. 300, v.u.).

⁵⁹¹ “*Agravo regimental no agravo de instrumento. Intempestividade do Recurso especial. Assistência judiciária. Prazo em dobro. Intempestividade. Regimental improvido. 1. A alegação do privilégio de prazo em dobro previsto no art. 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/50, é reservado às Defensorias Públicas criadas pelos Estados ou cargos similares, não se estendendo a causas patrocinadas por profissionais constituídos pelas partes, ainda que beneficiários da justiça gratuita. 2. Agravo regimental improvido*”

No entanto destacamos que a prerrogativa pertence ao órgão, que pode ser estendida a entes conveniados, e não aos assistidos, tanto é que ela existe mesmo quando se trata de exercício de curadoria. A prerrogativa é concedida com o intuito de proteger a função exercida por esse órgão público, em qualquer atividade institucional, a qual se inclui o exercício da curadoria⁵⁹². Vale observar apenas que, o fato de ser o prazo da curadoria um prazo impróprio⁵⁹³, não retira a prerrogativa do prazo em dobro, tendo em vista que o não cumprimento do prazo, no caso, não gera sanções processuais, mas pode gerar sanções disciplinares.

A jurisprudência também não estende a prerrogativa quando a curadoria é exercida por advogado conveniado⁵⁹⁴.

Por fim, vale mencionar também a existência dessa prerrogativa quando a Defensoria estiver atuando no polo acusatório, seja como autor da queixa, seja como assistente de acusação⁵⁹⁵.

No processo civil, a regra da contagem diferenciada também é prerrogativa do membro do Ministério Público, nos termos do art. 188 do CPC, que dispõe: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

(STJ, 4ª T., AgRg no Ag 841221/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 18.9.2007, DJ 8.10.2007, p. 297, v.u.).

⁵⁹² Nesse sentido: “*Curador especial. Defensoria Pública. Intimação pessoal e prazo em dobro. Interpretação do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. Precedentes. 1. Tratando-se do exercício da curadoria especial, por designação do Magistrado, pela Defensoria Pública, devem ser aplicados os benefícios do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, na linha de interpretação que considera a natureza do órgão público, a sua destinação social e a referência ao serviço de assistência judiciária de modo amplo. 2. Recurso especial conhecido e provido*” (STJ, 3ª T., REsp 235435/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.9.2000, DJ 13.11.2000, p. 143, v.u.). Em sentido contrário: “*Processo civil. Dobra de prazo. Curador especial. A norma do parágrafo 5. do art. 5. da Lei n. 1.060/50, a propósito da dobra de prazo, não alcança o curador especial (art. 9., II, do CPC), designado em razão da revelia do réu citado por edital. A circunstância de tal mister ser cometido, no Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública é irrelevante. Impõe-se a interpretação sistemática. Recurso não conhecido*” (STJ, 3ª T., REsp 78346/RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 23.4.1996, DJ 12.8.1996, p. 27483, v.u.).

⁵⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 190.

⁵⁹⁴ “*Processual civil. Execução. Embargos. Réu revel. Curador especial. Apelação. Prazo em dobro. Intempestividade. Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º. I. O privilégio do prazo em dobro previsto no art. 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/50, é reservado às Defensorias Públicas criadas pelos Estados ou cargo equivalente, não se estendendo ao patrocínio de causas por profissional constituído no encargo de curador especial, ainda que em face de convênio firmado entre aquele órgão e a OAB local. II. Recurso especial não conhecido*” (STJ, 4ª T., REsp 749226/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.9.2006, DJ 23.10.2006, p. 317, v.u.).

⁵⁹⁵ “*Processual penal. Habeas corpus. Defensoria Pública. Assistência de acusação. Prazo em dobro. I – É função institucional da Defensoria Pública patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo nenhuma incompatibilidade com a função acusatória, mais precisamente a de assistência da acusação. II – O disposto no § 5º do artigo 5º da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89, aplica-se a todo e qualquer processo em que atuar a Defensoria Pública. Writ denegado*” (STJ, 5ª T., HC 24079/PB, rel. Min. Felix Fischer, j. 19.8.2003, DJ 29.9.2003, p. 288, v.u.).

Já no processo penal o membro do Ministério Público não possui contagem diferenciada. Por essa razão, questionou-se a constitucionalidade da contagem diferenciada para os defensores públicos, quando atuarem na defesa de acusação promovida pelo Ministério Público.

O STF, ao tratar dessa questão, entendeu que a regra é constitucional até que a Defensoria Pública esteja efetivamente instalada. Vejamos a ementa do julgado:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "*Habeas Corpus*". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "*Habeas Corpus*" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro⁵⁹⁶.

Assim, entende Pedro Lenza que se trata de uma regra “ainda constitucional” em determinados Estados em que a Defensoria está em processo de implementação, mas “inconstitucional” em outro em que já eficazmente já instalou⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ STF, Tribunal Pleno, HC 70514/RS, rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.3.1994, DJ 27.6.1997, p. 30225, por maioria de votos.

⁵⁹⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 618.

A nosso ver, entretanto, trata-se de uma regra constitucional, sem possibilidade de tornar-se inconstitucional, haja vista os diversos motivos já analisados para a concessão do prazo em dobro, os quais não serão alterados, ainda que seja a Defensoria Pública implementada de forma eficiente.

Questiona-se se é necessário ou não a informação de que a parte será representada pela Defensoria Pública, para então ser contado em dobro o prazo.

Vejamos um exemplo: “A” recebe citação de um procedimento ordinário, deve, no prazo de resposta (15 dias), peticionar informando que será representada pela Defensoria Pública para então ter direito a apresentar a resposta no prazo em dobro, até o trigésimo dia? Ou poderá apresentar a resposta até o trigésimo dia, independentemente da petição de informação prévia?

Entendemos que a concessão do prazo em dobro é automática, independentemente de petição informando a atuação da Defensoria Pública⁵⁹⁸. A parte, conforme visto anteriormente, não consegue encontrar o órgão responsável para defendê-la no prazo convencional por impossibilidade material, e não por desleixo ou descaso com o processo.

O STJ, entretanto, entende ser necessária a juntada de petição informando que a parte será assistida pela Defensoria Pública no prazo simples⁵⁹⁹.

3.8.3.3. Representação independente de mandato

Está expressamente prevista na Lei Complementar n. 80/94 a prerrogativa de o defensor público representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato.

A despeito de a norma ser expressa, essa prerrogativa por vezes não é observada, sendo necessária a reforma pelo STJ:

⁵⁹⁸ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Garantia de acesso à justiça*, cit., p. 35.

⁵⁹⁹ Vejamos dois julgados: “*Processo civil. Assistência judiciária. Prazos processuais em dobro. Necessidade de prévia cientificação do juízo. 1. Aos beneficiários da assistência judiciária, a teor do disposto no artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, é assegurado o direito de ver contados em dobro os prazos processuais, exigindo-se, contudo, a cientificação prévia do juízo antes do decurso do respectivo lapso temporal. 2. Precedentes. 3. Recurso não conhecido*” (STJ, 6ª T., REsp 401979/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 19.9.2002, DJ 11.11.2002, p. 304, v.u.); “*Assistência Judiciária. Defensoria Pública. Apelação. Intempestividade. – Admite-se a contagem em dobro prevista em favor do assistido pela Defensoria Pública, quando o pedido de assistência judiciária ou a apelação tenham ingressado antes de exaurido o prazo normal de interposição do recurso. Recurso especial não conhecido*” (STJ, 4ª T., REsp 296677/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.3.2001, DJ 4.6.2001, p. 160, v.u.).

Revisão criminal – Não conhecimento pela corte *a quo* – Ausência de instrumento procuratório – Assistência judiciária – Defensoria Pública – Desnecessidade. – Em se tratando da Defensoria Pública, é dispensável, para o ajuizamento de revisão criminal, o instrumento de mandato para que seja exercido o múnus da defesa dos necessitados. O parágrafo único do art. 16 da Lei 1.060/50 não obsta esta possibilidade. – Precedente do STF. – Ordem concedida para que o Tribunal *a quo* examine o pedido de revisão criminal ajuizado em favor dos pacientes.

A atuação pode se dar sem mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais, previstos no art. 38 do CPC⁶⁰⁰. Assim, o defensor público, salvo se a parte conceder poderes específicos, não tem poderes para transigir⁶⁰¹.

Também é necessário mandato com poderes especiais, no caso de propositura de queixa-crime e representação em ação penal pública condicionada⁶⁰².

Entende-se que, para ajuizamento de revisão criminal, não é necessário instrumento de procuração⁶⁰³.

E para reconvir? Entendemos que para propor reconvenção é prescindível⁶⁰⁴, porém há quem sustente que é necessária autorização⁶⁰⁵. Todavia, conforme já visto, entendemos que, como ao defensor não foi concedido qualquer poder por meio de mandato, não é possível fazer a “intimação” de reconvenção, que tem natureza de citação, na pessoa do defensor público⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ Afirma o art. 38 do CPC: “A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso”.

⁶⁰¹ Assim, tem-se nulo o acordo firmado pelo defensor público sem a presença da parte: “Alimentos. Acordo homologado sem a presença da parte, que estava assistida por defensor público. Nulidade. Se a parte não compareceu à audiência de conciliação, instrução e julgamento, e o defensor público não recebeu poderes especiais para transigir, afigura-se nulo o acordo homologado. Recurso provido. (segredo de justiça) (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação nº 70012155941, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 21.9.2005).

⁶⁰² ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça, cit., p. 37; ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 392-393.

⁶⁰³ “Revisão criminal – Não conhecimento pela corte *a quo* – Ausência de instrumento procuratório – Assistência judiciária – Defensoria Pública – Desnecessidade. – Em se tratando da Defensoria Pública, é dispensável, para o ajuizamento de revisão criminal, o instrumento de mandato para que seja exercido o múnus da defesa dos necessitados. O parágrafo único do art. 16 da Lei 1.060/50 não obsta esta possibilidade. – Precedente do STF. – Ordem concedida para que o Tribunal *a quo* examine o pedido de revisão criminal ajuizado em favor dos pacientes (STJ, 5ª T., HC 24815/PE, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 2.9.2003, DJ 1.12.2003, p. 374, v.u.).

⁶⁰⁴ BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*, cit., p. 50.

⁶⁰⁵ CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, cit., p. 111, nota 194.

⁶⁰⁶ ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita*, cit., p. 396.

A declaração de pobreza firmada pela parte não pode ser entendida como substitutiva da procuração para a atuação do defensor público⁶⁰⁷.

Tendo em vista a inexistência de mandato, se a parte desejar ser patrocinada por advogado particular, bastará que este peticione, com a procuração da parte. Não será necessário qualquer ato formal da parte para desconstituir a Defensoria Pública do processo. Se a hipótese for inversa, ou seja, se a parte assistida por um advogado particular desejar ser atendida pela Defensoria Pública, não será necessário um substabelecimento do advogado em favor do defensor público, bastará apenas que este renuncie previamente e que a Defensoria Pública informe que passará a atuar em favor do assistido⁶⁰⁸.

3.8.3.4. Poder de requisição

É prerrogativa de o defensor público requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Trata-se de uma prerrogativa prevista na Lei Complementar n. 80/94 (arts. 44, X; 89, X, e 128, X).

O poder de requisição pode ter como destinatário qualquer autoridade pública, seja federal, estadual ou municipal, tendo em vista que a lei federal não faz qualquer ressalva⁶⁰⁹.

A autoridade destinatária da requisição tem o dever de atender ao solicitado, sendo defeso a ela criar obstáculos para prestar as informações.

Essa prerrogativa também se relaciona com o princípio da independência funcional, já que, para obter as informações e documentos necessários para o exercício

⁶⁰⁷ “Processual civil. Defensoria Pública. Declaração de pobreza. Procuração. Desnecessidade. Lei n. 1.060/50, art. 16. I. A dispensa de mandato ao Defensor Público prevista no art. 16 da Lei n. 1.060/50 se estende, também, à própria declaração de hipossuficiência da parte. II. Ausência de prequestionamento das demais questões suscitadas nos autos. III. Recurso conhecido em parte e provido” (STJ, 4ª T., REsp 287688/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 7.12.2000, DJ 5.3.2001, p. 175, v.u.).

⁶⁰⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 294.

⁶⁰⁹ A lei paulista é mais restrita, pois apenas afirma a possibilidade de requisição à autoridade estatal: “Artigo 162 – São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, além daquelas definidas na legislação federal: (...) IV – requisitar, a quaisquer órgãos públicos estaduais, exames, certidões, cópias reprográficas, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, podendo acompanhar as diligências requeridas”. Contudo não deve ser considerada, tendo em vista a amplitude da legislação federal.

de sua função, o defensor público não necessitará da intervenção de qualquer autoridade⁶¹⁰.

Trata-se de um ato administrativo autoexecutável⁶¹¹, de sorte que prescinde do Poder Judiciário para efetivá-lo.

Destaque-se que o poder de requisição de documentos não inclui os documentos públicos considerados sigilosos⁶¹².

Cleber Francisco Alves destaca a importância dessa prerrogativa para determinar a prática de atos notariais e registrais necessários à prestação da assistência jurídica de forma gratuita⁶¹³. Ademais, entende que esse poder de requisição inclui a possibilidade de o defensor público requisitar à autoridade policial a abertura de inquérito policial⁶¹⁴.

A Lei Complementar n. 80/94 não estabelece o prazo para o cumprimento da requisição realizada pela Defensoria Pública. Assim, entendemos que deve ser aplicado analogicamente o disposto no § 1º do art. 8º da Lei de Ação Civil Pública, que afirma

⁶¹⁰ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 46.

⁶¹¹ GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 46.

⁶¹² No caso da requisição do Ministério Público, a Lei Complementar n. 40/81 prevê expressamente a possibilidade de negação no caso de documentos sigilosos. Afirma o art. 15, inc. I: “São atribuições dos membros do Ministério Público: promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal da Administração Direta ou Indireta, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade”. No mesmo sentido prevê o § 2º do art. 8º da Lei n. 7.347/85: “Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”. Assim, não podem ser requisitados, por exemplo, documentos que impliquem quebra de sigilo bancário: “Penal. Recurso especial. Documentos necessários para instruir ação civil pública. Contratos de mútuo. Caixa Econômica Federal. Relações jurídicas abrangidas pelo conceito de operação financeira. Requisição pelo Ministério Público. Ilegitimidade. Necessidade de autorização judicial. Justificativa eficaz não-configuração do tipo penal inscrito no art. 10 da lei 7.347/85. Recurso especial provido. 1. Os contratos de mútuo firmados com a Caixa Econômica Federal estão abrangidos pelo conceito de operação financeira que se extrai do § 1º do art. 5º da Lei Complementar 105/01. 2. O Ministério Público não possui legitimidade para requisitar documentos que impliquem quebra de sigilo bancário. Precedentes do STF. 3. A justificativa eficaz para o não-atendimento à requisição do Ministério Público afasta a configuração do tipo penal inscrito no art. 10 da Lei 7.347/85. 4. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de 1º grau” (STJ, 5ª T., REsp 633250/AM, rel. Min. Laurita Vaz, rel. para acórdão Arnaldo Esteves Lima, j. 21.11.2006, DJ 26.2.2007, p. 632, por maioria). “Penal. Processual penal. Ação penal. Informações bancárias. Requisição pelo Ministério Público. Negativa. Crime de desobediência. Inocorrência. – Não consubstancia crime de desobediência a negativa de atendimento a requisição do Ministério de informações sobre o assunto protegido pelo sigilo bancário. – Recurso especial não conhecido” (STJ, 6ª T., REsp 79026/DF, rel. Min. Vivente Leal, j. 3.6.1997, DJ 3.5.1999, p. 182, v.u.).

⁶¹³ Em sentido contrário: “Mandado de Segurança – Defensoria Pública – Pretensão à expedição de certidão vintena com isenção de taxa – Recusa – Interpretação no sentido de que a isenção no foro extrajudicial dependerá de ordem judicial em processo no qual ocorreu a concessão da assistência gratuita – Liminar indeferida – Inteligência do art. 7a, II, da Lei 1 533/51 – Ausência dos requisitos legais – Recurso não provido” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 7890345800, rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 9.6.2008).

⁶¹⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 328.

que a requisição realizada pelo Ministério Público deve ser cumprida no prazo que for assinalado, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Lamentavelmente, muitos são os casos de não atendimento do poder de requisição quando seu autor é defensor público.

Nessa hipótese, será possível ajuizar mandado de segurança, visando ao cumprimento da requisição, tendo em vista que se trata de um direito líquido e certo.

Entendemos que têm legitimidade ativa para a interposição do mandado de segurança tanto a Defensoria Pública, por meio do defensor público⁶¹⁵, como o defensor público diretamente.

Ademais, na hipótese de não atendimento da requisição formulada pelo defensor público, constitui-se crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal⁶¹⁶.

3.8.3.5. Deixar de patrocinar ação

Afirma o inc. XII dos arts. 44, 89 e 128 da Lei Complementar n. 80/94 ser prerrogativa do defensor público: “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao Defensor Público-Geral, com as razões de seu proceder”.

Inicialmente, vale destacar que não se trata de um juízo acerca do êxito da causa por parte do defensor público, segundo regras de experiência⁶¹⁷. Caso contrário, o

⁶¹⁵ “*Apelação cível. Mandado de segurança. A Lei 7347/85, com a inovação trazida pela Lei 11448/07, prevê, em seu art. 5º, inciso II, a legitimidade da defensoria para propor ação civil pública, e a medida cautelar pertinente, de modo que resta patente que se trata de legitimação concorrente ao Ministério Público. A prerrogativa de requisição de documentos está disposta no art. 87 da Lei complementar nº 06/77, do art. 181, IV, a, da Constituição Estadual, e do art. 128, X, da lei Complementar 80/94. Cabível a postulação de acesso aos documentos para a defesa do interesse dos municípios, em consonância com os princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência contidos no artigo 37 da Constituição da República. Legitimidade da Defensoria para apurar se as obras emergenciais atendem ou não ao interesse difuso, da população, quando se observa que o valor das mesmas pode atingir altas cifras. O princípio da publicidade de atos e contratos administrativos visa a propiciar o seu conhecimento e controle, pelos interessados. Patente o interesse dos municípios na verificação da idoneidade do procedimento licitatório. Apelação cível desprovida*” (TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação n. 2008.001.11469, rel. Des. Jorge Luiz Habib, j. 10.6.2008); MS 053.08.107937-9, 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, juiz Valentino Aparecido de Andrade, j. 26.9.2008.

⁶¹⁶ Afirma o art. 330 do Código Penal: “*Art. 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*”.

⁶¹⁷ Sobre o tema, disserta Cleber Francisco Alves: “*A história registra uma tentativa de atrelar a concessão do “benefício” à viabilidade da causa. O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939 trazia um dispositivo onde se cogitava a instituição no direito brasileiro desse controle prévio acerca do mérito da causa a ser interposta sob o benefício da gratuidade de justiça. Eis o que dizia o texto desse dispositivo: ‘Para que a parte goze do benefício de gratuidade deverá, antes de iniciada a lide ou no curso dela, alegar e provar, além dos requisitos previstos nos art. 57 a 59, que a ação que intentou ou pretende intentar, ou a defesa que opôs ou pretende opor, oferece probabilidade de êxito’*”. Entretanto,

defensor público estaria prejudgando a causa, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF⁶¹⁸.

Ademais,

Não bastará para a recusa do patrocínio, a convicção do defensor público de que inexistam perspectivas razoáveis de êxito, ou de que o “custo” a ser suportado pelo Estado não se justifique diante do módico benefício econômico perseguido pela parte. É obrigação do Defensor Público, ainda que haja chances mínimas de êxito, propor as medidas judiciais cabíveis⁶¹⁹.

Assim, a prerrogativa em estudo trata de casos extremos em que não existe qualquer fundamento legal para a demanda. São as demandas teratológicas⁶²⁰.

Na dúvida, o defensor deve agir.

Ao decidir pelo não ajuizamento da demanda, é dever funcional do defensor público comunicar o fato ao defensor público-geral, apontando as razões de seu ato. Destaque-se, portanto, que, como qualquer decisão administrativa, deve o ato do defensor público constituir-se de fundamentação.

Caso entenda de modo diverso, isto é, pelo ajuizamento da medida judicial, caberá ao defensor público-geral designar outro defensor público para fazê-lo⁶²¹, respeitando a independência funcional daquele que se recusou a propor a medida judicial.

E se o defensor designado não concordar com o ajuizamento da ação? Nesse caso, entendemos que deverá atuar da mesma forma, tendo em vista que não atuará em

com a retirada do dispositivo transcrito, “no sistema brasileiro ficou consolidado o entendimento de que não cabe impor exigência de “viabilidade” da causa como pré-requisito para outorga da assistência judiciária ou da gratuidade de justiça” (ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 272, nota 103).

⁶¹⁸ Neste sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 272; CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade de justiça*, cit., p. 68.

⁶¹⁹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*, cit., p. 273.

⁶²⁰ Teratologia, segundo o dicionário Houaiss, possui as seguintes acepções: “*Rubrica: medicina. 1 especialidade médica que se dedica ao estudo das anomalias e malformações ligadas a uma perturbação do desenvolvimento embrionário ou fetal 2 Derivação: por sinédoque. Os monstros como um conjunto; a monstruosidade*”.

⁶²¹ Paulo Galliez entende de modo diverso, no caso da recusa para recorrer. Para o autor, quem designa outro defensor público para executar a medida é a Corregedoria Geral da Defensoria Pública (*Princípios institucionais da Defensoria Pública*, cit., p. 31).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo trata do tema de seguinte forma: “*Sobrevindo decisão que reconheça o direito do interessado ser atendido, o Defensor Público-Geral designará Defensor Público para atuar no caso. § 1º. Na hipótese do artigo 15 o Defensor Público Coordenador efetuará a designação ad referendum do Defensor Público-Geral*” (art. 16 e §1º da Deliberação n. 89 do Conselho Superior).

nome próprio, mas sim em nome do defensor público-geral. Mantendo-se inabalada sua independência funcional⁶²².

A nosso ver, a despeito de a lei silenciar sobre o tema, caberá ao defensor público-geral encaminhar à Corregedoria Geral cópias da manifestação do defensor público que se recusou a ajuizar a demanda, para verificar eventual falta disciplinar do defensor público.

No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Deliberação n. 89 do Conselho Superior, ao tratar sobre o tema, afirma a possibilidade de recurso da decisão denegatória. Afirma o art. 14:

O interessado que discordar da decisão de denegação por situação financeira, por impossibilidade jurídica do pedido ou por quebra de confiança, poderá apresentar recurso escrito, dirigido ao Defensor Público-Geral, no prazo de 15 (quinze) dias, instruindo-o com os fundamentos e documentos que entender pertinentes. § 1º. Nos casos em que o interessado não for alfabetizado, o Defensor Público responsável pela denegação tomará por termo as razões recursais, que serão lidas em voz alta para o interessado, na presença de uma testemunha. § 2º. O recurso deverá ser protocolado na Secretaria da Unidade a que pertence o Defensor Público responsável pela denegação, devendo o Defensor Público Coordenador zelar pelo seu imediato encaminhamento ao Defensor Público-Geral.

Não é demais ressaltar que, ainda que em sede de recurso seja denegado o atendimento em razão do não cabimento da ação, poderá o interessado recorrer ao Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Aliás, não é exigido que a parte interponha o recurso administrativo para abrir a porta da via jurisdicional, já que é inconstitucional a exigência de que se esgote a via administrativa para que o indivíduo recorra ao judiciário⁶²³.

⁶²² No processo penal existe uma situação semelhante. Dispõe o art. 28 do CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Sobre o artigo, assim afirma Julio Fabbrini Mirabete: “O membro do Ministério Público designado pelo Procurador-geral para oferecer a denúncia é obrigado a propor a ação penal, pois não age em nome próprio e sim no do chefe do Ministério Público, do qual é uma ‘longa manus’ por delegação interna de atribuições” (Processo penal. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97).

⁶²³ Sobre o tema disserta Nelson Nery Junior: “O art. 153, § 4º, segunda parte, da CF de 1969, com redação dada pela EC 7/77, autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse ingressar com a ação em juízo, funcionando como se fora uma condição de procedibilidade da ação civil, que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem conhecimento do mérito por falta de interesse processual (art. 267, n. VI, CPC). A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais se permite, no sistema constitucional

Há, porém, uma questão de ordem prática acerca de quem irá ajuizar tal medida. Conforme já abordado no capítulo anterior, ao contrário do *habeas corpus*, para o ajuizamento do mandado de segurança, é imprescindível a representação por quem detém capacidade postulatória.

Assim, como, no caso, o indivíduo não tem condições para arcar com o pagamento de advogado particular, não seria razoável compelir a contratação de um profissional para impetrar o mandado de segurança para demonstrar a viabilidade da demanda.

Também não será possível que um defensor público represente o indivíduo nesse mandado de segurança em face do defensor público que negou o atendimento ou que confirmou a denegação.

Nesse caso, então, é certo que o indivíduo poderá contar com outras instituições que prestam serviço de assistência gratuita, desde que não seja realizado o atendimento com base em eventual convênio firmado entre a instituição e a Defensoria Pública.

Outra possibilidade é a interposição da medida judicial inicialmente pretendida sem representação de um profissional. Essa possibilidade se funda na aplicação alargada do art. 36 do CPC, que dispõe: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. Não se trata de uma recusa de todos os advogados da localidade, mas sim da negativa da prestação de assistência jurídica a qual o indivíduo entende ser destinatário.

Assim, seria lícito o indivíduo postular em causa própria em juízo para demonstrar a viabilidade da demanda a ser proposta pela Defensoria Pública.

Note-se que será imprescindível o ajuizamento de ação para este fim, sendo vedado ao juiz apenas determinar que o defensor público atue em favor de determinada pessoa, independentemente de ação própria nesse sentido.

3.8.3.6. Outras prerrogativas

São outras prerrogativas:

brasileiro, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado” (Princípios do processo civil na Constituição Federal, cit., p. 101-102). No mesmo sentido: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 93.

Não ser preso, senão por ordem judicial escrita, salvo em flagrante, caso em que a autoridade fará imediata comunicação ao Defensor Público-Geral; ser recolhido a prisão especial ou a sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e, após sentença condenatória transitada em julgado, ser recolhido em dependência separada, no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena; usar vestes talares e as insígnias privativas da Defensoria Pública; ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais; ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça; (...) XIV – ser ouvido como testemunha, em qualquer processo ou procedimento, em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade competente.

3.8.4. Responsabilidade dos defensores públicos

3.8.4.1. Responsabilidade funcional

A responsabilidade funcional está prevista nos arts. 49 a 51 (Defensoria Pública da União); 94 a 96 (Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios) e 133 a 135 (Defensorias Públicas estaduais), todos da Lei Complementar n. 80/94.

As atividades dos defensores públicos estão sujeitas a correições ordinárias, a serem realizadas anualmente, e extraordinárias, podendo ser realizadas de ofício ou por determinação do defensor público-geral. Estas, conforme já visto, devem ser realizadas pelo corregedor-geral, que terá de apresentar relatórios dos fatos apurados e das providências a serem adotadas.

É muito importante destacar que qualquer pessoa pode apresentar ao corregedor-geral abusos, erros ou omissões praticadas por membros da Defensoria Pública.

A Lei Complementar n. 80/94 arrola as sanções disciplinares que podem ser aplicadas aos membros da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal. São elas: advertência, suspensão por até noventa dias, remoção compulsória, demissão e cassação da aposentadoria.

Vejamos as hipóteses de aplicação de cada sanção.

A sanção disciplinar mais leve deve ser aplicada no caso de violação dos deveres e proibições funcionais, quando o fato não justificar imposição de pena mais grave. Note-se, portanto, que o dispositivo legal é taxativo.

Por outro lado, a suspensão deve ser aplicada no caso de reincidência em falta punida com advertência ou quando a infração dos deveres ou das proibições funcionais, pela sua gravidade, justificar sua imposição. Nesse caso, há uma hipótese de aplicação objetiva e outra subjetiva.

A remoção compulsória, da mesma forma, será aplicada sempre que a falta justificar a aplicação ou quando a falta cometida tornar incompatível a permanência do membro faltoso no órgão de atuação de sua lotação. Vale lembrar que há quem sustente a inconstitucionalidade dessa sanção tendo em vista a garantia da inamovibilidade, prevista constitucionalmente⁶²⁴.

A pena de demissão somente pode ser aplicada quando for a pena expressamente prevista para determinado ato ou na hipótese de reincidência em falta punida com suspensão ou remoção compulsória. A pena de cassação de aposentadoria deve ser aplicada nas mesmas hipóteses de demissão, quando o membro não estiver em exercício.

Com exceção da pena de advertência, todas as demais sanções devem ser precedidas de inquérito administrativo. A lei é expressa acerca da necessidade de ser observado o princípio constitucional da ampla defesa.

Há prescrição das faltas cometidas, quando punidas por advertência, suspensão ou remoção compulsória, após dois anos de seu cometimento. No caso da demissão e da cassação da aposentadoria, a prescrição ocorre no prazo estabelecido em lei.

A lei prevê a possibilidade de revisão do processo disciplinar quando houver fatos novos que provem a inocência do apenado ou justifiquem a imposição de pena mais branda. Essa revisão poderá ser requerida pelo interessado ou, se falecido ou interdito, por seu cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão. Ademais, se for procedente a revisão, será tornado sem efeito o ato punitivo ou aplicada a penalidade adequada, restabelecendo-se os direitos atingidos pela punição na sua plenitude.

No caso da Defensoria Pública do Estado, a Lei Complementar n. 80/94 deixa a cargo das legislações estaduais dispor acerca das infrações disciplinares, respectivas sanções, procedimentos e prazos prescricionais.

Apenas indica que cabe à lei estadual prever a pena de remoção compulsória nas hipóteses que estabelecer, e sempre que a falta praticada, pela sua gravidade e

⁶²⁴ Ver item referente à garantia da inamovibilidade (item 3.8.2.1).

repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação.

A Lei Complementar n. 80/94, também no caso da Defensoria Pública do Estado, explicita a necessidade da observância do princípio da ampla defesa quando da aplicação da penalidade, exigindo o inquérito administrativo apenas para a imposição da pena de remoção compulsória. Entendemos que as penas mais graves (demissão e cassação da aposentadoria), exatamente por serem mais graves que a pena da remoção compulsória, também devem ser precedidas por inquérito administrativo, tal qual ocorre nas Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

Também deverá a lei estadual prever as hipóteses de revisão disciplinar, estabelecendo as hipóteses de cabimento e as pessoas habilitadas a requerê-la. E, da mesma forma, determina que, se procedente a revisão, será tornado sem efeito o ato punitivo ou aplicada a penalidade adequada, restabelecendo-se os direitos atingidos pela punição na sua plenitude.

No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a responsabilidade funcional tem previsão nos arts. 168 e seguintes da Lei Complementar n. 988/2006.

Vale destacar que a lei estadual paulista prevê, além das sanções previstas na Lei Complementar n. 80/94 para os membros da Defensoria Pública da União e Distrito Federal, as seguintes sanções: censura e suspensão por até 90 (noventa) dias. A pena de censura é mais grave que a pena de advertência. A pena de suspensão, por sua vez, deve ser aplicada nas hipóteses previstas expressamente no art. 182 da Lei Complementar n. 988/2006.

Infrator que, já punido com censura, vier a praticar outra infração disciplinar que o torne passível da mesma sanção ou se a gravidade da infração justificar, desde logo, a aplicação da pena suspensiva; violação de proibições e impedimentos previstos nos artigos 165 e 166 desta lei complementar, ressalvado o disposto em seu artigo 183, incisos II e III. Parágrafo único – Enquanto perdurar, a suspensão acarretará a perda dos direitos e vantagens decorrentes do exercício do cargo, não podendo ter início durante férias ou licenças.

As hipóteses de aplicação da pena de demissão são:

I – prática de conduta tipificada como infração penal incompatível com o exercício do cargo; II – prática das condutas previstas nos artigos 165 e 166 desta lei complementar, quando a infração se der mediante o exercício irregular da advocacia; III – abandono do cargo; IV – procedimento irregular, de natureza grave.

Para cada hipótese, deve ser aplicado um procedimento. Dispõe o art. 187:

A apuração das infrações disciplinares será feita mediante: I – processo administrativo sumário, quando cabíveis as penas de advertência, censura e suspensão; II – processo administrativo ordinário, quando cabíveis as penas de cassação de disponibilidade ou aposentadoria e de demissão⁶²⁵.

Sendo que o procedimento administrativo pode ser precedido de uma sindicância, instaurada de ofício pelo corregedor-geral, por determinação do defensor público-geral ou do Conselho Superior, ou por provocação de qualquer pessoa, ficam vedadas a denúncia anônima e a que não forneça elementos indiciários de infração disciplinar⁶²⁶.

A lei complementar paulista também dispõe sobre o recurso e pedido de reconsideração (arts. 225 a 228), bem como sobre a revisão do processo administrativo (arts. 229 a 233).

3.8.4.2. Responsabilidade civil

No exercício regular de suas atividades, na eventualidade de causar dano a terceiro, não pode o defensor público ser responsabilizado pessoalmente, tampouco a Defensoria Pública, tendo em vista que esta não possui personalidade jurídica. Nesse caso, o terceiro que sofreu o dano poderá pleitear da pessoa jurídica de direito à qual esteja vinculado⁶²⁷.

Essa foi a conclusão de Yussef Said Cahali, quando tratou da responsabilidade do Ministério Público:

No contexto da atividade não-jurisdicional dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, insere-se a atividade do Ministério Público, cujos membros, no desempenho dos misteres que lhes são cometidos, podem, no exercício da função, provocar danos a terceiros, determinantes de responsabilidade indenizatória do Estado⁶²⁸.

⁶²⁵ O processo administrativo sumário tem previsão nos arts. 199 a 211; o processo administrativo ordinário tem previsão nos arts. 212 a 224, todos da Lei Complementar n. 988/2006.

⁶²⁶ A sindicância tem previsão nos arts. 194 a 198 da Lei Complementar n. 988/2006.

⁶²⁷ Para um estudo aprofundado da responsabilidade civil, ler: VILLAS BÓAS, Regina Vera. *Marcos relevantes à compreensão da vocação do instituto da responsabilidade civil*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

⁶²⁸ Sobre o tema: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 519. No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 107.

Note-se que a regra do art. 37, § 6º, da CF, que impõe a responsabilidade do Estado, prevê a responsabilidade objetiva⁶²⁹, ou seja, para sua caracterização, basta a ação ou omissão, existência do dano e o nexo causal entre estes elementos, independentemente da perquirição da existência de elemento subjetivo do agente, isto é, a culpa *lato sensu*.

No entanto não será possível buscar indenização do Estado simplesmente em razão de o indivíduo ter sofrido um dano decorrente de um resultado contrário em um processo judicial em que tenha atuado a Defensoria Pública na sua defesa. Será necessário verificar se o dano ocorreu em razão de alguma ação ou omissão do defensor público, isto é, se a ação ou omissão do defensor público foi a causadora do dano. Não importando, porém, se o ato foi regular ou não, basta ser o causador do dano, o que poderá ensejar reparação pelo Estado.

Tal responsabilidade do Estado, entretanto, não pode ser confundida com a responsabilidade pessoal do defensor público. O já mencionado § 6º do art. 37, da CF destaca que, no caso da responsabilidade do Estado, é “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar da responsabilidade do membro do Ministério Público, destaca não ser adequado impô-la aos agentes políticos, em regra, os funcionários públicos, tendo em vista que tal imposição poderia desencorajar os membros de exercer seu dever⁶³⁰.

Concordamos com o autor que, no caso de agentes políticos, dadas as suas características, devem ter um tratamento diferenciado. Nesse sentido, vale trazer à colação o que assevera Hely Lopes Meirelles:

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência (...) os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder⁶³¹.

Hugo Nigro Mazzilli entende, entretanto, pela impossibilidade da responsabilização civil pessoal, no caso de culpa, ainda mais no caso de culpa grosseira.

⁶²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 13- 88; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 629.

⁶³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 107-108.

⁶³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 77.

O autor fundamenta sua posição com base na codificação processual que previu a responsabilidade civil apenas na hipótese de dolo ou má-fé⁶³².

A despeito do CPC apenas afirmar a possibilidade de responsabilidade civil no caso de dolo ou fraude, é certo que a CF prevê a ação de regresso em face do agente no caso de dolo e também de culpa. E não faz qualquer ressalva a agentes políticos.

Assim, tendo em vista o afirmado por Hely Lopes Meirelles, deve tal disposição ser analisada com base nas características próprias dos agentes políticos. Por essa razão, a afirmação de que há responsabilidade civil apenas no caso de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder⁶³³.

Conclui-se, portanto, que haverá responsabilidade pessoal do defensor público, na qualidade de agente político, somente quando agir com culpa excessiva, dolo ou má-fé. Dessa forma, não deve ser aplicado ao defensor público o disposto no art. 32 do Estatuto da OAB⁶³⁴.

3.8.4.3. Responsabilidade criminal

A responsabilidade criminal dos defensores públicos no exercício da sua função advém dos crimes previstos para todo e qualquer funcionário público, classificados nos arts. 312 a 327 do CPP.

Vale mencionar os efeitos extrapenais da sentença condenatória, previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal. Merece destaque o art. 92, inc. I, que assim prevê nas alíneas “a” e “b”:

São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Tal efeito, por expressa determinação do parágrafo único, não é automático.

Observe-se que nem todos os crimes funcionais são com abuso de poder, porém sempre terá violação de dever para com a Administração Pública. Assim, para que seja

⁶³² Afirmando os arts. 85 e 133, I, do CPC: “Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”; “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

⁶³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 77.

⁶³⁴ Dispõe o art. 32 do referido diploma: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

aplicado esse efeito, em princípio, basta que o funcionário seja condenado a pena superior a 1 (um) ano.

O fato é que esse efeito deve ser aplicado por parcimônia, moderação e cautela, porque, por um lado, o juiz criminal tem a função precípua de presidir a instrução criminal e impor pena justa ao condenado. Por outro lado, existem órgãos próprios para avaliar se o condenado deve ou não receber o efeito previsto.

Por fim, vale dizer que, no caso desses crimes, não há a incidência da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal⁶³⁵, tendo em vista que a violação de dever inerente a cargo é elementar no crime funcional. Não se pode, sob pena de *bis in idem*, utilizar duas vezes a mesma realidade fática para agravar a pena de agente.

⁶³⁵ Afirma a alínea: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido o crime: (...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”.

A DEFENSORIA PÚBLICA E AS AÇÕES COLETIVAS

4.1. A Ação Coletiva e o Princípio do Acesso à Justiça

A ação coletiva é um poderoso instrumento para a concretização do acesso efetivo à ordem justa. Nesse sentido, conforme já analisado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacaram a problemática dos direitos difusos como um obstáculo ao efetivo acesso à justiça⁶³⁶. Primeiro, porque, dada a legitimidade difusa de tais direitos, o indivíduo não tem possibilidade de corrigir eventual lesão, em razão da ilegitimidade e/ou de o prêmio para buscar a reparação ser pequeno demais comparado ao desgaste da propositura de uma ação dessa natureza. Ademais, informam o problema da reunião, ou seja, a dificuldade de as pessoas lesionadas se reunirem para demandar.

Assim, a “segunda onda” para o efetivo acesso à justiça diz respeito à criação de um sistema eficaz de defesa dos interesses metaindividuais⁶³⁷.

Nesse tema, é importante ater-se ao contexto atual:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supraindividuais e relativa superação das posturas individuais dominantes (...) ⁶³⁸.

Dessa forma, o processo civil tradicional, com traço essencialmente individualista, tornou-se instrumento insatisfatório para a proteção de direitos difusos⁶³⁹, decorrentes da sociedade de massa instalada.

Foi necessária a alteração de institutos do direito processual, como a legitimidade, a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, a liquidação de

⁶³⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 26-28.

⁶³⁷ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 49-67.

⁶³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 44.

⁶³⁹ Sobre o tema afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto como um assunto entre duas partes que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema” (*Acesso à justiça*, cit., p. 49-50).

sentença, entre outros. Nesse contexto, Gregório Assagra de Almeida aponta o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual⁶⁴⁰.

Sem essas modificações processuais, os direitos metaindividuais, tão presentes hoje na nossa sociedade, deixariam de ser tutelados de forma efetiva, representando um verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça. Ademais, a ação coletiva tem um papel importante no acesso à justiça, já que aproxima o cidadão, por meio das associações civis, da jurisdição⁶⁴¹.

Por fim, como a ação coletiva tem a possibilidade de proteger um número múltiplo de pessoas, conseqüentemente contribui para a eliminação da litigiosidade contida e para o desafogamento da máquina judiciária, uma vez que evita diversos processos individuais⁶⁴². Também concede solução idêntica para todos aqueles que estão em situação similar, evitando, na prática, julgados contraditórios⁶⁴³.

No Brasil, a despeito de existir normas processuais que tutelavam direitos coletivos (como a Lei da Ação Popular), o processo coletivo teve como marco fundamental a Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei n. 7.247/85) e, posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por todas essas questões, é certo que “a questão dos interesses coletivos em sentido amplo está intimamente relacionada com o problema do acesso à justiça”⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Afirma o autor: “O direito processual coletivo é um ramo autônomo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22).

⁶⁴¹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba, 2007, p. 66.

⁶⁴² PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89.

⁶⁴³ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 858.

⁶⁴⁴ CINTRA JUNIOR, Dyrcceu Aguiar Dias. Os interesses coletivos e as instituições. Justiça e Democracia. *Revista Semestral de Informação e Debates*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 1, primeiro semestre de 1996.

4.2. Objeto da Ação Coletiva

4.2.1. A clássica separação do direito privado e direito público

Inicialmente, é importante destacar que o direito tradicional, consubstanciado em uma tradição romana, possui uma clássica divisão entre o direito público e o direito privado.

No direito público, o Estado é o titular do interesse; no direito privado, o titular do interesse é o indivíduo. Assim:

O interesse público consiste na contraposição de interesse do Estado ao interesse do indivíduo (como no Direito Penal, que opõe o “*ius puniendi*” do Estado ao “*ius libertatis*” do indivíduo); por outro lado, o interesse privado consiste na contraposição entre os indivíduos em seu inter-relacionamento (como nos contratos celebrados na forma do Direito Civil⁶⁴⁵).

Com o passar dos tempos, o chamado interesse público passou a assumir duas facetas: uma clássica (quando o Estado for titular do direito) e uma mais nova, significando interesse social, isto é, do interesse da sociedade como um todo.

Pode-se dizer, então, que o Estado possui duas facetas: uma referente à manifestação social e outra referente à sua própria administração (políticas públicas, econômicas, sociais etc.).

No início, essas duas facetas eram inseparáveis. Ocorre que, atualmente, esse conceito tradicional foi revisto, dividindo-se o interesse público em interesse público primário e secundário⁶⁴⁶.

O interesse público primário é a manifestação da vontade social, isto é, o reflexo que a sociedade deseja para si. O interesse público secundário, por sua vez, é o modo pelo qual a administração interpreta os interesses sociais, ou seja, é a decisão administrativa acerca do que seja interesse social⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

⁶⁴⁶ Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a distinção foi realizada pelo jurista italiano Renato Alessi (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 47).

⁶⁴⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66-67.

Eles normalmente caminham em paralelo; porém o que é ordinário não é obrigatório. Assim, há casos em que o interesse público primário entra em conflito com o interesse público secundário.

Essa divisão assume um papel importantíssimo, uma vez que possibilita a defesa dos interesses sociais (interesses públicos primários), mesmo que seja em face do próprio Estado.

Nesse contexto, a simples divisão entre interesse público e interesse privado mostrou-se insuficiente, de sorte a reconhecer uma posição intermediária de direito, os chamados direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*).

4.2.2. Conceitos dos direitos coletivos *lato sensu*

O CDC achou por bom definir cada um dos direitos transindividuais e criar uma espécie de direito de essência individual, mas que pode ser tutelado de forma coletiva⁶⁴⁸.

É importante fazer uma observação quanto aos termos “direitos” e “interesses”: o legislador consumerista utilizou, conforme será analisado, de forma indistinta os termos.

Kazuo Watanabe, por essa razão, afirma que os interesses, ao serem amparados pelo direito, assumem o mesmo *status* de direitos, inexistindo, portanto, qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles⁶⁴⁹.

Antonio Gidi, por outro lado, é contrário à dupla terminologia. Para ele, a utilização do termo interesse é um ranço individualista e se caracteriza pela dificuldade de assumir o conceito de direito superindividual. Nas palavras do autor: “Isto porque, os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e ‘imprecisa’ determinação

⁶⁴⁸ Sabe-se que não é função do legislador impor conceitos. Mas, entende-se que tais definições foram importantes para evitar dúvidas e discussões doutrinárias que pudessem dificultar a implementação da tutela coletiva no país. Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 800. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior também afirmam que a conceituação desses direitos buscou possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional e destacam que sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos (*Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Podivm, 2007, v. 4, p. 80).

⁶⁴⁹ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 800. No mesmo sentido: PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 88 (nota 14); ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 486.

da sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno da subjetivação do direito objetivo”⁶⁵⁰.

Também discordando da dupla terminologia, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior afirmam que não se trata de tutela de interesses, e sim de direitos subjetivos coletivos. Ademais, sustentam que o ordenamento brasileiro traz o princípio da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário da afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito, não existindo diferença de lesão de direito privado e público, como existem em outros ordenamentos, como o italiano, no qual existem dois conceitos: um referente ao direito subjetivo referente a relações entre particulares e julgados pela justiça civil; e interesses legítimos referente a relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante, julgado perante órgãos da justiça administrativa⁶⁵¹.

José Marcelo Menezes Vigliar opta pela expressão:

“interesse” por afirmar o “compromisso de sempre se afirmar a independência do plano processual do ordenamento jurídico em relação ao material e porque (...) a expressão direito faria remontar a fases metodológicas anteriores da ciência processual (defender direitos, e, dentre eles, os subjetivos), onde não se cogitava desse compromisso”⁶⁵².

Há também na doutrina quem destaca a diferenciação dos termos, porém não como uma crítica, mas sim como uma qualidade, destacando o objetivo de ampliar as hipóteses de aplicação do CDC⁶⁵³.

⁶⁵⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17.

⁶⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 88-89. Por essa razão, destacam que essa dupla terminologia foi uma errônea transposição da doutrina italiana. “A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento brasileiro, que prevê a unidade de jurisdição” (p. 89).

⁶⁵² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, cit., p. 61.

⁶⁵³ Essa posição baseia-se em uma doutrina alemã que estabelece graduação dos interesses: “A nós parece que a utilização conjunta de ‘interesses e direitos’ deve-se em parte à própria indeterminação conceitual nítida e, de outra parte, ao objetivo de que se aumente o rol dos bens juridicamente protegíveis, ainda que de “interesses” sejam denominados, e mesmo que essa proteção seja exercida por outrem, que não o seu titular. E isto é assim, justamente, porque há uma série imensa de “interesses”, para os quais a defesa individual é praticamente inviável” (ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 212). Sobre essa posição, afirmam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior: “Esta preocupação é válida e coerente com os valores a serem tutelados (principalmente se pensarmos no direito ao meio ambiente e nos direitos do consumidor), contudo, a melhor solução passa, não por admitir a categoria de ‘interesses’ tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo ‘prima facie’ (portanto, não expressas, convém explicar a expressão ‘direito subjetivo ‘prima facie’, aqui compreendido como princípios que asseguram direitos subjetivos, mas servem apenas como razões provisórias para a futura concretização desses direitos, ainda não concretizados, princípios são sempre razões ‘prima facie’, regras razões definitivas) e que merecem igualmente guarida pelo Judiciário” (*Curso de direito processual civil*, cit., p. 90-91).

Na jurisprudência, os termos são utilizados como expressões sinônimas⁶⁵⁴.

Foram reconhecidas três espécies de direito coletivo *lato sensu*, com base em três critérios (conceituação legal tripartite).

Afirma Gregório Assagra de Almeida:

O primeiro critério é o subjetivo, em que se busca aferir a titularidade do respectivo direito ou interesse material. O segundo é o objetivo, que diz respeito à divisibilidade ou não do direito material. E o terceiro é o critério origem, por intermédio do qual é aferida a origem do respectivo direito ou interesse material⁶⁵⁵.

Vejamos a seguir cada um desses direitos coletivos.

4.2.2.1. Direito difuso

O primeiro é o denominado direito difuso. Seu conceito legal está previsto no art. 81, parágrafo único, I, do CDC, que dispõe: “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”.

⁶⁵⁴ Vejamos algumas ementas do Superior Tribunal de Justiça utilizando os termos *direito* e *interesses* como expressões sinônimas: “*Processo civil. Recurso Especial. Compromisso de ajustamento de conduta. Título executivo extrajudicial. Vigência do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. 1. Encontra-se em plena vigência o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, de forma que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista. 2. A Mensagem n. 664/90, do Presidente da República – a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor –, ao tratar do veto aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, fez referência ao art. 113, mas não o vetou, razão por que esse dispositivo é aplicável à tutela dos interesses e direitos do consumidor. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido*” (REsp 443407/SP, 2. T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.3.2006, p. 106, v.u.); “*Agravo regimental. Caderneta de poupança. Diferença de rendimentos. legitimidade de parte ativa do Idec. Relação de consumo. Sucumbência. Proporcionalizada. Art. 21 do CPC. Multa. – Segundo assentou a Segunda Seção do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e os seus clientes (REsp n. 106.888/PR e 271214/RS). Súmula n. 297-STJ. – Legitimidade do Idec, em se tratando, como no caso, de interesses ou direitos individuais homogêneos. – A circunstância de o CDC haver sido editado após o período questionado nesta ação (janeiro/89) não obsta a que venha o Idec postular, em nome próprio, direito de terceiros. – Sucumbência parcial e recíproca, aplicação do art. 21 do CPC. – Cabível a aplicação da multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC, em se tratando de agravo manifestamente infundado. Agravo improvido, com aplicação de multa*” (AgRg no REsp 150195/SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 411, v.u.) e “*Ação civil pública. Defesa dos consumidores. Assistência à saúde. Interesse ou direito coletivo. Distrito Federal. Legitimação ativa. Art. 82, II, do CDC. I – Nos termos do art. 82, II, do Código de Defesa do Consumidor tem o Distrito Federal legitimidade ampla para promover ação civil pública, visando a proteção de interesses ou direitos coletivos de associados, na referida unidade federativa, de empresa prestadora de serviços de saúde. II – Recurso especial conhecido e provido*” (REsp 168051/DF, 3. T., Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 19.5.2005, DJ 20.6.2005, p. 263, v.u.).

⁶⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 485.

Direitos difusos, portanto, são aqueles que dizem respeito a um número indeterminado de sujeitos, titulares de um objeto indivisível que estão relacionados entre si por um vínculo fático.

Na conceituação, “optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”⁶⁵⁶. Pode-se, portanto, identificar três características dos direitos difusos.

A primeira característica é a indeterminação dos sujeitos titulares do direito. Essa característica é de suma importância para quebrar com velhos conceitos, uma vez que “a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas, ao contrário, do fato de que esse interesse concerne a uma pluralidade de sujeitos”⁶⁵⁷.

A indeterminação decorre da impossibilidade matemática de se determinar quantas pessoas foram ou serão atingidas em razão de um determinado evento.

Essa indeterminação decorre também da ausência de uma relação jurídica base, existindo apenas um vínculo fático (segunda característica). Por serem os sujeitos afetados indistintamente, e de forma ocasional, se agregam⁶⁵⁸, tornando-se impossível a sua determinação.

Como o agrupamento se dá de forma ocasional, diz-se que o direito difuso está em um estado fluido, disperso pela sociedade civil como um todo⁶⁵⁹.

Sobre o vínculo de fato, assevera Hugo Nigro Mazzilli:

Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilharem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma situação fática comum como uma relação jurídica incidente sobre a

⁶⁵⁶ WATANABE, Kazuo. *Código de brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 801.

⁶⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 74.

⁶⁵⁸ Os indivíduos se agregam “em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, cit., p. 75.

⁶⁵⁹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 27.

hipótese; mas o grupo lesado compreende apenas os moradores da região atingida – e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo⁶⁶⁰.

Por fim, é necessário destacar o aspecto objetivo para a conceituação dos direitos difusos: trata-se da indivisibilidade do objeto. É importante destacar que essa característica que impõe aos direitos difusos a qualidade de direito essencialmente coletivo⁶⁶¹.

O objeto é indivisível quando pertencer a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Não podem ser assegurados individualmente e não comportam soluções fragmentadas. Isto é, a satisfação de um implica a satisfação do outro⁶⁶². Assim, “não pode ser quantificado nem dividido entre determinados membros da coletividade, porém fruível e compartilhável por todos, indistintamente”⁶⁶³.

4.2.2.2. Direito coletivo *stricto sensu*

O direito coletivo *stricto sensu* também possui sua definição legal no art. 81, parágrafo único, II, do CDC: “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”.

No aspecto objetivo, o direito coletivo é semelhante ao direito difuso, pois exige a indivisibilidade do objeto.

Quanto à titularidade, no caso dos direitos coletivos, esta pertence a um número determinável de pessoas que integram um grupo, categoria ou classe. Note-se que o legislador afirma número determinável e não determinado, de sorte que se afirma a mera possibilidade de obter o número de titulares, e não sua obtenção de plano.

⁶⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, cit., p. 51.

⁶⁶¹ Somente aqueles direitos que possuem o objeto indivisível podem ser considerados direitos essencialmente coletivos. Essa característica está presente no direito difuso e no direito coletivo *stricto sensu*, porém, não está presente nos chamados direitos individuais homogêneos, de sorte que esses são direitos individuais, apenas tutelados de forma coletiva, portanto são denominados direitos acidentalmente coletivos.

⁶⁶² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Motomizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 4-5.

⁶⁶³ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 28.

Essa possibilidade de determinação advém do fato de que os indivíduos se agrupam em razão da existência de uma relação jurídica base (terceira característica). Destacando que essa relação deve ser anterior à lesão (caráter de anterioridade)⁶⁶⁴.

Kazuo Watanabe conceitua relação jurídica, base própria do direito em estudo, “como sendo aquela da qual é derivado o interesse tutelado, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão”⁶⁶⁵. Ademais, complementa o autor, a relação jurídica base pode existir seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionista de uma mesma sociedade), seja por meio de vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional etc.)⁶⁶⁶.

Vale destacar que, depois de analisados os conceitos dos direitos essencialmente coletivos, a única diferença encontrada entre os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu* diz respeito à característica subjetiva: enquanto no primeiro a titularidade é indeterminada, cujos titulares são ligados por uma circunstância de fato; no segundo, a titularidade é determinável, em razão de serem os titulares ligados por uma relação jurídica anterior⁶⁶⁷.

Sérgio Shimura, nesse sentido, destaca como traço distintivo a “organização”. Para o autor “sem ela, os interesses não podem aglutinar-se de forma coesa e eficaz no seio de grupo determinado. Essa organização, no entanto, nem sempre está delineada, com nitidez, sob pena de sufocar interesses potencialmente coletivos, ainda emergentes, incipientes e espontâneos”⁶⁶⁸.

4.2.2.3. Direito individual homogêneo

O último dos direitos coletivos é o direito individual homogêneo, que, por não ter o objeto indivisível, é considerado acidentalmente coletivo, já que sua essência é de

⁶⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 74. Explicam os autores: “No caso da publicidade enganosa, a ‘ligação’ com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo ‘stricto sensu’ (propriamente dito)”.

⁶⁶⁵ WATANABE, Kazuo. *Código de brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 804.

⁶⁶⁶ Assim, é certo que o conceito não abarca somente à coletividade organizada.

⁶⁶⁷ Neste sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 75.

⁶⁶⁸ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 28.

direito individual, mas é tutelado coletivamente. Por isso, não se trata de uma nova espécie de direito material⁶⁶⁹.

O art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC, ao contrário do que ocorre com os outros direitos abordados por ele, não define com exatidão os direitos individuais homogêneos. Apenas dispõe: “III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os interesses individuais homogêneos são aqueles que dizem respeito a um número determinado de sujeitos, titulares de um objeto divisível, relacionados por um vínculo fático decorrente de uma origem comum das lesões.

Novamente têm-se presente três características. A primeira é a determinação dos sujeitos, que é a possibilidade de chegar a um número exato de pessoas que foram atingidas por um determinado dano. Não precisa ter esse número de plano, basta a possibilidade.

Ao contrário do que ocorre nos interesses coletivos, nestes, os sujeitos não possuem qualquer relação jurídica entre eles ou com a parte contrária. Os sujeitos são ligados por uma mera circunstância. Os sujeitos titulares desse interesse não pertencem a qualquer grupo, categoria ou classe. Apenas um evento gerou danos a diversas pessoas. Esse fato é que torna possível a tutela coletiva dos interesses individuais. Tal evento não precisa ocorrer em um só local ou momento histórico, basta apenas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensão individual⁶⁷⁰.

Gregório Assagra de Almeida aduz o seguinte:

Essa homogeneidade deve ser colhida sob o prisma da real possibilidade de identidade ou pelo menos semelhança entre as causas de pedir de cada direito individual, não vinculadas apenas à existência das mesmas questões de fato. A mesma questão de direito também pode fazer decorrer a origem comum. É a homogeneidade decorrente de situação juridicamente iguais⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 492.

⁶⁷⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 76; Watanabe, Kazuo exemplifica: “As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que tornam a ‘origem comum’ de todos eles” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 745).

⁶⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, cit., p. 492.

Como a marca diferenciadora dos direitos individuais homogêneos está na divisibilidade do objeto, verifica-se qual o montante da lesão individualmente sofrida por cada sujeito; isto é, quanto do objeto pertence a cada um dos lesados. Por isso, comporta solução individualizada. Continuam a ser direitos individuais, mas são tutelados de forma coletiva. Os interesses individuais homogêneos, portanto, não são interesses transindividuais⁶⁷².

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior destacam a importância dessa categoria:

Sem a sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão da sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea⁶⁷³.

Trata-se de uma coletivização apenas em sentido instrumental, “como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”⁶⁷⁴.

Vale, nesse momento, tomar emprestado o quadro sinótico elaborado por Hugo Nigro Mazzilli⁶⁷⁵:

Interesses	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos <i>stricto sensu</i>	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Individuais homogêneos	Determinável	Divisível	Origem comum

4.2.3. Código Modelo Ibero-Americano

⁶⁷² “Os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de ‘homogêneos’ não altera e nem pode desvirtuar essa natureza (...) Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria” (ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 42).

⁶⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 76.

⁶⁷⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 43.

⁶⁷⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 55. Teori Zavaski também elabora um quadro comparativo, ver, do autor a obra: *Processo coletivo*, cit., p. 44-45.

O Código Modelo Ibero-Americano, de autoria de uma Comissão do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual⁶⁷⁶, formada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi⁶⁷⁷, indica a classificação bipartite dos direitos coletivos.

Sobre o tema, afirmam os elaboradores do anteprojeto: “O Capítulo I destina-se a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos”⁶⁷⁸.

Note-se, portanto, que a ideia da classificação bipartida não teve como escopo restringir o campo objeto das ações coletivas, mas simplesmente inserir os coletivos *stricto sensu* no conceito de direitos difusos.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes destaca a importância do Código Modelo para processos coletivos não apenas para criar uma harmonização, bem como uma unificação, das normas entre países que possuem sistemas jurídicos semelhantes, função esta de qualquer código-modelo ou código-tipo, mas esse Código também tem a função de fomentar alterações legislativas no que concerne à tutela de direitos transindividuais⁶⁷⁹.

Afirma o art. 1º do Código Modelo Ibero-Americano:

Cabimento da ação coletiva – A ação coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

⁶⁷⁶ Vale mencionar que esse instituto já havia, em 1988, elaborado Códigos Modelos de Processo Civil e Processo Penal. Esses diplomas tipos influenciaram diversos ordenamentos internos dos países ibero-americanos. O CPC uruguaio, por exemplo, aprovado também em 1988, incorpora quase a totalidade dos dispositivos legais do Código Modelo.

⁶⁷⁷ Vale mencionar o que Antonio Gidi assevera sobre o Código: “*perdemos o controle da nossa própria proposta e fomos aos poucos nos afastando e diminuindo o nosso envolvimento pessoal*. E conclui: “*Os erros cometidos foram tantos que já não mais nos orgulhamos nem apoiamos o Código Modelo Ibero-Americano*” (*Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13).

⁶⁷⁸ Exposição de Motivos do Código Modelo Ibero-Americano.

⁶⁷⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos. *Processo Civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 731.

4.2.4. Identificação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Para identificar qual o dano existente, é preciso verificar não o fato em si, mas a lesão e o que se pretende reparar. Assim, para classificar o dano, não basta apenas apresentar o ato, mas sim a lesão e o que se objetiva reparar, porque um mesmo fato poderá gerar danos de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea.

Sobre o tema, manifesta-se Kazuo Watanabe:

(...) o que importa para os fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos “difusos” e “individuais homogêneos”⁶⁸⁰.

Para exemplificar a necessidade de se aferir a tutela que se pretende com a propositura da ação judicial, assim expõe Nelson Nery Junior:

O acidente com o *Bateau Mouche IV*, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir a possibilidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas, ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo MP para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)⁶⁸¹.

Outro exemplo é o caso conhecido como pílulas de farinha:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o “caso das pílulas de farinha”. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada (...) Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. – Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações

⁶⁸⁰ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 811.

⁶⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. cit., p. 121.

individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. – A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação (...)⁶⁸².

Por essa razão, afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que os conceitos de direitos ou interesses coletivos *lato sensu* são conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade e adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna⁶⁸³.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier assevera:

São direitos indivisíveis – e esta é uma característica do direito em si mesmo – e pertencem a mais de uma pessoa. Por isso, só podem ser defendidos coletivamente, ou seja, por meio de ações que se tornam coletivas por causa do modo como se coloca, com relação a elas, a problemática da legitimidade. Essas duas últimas características parecem ser, pelo menos predominantemente, processuais.

A nosso ver, os conceitos de direitos essencialmente coletivos, por serem de sua essência indivisíveis, diferenciando em razão da sua titularidade, são conceitos que independem da questão processual. Será necessário observar a pretensão processual apenas para indicar qual a espécie no caso em concreto, mas não para definir. Entretanto, no caso de direitos individuais homogêneos, por serem na sua essência divisíveis (individuais), diferenciando apenas por sua forma de tutela coletiva, trata-se realmente de um conceito de direito processual.

Assim, o fato de ter que analisar a pretensão para definir qual direito coletivo está sendo tutelado não faz com que não existam direitos material difuso e coletivo.

Vale dizer que o mesmo ocorre no caso de um ato que causa dano de natureza material e moral. Por exemplo: um simples acidente de carro gera dano material ou moral? Depende. Se o autor busca a indenização em razão dos gastos tidos com o conserto do carro, bem como dos gastos decorrentes pela ausência do veículo, tratar-se-á de dano material. Todavia, se o autor buscar a reparação de eventual dor, angústia, tristeza etc. sofridos em razão do acidente, tratar-se-á de dano moral. Assim, também será necessário identificar qual a pretensão do autor. E não se pode negar a existência dos danos material e moral. Da mesma forma, não se pode negar a existência material do dano difuso ou coletivo apenas pelo fato de ter de identificar a pretensão.

⁶⁸² STJ, 3º T., REsp 866636/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007, DJ 6.12.2007, p. 312, v.u.

⁶⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 21.

4.2.5. As expressões “ação coletiva” e “ação civil pública”

Nesse momento, é importante fazer uma ressalva quanto à utilização da expressão “ação coletiva”.

A expressão “ação civil pública” foi utilizada pela primeira vez pela Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabelece normas gerais a serem adotadas pelo Ministério Público estadual. Dispõe o art. 3º, III, do diploma legal: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover a ação civil pública, nos termos da lei”. Objetivou-se diferenciar da ação penal pública de legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público.

A expressão foi utilizada novamente na Lei n. 7.347/85, intitulada Lei de Ação Civil Pública. Conforme ensina Sérgio Shimura, distanciou-se ainda mais da técnica, uma vez que leva ao entendimento de que haveria uma ação “privada”, quando se sabe que esta é sempre pública na medida em que todos têm o direito de provocar o exercício da função jurisdicional. Ademais, a lei expressamente admite a atuação de outros legitimados ativos para sua propositura, inclusive entes privados. Assim, conclui o autor:

O critério, pois, deixou de ser o da “diferenciação” (ação civil = ação não-penal), como também se afastou do aspecto subjetivo, uma vez que a ação pode ser proposta por algumas entidades públicas e privadas, expressamente autorizadas em lei, na busca da providência jurisdicional dos direitos metaindividuais⁶⁸⁴.

A expressão foi utilizada novamente pela CF no inc. III do art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: 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”. O CDC, ao contrário do diploma legal anterior, preferiu a expressão “ação coletiva”⁶⁸⁵, que, por sua vez, pode assumir um sentido amplo e outro restrito.

No sentido amplo, a expressão se refere a toda e qualquer ação que tutele direito coletivo *lato sensu*. Assim, é ação coletiva toda e qualquer ação de conhecimento

⁶⁸⁴ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 42.

⁶⁸⁵ Expressão encontrada em diversos dispositivos do CDC: “Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”; “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes” etc.

(declaratória, constitutiva, condenatório, mandamental ou executiva *lato sensu*), executiva ou cautelar que tenha por objeto direito coletivo, bem como as ações com formatos processuais próprios, como é o caso do *habeas data* coletivo, mandado de injunção coletivo, mandado de segurança coletivo, ação popular, ações direta de inconstitucionalidade /constitucionalidade⁶⁸⁶. No sentido restrito, ação coletiva é aquela ação civil que tutela direito coletivo sem possuir formato processual específico.

No presente estudo, utilizaremos a expressão “ação coletiva” no seu sentido mais restrito.

Vale mencionar que existe na doutrina quem afirme diferenciação entre a chamada “ação civil pública”, destinada à tutela de interesses essencialmente coletivos, e a “ação coletiva”, destinada à tutela de interesses individuais homogêneos⁶⁸⁷.

Outra diferenciação, realizada com base no legitimado ativo, é afirmada por Hugo Nigro Mazzilli. Para o autor, seria mais correto denominar “ação civil pública” para a ação ajuizada pelo Ministério Público e “ação coletiva” quando proposta por qualquer outro legitimado⁶⁸⁸.

Vale mencionar que no Código Modelo citado utiliza-se a expressão “ação coletiva”, e não “ação civil pública”⁶⁸⁹.

Não concordamos com qualquer diferenciação, pois entendemos existir entre os diplomas (LACP e CDC) uma perfeita integração, princípio este consubstanciado nos arts. 90 do CDC e 21 da LACP, que assim dispõem respectivamente:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁶⁸⁶ Nesse sentido: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 43-44; NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 34.

⁶⁸⁷ Teori Albino Zavaski entende que, “*ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos para tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo) (Processo coletivo, cit., p. 60).*”

⁶⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 69.

⁶⁸⁹ Art. 1º do Código Modelo Ibero-Americano de Direito Processual: “*Cabimento da ação coletiva – A ação coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.*”

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, “Todo o Título III do CDC pode ser utilizado nas ações de que trata a LACP, disciplinando o processo civil dos interesses difusos, coletivos ou individuais”⁶⁹⁰.

4.3. Considerações Gerais Sobre a Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas

4.3.1. Legitimidade para causa

Legitimidade para a causa é uma das condições da ação, bem como o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido⁶⁹¹. É o que se extrai do art. 267, VI, do CPC.

Nas palavras de Liebman:

Legitimação (ou legitimidade “*ad causam*”) é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda⁶⁹².

⁶⁹⁰ FIGUEIREDO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 994. O autor afirma que tal entendimento ainda deve prevalecer a despeito do veto presidencial do art. 89 que afirmava que as normas do Título III do CDC seriam aplicáveis a outros direitos e interesses difusos ou individuais homogêneos, tratados coletivamente. Isso porque “o veto presidencial não afetou os sistemas do CDC e da legislação extravagante que trata de aspectos processuais dos interesses difusos. Como efeito, o art. 21 da LACP, com a redação dada pelo art. 117 do CDC, determina que se apliquem à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC. Vê-se que esse artigo tem abrangência maior do que a do texto vetado do art. 89, pois não discrimina quais os interesses individuais que podem valer-se dos dispositivos do CDC, ao passo que o vetado art. 89 somente permitia a utilização dos dispositivos processuais do CDC para as ações que versassem sobre direitos individuais homogêneos tratados coletivamente”.

⁶⁹¹ “Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um julgamento favorável. Variam segundo a natureza do provimento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1. a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma pretensão; 2. a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3. o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 109).

⁶⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001, p. 107-108.

A legitimidade se relacionada com a lei substancial, sendo que é a lei substancial que determina quem está legitimado para discutir ou se opor à pretensão⁶⁹³.

4.3.2. A legitimidade ativa coletiva: característica e natureza jurídica

O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) trazem a legitimidade para as ações coletivas. Afirmam os dispositivos:

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 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público, II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Trata-se de uma legitimidade concorrente e disjuntiva⁶⁹⁴. Concorrente significa que a legitimidade de um ente não exclui a legitimidade do outro. Já a expressão disjuntiva indica que o legitimado pode, sozinho, promover a ação coletiva sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais co-legitimados. Ademais, indica que o

⁶⁹³ ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 260.

⁶⁹⁴ Essa terminologia foi defendida por Barbosa Moreira na obra: *Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 118. Pedro Lenza informa que, embora predominante da doutrina, essa terminologia não é unânime, tendo em vista diversas outras caracterizações, como: concorrente, autônoma e disjuntiva; concorrente disjuntiva e exclusiva; autônoma e concorrente. Mas afirma: “*Malgrado a existência de divergência terminológica, a doutrina comunga o entendimento de que a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais*” (*Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178-180).

autor do processo de conhecimento pode não coincidir com o autor da ação de liquidação ou execução⁶⁹⁵.

Além de ser concorrente e disjuntiva, para Antonio Gidi é também de legitimidade exclusiva, uma vez que se trata de um rol taxativo⁶⁹⁶.

Entretanto, a doutrina diverge quanto à interpretação. Para alguns doutrinadores, deve ser uma interpretação restritiva⁶⁹⁷. Para outros, uma interpretação flexível⁶⁹⁸. Sobre o tema, Hugo Nigro Mazzilli destaca:

A lei e a jurisprudência têm ampliado o rol de legitimados para a defesa de interesses transindividuais, ao admitir que ações em proveito de interesses coletivos sejam ajuizadas por síndico da massa falida, por comissão de representantes de adquirentes de unidades em condomínios ou incorporações, por condomínio de edifícios de apartamentos⁶⁹⁹.

Note-se que o legislador brasileiro optou por adotar vários entes legitimados, entes de natureza pública e privada⁷⁰⁰. Por essa razão, Pedro Lenza afirma a adoção de uma solução mista ou pluralista⁷⁰¹.

Quanto à natureza jurídica da legitimidade, tradicionalmente se classifica como ordinária e extraordinária. A regra clássica de legitimidade está prevista no art. 6º do CPC, que assim dispõe: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Como a regra é que é parte legítima somente aquele que se qualifique como titular do direito objeto da lide (legitimidade ativa) ou que caiba o dever de submissão à pretensão afirmada (legitimidade passiva), essa legitimidade é denominada ordinária. Por outro lado, é possível que a lei preveja, de forma excepcional, que uma pessoa demande em nome próprio em favor de terceiro. Essa legitimidade é denominada extraordinária⁷⁰².

⁶⁹⁵ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 55.

⁶⁹⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 38-39.

⁶⁹⁷ CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 76.

⁶⁹⁸ “(...) essa característica da exclusividade não deve ser interpretada de forma restritiva ou fechada, mas de forma aberta, flexível, de sorte a prestigiar sempre a ampliação dos legitimados coletivos para a ação civil pública ou para outras ações coletivas. É esse o espírito constitucional (art. 129, §1º e art. 125, §2º, ambos da CF/88). Por outro lado, tendo em vista a natureza constitucional e a relevância social da ação civil pública, não é razoável que se imprima interpretação restritiva e fechada quanto ao rol de seus legitimados ativos” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 135).

⁶⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 290.

⁷⁰⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 35-36.

⁷⁰¹ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da ação civil pública*, cit., p. 177.

⁷⁰² “Diz-se ordinária a legitimação quando o próprio titular da pretensão ou da resistência, um dos sujeitos da lide, comparece ou é chamado a comparecer em juízo. Extraordinária, quando, por disposição expressa, a lei autoriza alguém a acionar ou a sofrer a ação em seu próprio nome, mas

A natureza jurídica da legitimidade nas ações coletivas gera muita polêmica na doutrina⁷⁰³, principalmente no que diz respeito à natureza da legitimidade para a defesa dos direitos essencialmente coletivos, difusos e coletivos *stricto sensu*, os quais possuem objeto indivisível.

Alguns doutrinadores afirmam que se trata de legitimidade extraordinária, uma vez que o interesse objeto da demanda, que poderá pertencer a pessoas determinadas ou indetermináveis, sempre pertencerá a terceiros que não fazem parte da relação processual, característica própria da legitimidade extraordinária⁷⁰⁴.

Outra parte da doutrina sustenta que se trata de legitimidade ordinária, por afirmar que os legitimados estão em juízo em nome próprio defendendo seus próprios interesses, uma vez que atuam na defesa de seus interesses institucionais⁷⁰⁵.

Por fim, uma terceira corrente, posição inicialmente defendida por Nelson Nery Junior, com base na doutrina alemã, afirma a legitimidade como sendo uma legitimidade autônoma para a condução do processo, desprendendo-se da clássica classificação de legitimidade ordinária e extraordinária. A classificação bipolar legitimidades ordinária e extraordinária, estabelecida no CPC, é aplicável com perfeição apenas às lides individuais. Os autores Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram:

A dicotomia clássica legitimidade ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial pelos “prejudicados pela poluição”, pelos “consumidores de energia elétrica”, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos

defendendo pretensão de outrem ou respondendo por resistência alheia” (BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 55).

⁷⁰³ Sobre a polêmica travada quanto à natureza jurídica da legitimidade para a propositura de ação coletiva, são importantes as considerações realizadas por Antonio Gidi: “Nos dias atuais, em face da posituação em nosso direito, a questão vem perdendo a dimensão que teve em passado recente, à vista da expressa previsão legal de entidades legitimadas à propositura de ações coletivas (LACP, art. 5º; Código de Defesa do Consumidor, art. 82)” (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 39).

⁷⁰⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 204; MAZZILLI, Hugo Nigro *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 298-299; LENZA, Pedro *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 193. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 196; ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 78.

⁷⁰⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que as “ações coletivas, quando exercitadas por uma associação, que assim se coloca como uma ‘longa manus’ da coletividade interessada, pressupõem uma legitimação que deve ser tida como ordinária” (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137-138).

direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (...) a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-los⁷⁰⁶.

Quanto à natureza jurídica da legitimidade ativa para a tutela de direitos individuais homogêneos, a maioria da doutrina nacional entende que se trata de legitimidade extraordinária⁷⁰⁷.

4.3.3. A representatividade adequada

A LACP e o CDC, nos arts. 5º e 82, respectivamente, preveem os entes que possuem legitimidade para ajuizar demanda coletiva.

Por essa razão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a representação adequada no Brasil é *ope legis*, ao contrário, por exemplo, do sistema americano da *class action*, em que a representatividade é aferida pelo juiz no caso concreto (*ope judicis*)⁷⁰⁸.

Antonio Gidi posiciona-se de modo diverso, para o autor:

Em ambos os casos os critérios de aferição da legitimidade já estão previamente explicitados nos receptivos textos legais. A

⁷⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 246-247. Também entendendo que se trata de legitimidade autônoma para a condução do processo: PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 123; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, p. 700; ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68; CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça*, cit., p. 80-81. Antonio Gidi não nega a dissociação entre o titular do direito supraindividual e o legitimado processual, mas destaca: “há que se vislumbrar uma espécie de ‘direito próprio’ dessas entidades a defender os direitos superindividuais em juízo, já que ninguém mais poderia fazê-lo. Afinal alguém há de ser ordinariamente legitimado para a propositura de uma ação coletiva para que possa haver um outro que seja extraordinariamente. O extraordinário é um conceito relacional, e pressupõe a existência do ordinário da mesma forma que o especial pressupõe a existência do comum” (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 42).

⁷⁰⁷ Nesse sentido: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit, p. 53. Sustentando que, nesse caso, também é legitimidade autônoma para a condução do processo: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 136. Destaca o autor: “(...) não tem o legitimado ativo que identificar de forma individualizada os respectivos titulares para o ajuizamento de ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Basta que haja afirmação de direitos ou interesses individuais homogêneos que, por exemplo, estaria legitimado o Ministério Público para sua defesa ‘ex vi legis’. O que se conforma quando a tutela for, na espécie, condenatória, visto que, até que haja a habilitação das vítimas ou sucessores para a liquidação e execução da sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC, a demanda em questão é, sob o prisma processual, coletiva e a afirmação de direitos individuais homogêneos nela sustentada é indivisível. Até então o que se objetiva é que seja prolatado comando sentencial de conteúdo condenatório genérico; a divisibilidade só ocorre, em regra, posteriormente, com a habilitação dos interessados”. No mesmo sentido: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 45.

⁷⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 247. No mesmo sentido: ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 71.

única diferença reside no fato de que a “*adequacy of representation*” é um conceito juridicamente indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz e pelo sistema vinculante de precedentes, enquanto os requisitos exigidos no nosso direito positivo são de caráter bem mais objetivo⁷⁰⁹.

E, quando trata do princípio do devido processo legal coletivo, desenvolvido por Cappelletti, como uma renovação do princípio do devido processo legal individual, em que “os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo, são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado”⁷¹⁰.

Freddie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, da mesma forma entendem que, no ordenamento brasileiro, é possível que o juiz no caso concreto examine e controle a legitimação do ente coletivo. A análise da legitimidade se daria em duas fases:

Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle *in concreto* da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.

Para os autores, “a necessidade de controle judicial de adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva”⁷¹¹. E, tendo o juiz o poder/dever para aferir a representatividade adequada no caso concreto, não sendo o legitimado adequado, ele deve providenciar a substituição do legitimado, seja pelo Ministério Público, seja por qualquer outro legitimado, convocando-o por meio de publicação do edital⁷¹².

Gregório Assagra de Almeida, de modo diverso, afirma que o controle judicial da representatividade adequada é incompatível com os diplomas legais de tutela coletiva, afirmando que admitir essa possibilidade é uma tentativa de americanização do

⁷⁰⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 47

⁷¹⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*, cit., p. 78.

⁷¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 211. E destacam com um critério a existência de um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, a chamada “pertinência temática”.

⁷¹² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 215. Nesse sentido, existe uma previsão no Anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: “Art. 3º, § 4º: *Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação*”.

sistema de direito processual coletivo brasileiro. E tal possibilidade pode gerar a indesejável e inconstitucional restrição do acesso à justiça. Vale destacar, entretanto, que a lei brasileira prevê uma hipótese em que o juiz, no caso concreto, verifica a representação adequada, trata-se da possibilidade de dispensa do requisito da pré-constituição de um ano para as associações⁷¹³.

Por fim, o autor também afirma que, se houver eventual falha na representatividade, o próprio ordenamento brasileiro prevê formas de evitar que a ação não seja bem-sucedida: possibilidade de litisconsórcio ativo, facultativo (inclusive posterior), intervenção obrigatória do Ministério Público e assunção obrigatória do Ministério Público no caso de desistência do legitimado ativo⁷¹⁴.

Vale mencionar que o Código Modelo prevê como requisito essencial a adequada representatividade do legitimado. Trata-se de uma aferição da legitimidade no caso concreto. Quem exerce esse controle da adequada representatividade do legitimado, portanto, é o juiz. Entretanto não se trata de uma análise completamente livre, esta deve ser realizada com base em alguns critérios ditados pelo dispositivo legal, os quais estão previstos no § 2º do art. 2º:

Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Vale consignar apenas que o instituto da representatividade adequada relaciona-se umbilicalmente com a extensão da coisa julgada.

Nesse sentido, a importância da adequada representatividade existente no sistema da *class action* se relaciona com a extensão da coisa julgada naquele

⁷¹³ Dispõe o § 1º do art. 82 do CDC: “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 114.

⁷¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 113. Ainda segundo o autor: “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que criou o ‘direito processual coletivo’ como um novo do direito processual brasileiro, o sistema norte-americano deixou de ser um modelo para o Brasil. Temos um projeto constitucional, maravilhoso, o mais evoluído do mundo, e é a partir dele que devemos racionalizar e aperfeiçoar nosso sistema jurídico, especialmente no plano infraconstitucional. O nosso devido processo legal coletivo é outro, não mais americanizado, mas o decorrente das grandes conquistas consagradas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (p. 114).

ordenamento, uma vez que ela será *erga omnes* em qualquer caso, seja de procedência, seja de improcedência⁷¹⁵.

No caso do ordenamento brasileiro, a coisa julgada nas ações coletivas se opera de forma distinta, conforme se verá no decorrer do estudo.

4.4. Defensoria Pública

4.4.1. A legitimidade da Defensoria Pública antes da Lei n. 11.448/2007

A recente Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, acrescentou, expressamente, a Defensoria Pública no rol dos legitimados ativos previstos pela LACP⁷¹⁶.

A despeito, porém, de ser salutar a previsão expressa, evitando-se discussão acerca da matéria, é certo que a Defensoria Pública já possuía legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas antes da legislação reformadora de 2007.

Inicialmente, é importante destacar que o rol previsto no diploma legal referente à Lei da Ação Pública estava defasado em relação ao rol previsto no art. 82 do CDC. Isso porque o artigo do CDC previa alguns legitimados não previstos pela Lei de 1985.

Vejamos um quadro comparativo entre a antiga redação do art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC:

LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (Antes da Lei n. 11.488/2007)	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
1. Ministério Público	1. Ministério Público
2. A União, os Estados, os Municípios	2. A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal
3. Autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista	3. As entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica
4. Associações	4. Associações

Entretanto, a diferença entre os róis de legitimados não possui qualquer relevância prática, tendo em vista o princípio da perfeita integração dos diplomas legais

⁷¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 198.

⁷¹⁶ Vale mencionar que o Anteprojeto de Código Coletivo para a Ibero-América e o Projeto de Código Coletivo Brasileiro também preveem expressamente a legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas (art. 3º, III e art. 9º, IV, respectivamente).

da LACP com o CDC, princípio previsto nos arts. 21 da LACP e 90 do CDC. Esse princípio tem o condão de formar o chamado microsistema legal das ações coletivas. De tal sorte que os legitimados previstos no CDC são legitimados para qualquer ação coletiva, bem como os legitimados da LAC são legitimados para ajuizar qualquer ação coletiva em matéria de direito do consumidor.

Vejamos a redação do inc. III, do art. 82 do CDC: “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”.

O objetivo do legislador consumerista foi estender ainda mais a legitimidade para as ações coletivas.

Nesse sentido, afirma Nelson Nery Junior:

A tendência legislativa é, portanto, a de alargar, sempre que necessário e possível, a legitimidade do Ministério Público e dos demais co-legitimados para a defesa de direitos metaindividuais em juízo. Os entendimentos em contrário estão, portanto, na contramão da evolução do direito positivo brasileiro, “*concessa macima venia*”⁷¹⁷.

Destaque-se que o Código, portanto, concedeu personalidade judiciária a tais órgãos sem personalidade jurídica. Vale mencionar o que assevera Vincenzo Vigoti, citado por Rodolfo Mancuso Camargo:

A exigência da personificação jurídica do grupo, se é adequado às ações individuais (onde “justa parte” é o titular da pretensão), deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses superindividuais, pela natureza mesma desses interesses. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para serem aceitos na Justiça como tal, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinarem em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estados⁷¹⁸.

⁷¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 357.

⁷¹⁸ VIGOTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 49 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 145. O autor brasileiro, com base apenas no art. 5º da LACP (antes da vigência do CDC), sustentava a “*conveniência, de ‘lege ferenda’ de estender-se a legitimação ativa a certos órgãos públicos de reconhecida idoneidade, conquanto desprovido de personalidade jurídica, até porque também o espólio, o condomínio e a massa falida não têm, propriamente, ‘personalidade jurídica’, mas agem em juízo por seus representantes, no que vem chamando de ‘capacidade judiciária’*” (Idem, p. 146).

Quando o CDC afirma “direitos protegidos por este código”, em razão do citado princípio da perfeita integração, não está se referindo apenas à matéria de defesa do consumidor, mas também a questões “do meio ambiente, portadores de deficiência, de pessoas idosas ou quaisquer áreas afins, o que é consequência das normas de integração entre a LACP e CDC”⁷¹⁹.

Arruda Alvim *et al*, em sentido contrário, destacam que:

Pelos dizeres deste art. 82, inciso III, que se refere a órgãos “especificamente destinados à defesa de interesses e direitos protegidos por este Código”, estas expressões parecem significar que tais órgãos não devem ter outra finalidade, senão a de estarem com sua competência destinada à defesa a título coletivo do consumidor⁷²⁰.

Vale informar que ao tratarem da legitimidade das associações, entretanto, os mesmos autores afirmam que as associações podem ter outros objetivos, sem que, por essa razão, venham a desqualificar-se para os fins da legitimação⁷²¹.

Não concordamos com a leitura literal dos autores constante na primeira assertiva. O termo “especificamente” constante no inciso não deve ser interpretado como “exclusivamente”. Hugo Nigro Mazzilli também parece ser contrário ao entendimento restritivo dos autores mencionados, os quais afirmam que OAB, bem como as agências reguladoras, seriam legítimas para a propositura de ações coletivas⁷²².

⁷¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 273. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 166 e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 94.

⁷²⁰ ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 387.

⁷²¹ ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 387. Esse também é o posicionamento de Luiz Antonio Rizzatto Nunes: “Nada impede que a associação cumpra vários fins, dentre os quais a proteção dos interesses e direitos do consumidor, como, por exemplo, pode-se dar com um Sindicato, que a partir da Constituição Federal de 1988 tem a mesma natureza de associação. Basta que o sindicato inclua entre seus objetivos institucionais a defesa do consumidor. Do mesmo modo, se uma associação não tem como objetivo a salvaguarda de direitos e interesses do consumidor, mas resolve alterar seu estatuto social para incluí-la, a partir da alteração aprovada e registrada terá legitimidade para o ingresso da ação” (*Curso de direito do consumidor*, cit., p. 704).

⁷²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 273. No caso especificamente da OAB, assim afirma o autor: “Quando a OAB zela pela observância de interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente, os das pessoas portadoras de deficiências, os consumidores em geral), não está apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda a coletividade; desta forma, tal tutela se insere duplamente dentre dos objetivos da entidade (art. 44, I e II, do EOAB)”.

O ministro Francisco Falcão, por outro lado, quando do julgamento do recurso que questionava a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ações coletivas, antes da legislação que a tornou expressa, assim não entendeu⁷²³.

O relator, no voto, utilizando os argumentos expendidos pelo douto representante do Ministério Público, afirma que a expressão “especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos pelo CDC”, contida no inc. III, exclui a legitimidade da Defensoria Pública, uma vez que essa instituição tem como finalidade precípua a orientação jurídica e a defesa dos necessitados.

Para fundamentar sua posição, o Ministro cita o seguinte trecho de Kazuo Watanabe:

Não se limitou o legislador a ampliar a legislação para agir. Foi mais além. Atribuiu legitimação, “*ad causam*” a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para que os órgãos públicos como o PROCON (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor), bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo, mesmo sem personalidade jurídica⁷²⁴.

O referido doutrinador, entretanto, analisando o contexto da parte citada, não afirma em qualquer momento sobre a necessidade do órgão legitimado ter como exclusividade institucional a defesa dos interesses dos consumidores. No trecho, apenas utiliza o Procon como exemplo, tanto que utiliza a preposição explicativa “como”. E, ao falar sobre o Procon, afirma que se trata de um órgão especializado em defesa do consumidor. Como de fato o é.

Entretanto, o próprio STJ não se insurgiu contra a legitimidade da OAB na propositura de ação civil pública⁷²⁵. É notório que a referida entidade, representante da classe profissional dos advogados, não tem como função precípua a defesa dos interesses dos consumidores, mas sim a defesa dos interesses de quem ela representa: advogados e estagiários.

Também, antes da lei reformadora, o STJ já possuía julgado afirmando a legitimidade da Defensoria Pública. Vejamos:

⁷²³ STJ, 1ª Turma, REsp 734176/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 7.3.2006, DJ 27.3.2006, p. 196, v.u.

⁷²⁴ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 821.

⁷²⁵ Trata-se de um conflito de competência em uma ação pública ajuizada em litisconsórcio com o Ministério Público estadual contra o concurso público para o provimento do cargo de juiz substituto (STJ, 3ª Seção, CC 47613/TO, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, rel. para o acórdão Min. Paulo Medida, j. 22.6.2005, DJ 22.8.2005, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente a Justiça Estadual de Tocantins).

Processual civil. Embargos de declaração. Omissão no julgado. Inexistência. Ação civil pública. Defesa coletiva dos consumidores. Contratos de arrendamento mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido⁷²⁶.

A legitimidade da Defensoria Pública também fora reconhecida diversamente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷²⁷ e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁷²⁸.

⁷²⁶ STJ, 3ª T., REsp 555111/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 5.9.2006, DJ 18.12.2006, p. 363.

⁷²⁷ “Processual civil. Ação civil pública. Interesse coletivo dos consumidores. Legitimidade ativa da defensoria pública. 1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4.º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores. 2. Apelação provida” (Apelação Cível Nº 70014404784, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Araken de Assis, 12.4.2006).

⁷²⁸ “Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela de interesses consumeristas. Legitimidade ad causam do Núcleo de Defesa do Consumidor Defensoria Pública para a propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, com órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa ad causam da apelante” (Apelação Cível, n. 2003.001.04832, Sexta Câmara Cível, rel. Nagib Slaibi, j. 26.8.2003).

Na doutrina também se encontra a afirmação da legitimidade da Defensoria Pública antes da promulgação da lei reformadora⁷²⁹. Assim, conclui-se pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propositura de ações coletivas desde a vigência do CDC. A Lei n. 11.488/2007, portanto, apenas tornou expressa essa legitimidade, que já era extraída do ordenamento legal pátrio⁷³⁰.

Vale mencionar que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade visando declarar inconstitucional a Lei n. 11.448/2007, que introduziu expressamente a Defensoria Pública no rol dos legitimados ativos previstos pela LACP⁷³¹.

Os argumentos suscitados na peça inicial, em síntese, são: a) que a concessão de legitimidade à Defensoria Pública afetará a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Constituição lhe confere; b) que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira.

Os argumentos apresentados não se sustentam. Primeiro, porque, conforme já visto, a legitimidade para ações coletivas é concorrente e disjuntiva, de sorte que a legitimidade de um ente nunca poderá interferir na legitimidade de outro. Quanto ao segundo, o argumento trazido vai de encontro à abrangência do direito à assistência jurídica integral e ao direito da inafastabilidade da jurisdição⁷³².

Vale consignar também que a Constituição Estadual do Rio de Janeiro já previa a atuação coletiva da Defensoria Pública. Os dispositivos constitucionais, entretanto, foram impugnados por Ação de Direta de Inconstitucionalidade⁷³³.

⁷²⁹ Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 217; ALVARES, Anselmo Prieto. *A assistência jurídica gratuita e o direito das relações de consumo*, cit., p. 64.

⁷³⁰ SOUZA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas, cit., p. 235.

⁷³¹ Trata-se da ADIn n. 3.943, rel. Min. Cármen Lúcia.

⁷³² Vale observar que a professora Ada Pellegrini Grinover elaborou parecer nessa ação afirmando a legitimação da Defensoria Pública (Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 165, nov. 2008.

⁷³³ "Ação direta de inconstitucionalidade: impugnação a vários preceitos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com pedido de suspensão liminar dos arts. 100 (em parte), 159 (em parte), 176, "caput" (em parte) e seu par. 2., V, "e" e "f"; 346 e 352, parag. único: medida cautelar deferida parcialmente, sem suspensão do texto, quanto ao art. 176, par. 2., V, "e" e "f", e, integralmente, quanto aos arts. 346 e 352, parag. único (...) 3. Defensoria Pública: arguição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: a) a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses "coletivos" dos necessitados (art. 176, "caput"): denegação da liminar; b) patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses "difusos" (art. 176, par. 2, v, "e", l., parte): suspensão cautelar recusada; c) "idem", em favor de associações de defesa de interesses "coletivos" (art. 176, par. 2, V, "e", 2., parte): suspensão liminar deferida, em termos, para restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de

A Lei Complementar paulista (Lei n. 988/2006) também previu expressamente a possibilidade da promoção de coletiva para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*⁷³⁴.

Vale mencionar que o Anteprojeto de Código Coletivo para a Ibero-América também prevê expressamente em seu art. 3º, III, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas. Assim dispõe o art.: “São legitimados concorrentemente para a ação coletiva: O Ministério Público e o Defensor do Povo”.

Os diversos anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁷³⁵ também previam a legitimidade da Defensoria Pública.

4.4.2. A questão da pertinência temática

Reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública, faz-se necessário investigar mais a fundo acerca da incidência ou não do requisito da pertinência temática.

4.4.2.1. Conceito e natureza jurídica

A pertinência temática pode ser definida como a necessária inclusão, entre os fins institucionais, da defesa dos interesses objetos das ações coletivas propostas. Pode-se definir como “a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional”⁷³⁶.

Não há consenso na doutrina acerca da natureza jurídica da pertinência temática.

Gregório Assagra de Almeida afirma que se trata de condição de ação. Explica o autor:

meios para o custeio do processo; d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, par. 2, V, "f"): medida cautelar deferida em termos similares ao da alínea "c" supra. 4. (...)” (ADI-MC 558/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.8.1991, DJ 26.3.1993, p. 5001).

⁷³⁴ Arts. 53, II, e 162, VI, da Lei Complementar paulista.

⁷³⁵ Antonio Gidi observa que foram quatro os anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo publicados no Brasil durante os últimos anos: “1º) O primeiro anteprojeto publicado foi o Código de Processo Civil Coletivo, de autoria de Antonio Gidi, iniciado em 1993 e terminado em 2002 (Anteprojeto Original). 2º) O segundo, foi o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, iniciado em 2003 e aprovado em 2005, que teve como relatores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi (Código Modelo Ibero-Americano). 3º) O terceiro, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, iniciado no fim de 2003 e terminado em 2006, liderado por Ada Pellegrini Grinover (Anteprojeto USP). 4º) O quarto, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, iniciado em 2005 e terminado no mesmo ano, liderado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Anteprojeto UERJ/Unesa)” (Rumo a um Código de Processo Civil coletivo, cit., p. 1-2).

⁷³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 277. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “não há necessidade de previsão estatutária escrita para que se entenda legitimada, sendo suficiente que a associação defenda os direitos do consumidor (Leis civis comentadas, cit., p. 247).

a pertinência temática, especialmente em sua dimensão mais restrita ou específica, decorre da relação de conformidade ou de adequação que deve existir entre o direito ou interesse coletivo em sentido amplo que se pretende que seja tutelado jurisdicionalmente e os fins institucionais do representante adequado arrolado pelo legislador como legitimado ativo coletivo. Portanto, a pertinência temática, nesta dimensão mais específica, é forma de aferição concreta que recai sobre a atuação do ente coletivo dentro das finalidades institucionais. Assim, trata-se de conceito relacional e transitivo que precisa de complemento: tem pertinência temática para que?

O autor também questiona se a pertinência temática está atrelada à legitimidade ou ao interesse processual. Após realizar considerações acerca dos institutos no processo tradicional e no coletivo, conclui que a pertinência temática:

Diz respeito à atuação do legitimado ativo coletivo de acordo com as suas finalidades institucionais, conclui-se que ela está mais atrelada à legitimidade ‘ad causam’ do que ao interesse processual, pois estaria ela relacionada com ‘pertinência subjetiva’ que deve existir entre os fins institucionais do legitimado ativo coletivo e o direito ou interesse coletivo objeto da causa judicial por ele posta em juízo⁷³⁷.

Hugo Nigro Mazzilli, por outro lado, afirma que a pertinência temática se trata de interesse processual. Segundo o autor:

Uma associação civil pode estar constituída há menos de um ano e ter interesse processual (o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não pode dispensar uma condição da ação), ou, ao contrário pode ter finalidade institucional para defender o meio ambiente e pode estar constituída há vários anos, mas, em caso concreto, não ter interesse processual⁷³⁸.

Sérgio Shimura⁷³⁹ e Teori Zavaski⁷⁴⁰ também parecem entender que a pertinência temática se trata de interesse processual.

⁷³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 118-120. É importante mencionar que o autor realiza uma diferenciação entre pertinência temática geral e pertinência temática específica. A pertinência temática geral é a necessidade de se “aferir se a tutela jurídica pretendida pelo ente coletivo legitimado ativamente é realmente alguma espécie de direito ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (*Manual das ações constitucionais*, cit., p. 122).

⁷³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 296.

⁷³⁹ Ao tratar do tema da pertinência temática, assevera o autor: “Exemplificativamente, não se obriga interesse processual da Associação Paulista do Ministério Público em buscar a proteção de direitos dos bancários da cidade de Curitiba” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 89).

⁷⁴⁰ O autor, ao estudar a legitimidade dos co-legitimados ativos (com exceção do Ministério Público) afirma que “a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir” (ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 77).

4.4.2.2. *Pertinência temática e a Defensoria Pública – a figura do necessitado*

Inicialmente, é importante destacar que a Defensoria Pública tem legitimidade para a tutela de qualquer interesse metaindividual: difuso, coletivo *strito sensu* e individual homogêneo⁷⁴¹; porém resta a questão: a Defensoria Pública apenas seria legitimada quando presente a hipossuficiência econômica?

Gregório Assagra de Almeida sustenta a exigência da pertinência temática na legitimidade conferida à Defensoria Pública, de tal sorte que a instituição “somente poderia ajuizar ação civil pública para a defesa de direitos e interesses coletivos em geral de pessoas necessitadas, conforme se interpreta da combinação do art. 5º, II, da LACP, com o art. 134, *caput*, da CF/88”⁷⁴². No mesmo sentido manifesta-se Teori Zavaski, ao afirmar que a Defensoria Pública apenas poderá ajuizar ação civil pública que diga respeito a interesse de pessoas reconhecidamente carentes de recursos financeiros⁷⁴³.

Essa não é, porém, a nossa opinião.

Conforme salientado nos capítulos anteriores, a hipossuficiência trazida pela CF como requisito para a atuação da Defensoria Pública não diz respeito só aos hipossuficientes econômicos. Além destes, há também os necessitados jurídicos, que justificam a atuação da Defensoria Pública na defesa em processo criminal, na curadoria especial, na defesa do cidadão nos juizados especiais etc., sempre independentemente da condição econômico-financeira da parte.

Ademais, existem os carentes organizacionais, próprios de uma sociedade de massa, que, segundo Ada Pellegrini Grinover, são todos os indivíduos

que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea.

⁷⁴¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 162-163.

⁷⁴² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 124; SOUZA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas, cit., p. 244.

⁷⁴³ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, cit., p. 77. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas, p. 163; PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Coord. SOUSA, José Augusto Garcia de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 266.

Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo: o usuário de serviços públicos; os que submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado mobiliário; os segurados da Previdência Social; o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social e cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, mais atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo⁷⁴⁴.

Da mesma forma, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

se percebermos as dificuldades da sociedade de massa e as incessantes transformações sociais, certamente compreenderemos que a necessidade da assistência jurídica deve deixar de ser enfocada apenas da ótica da pobreza e passar a ser visualizada na perspectiva do cidadão envolvido na complexidade e, às vezes, nos conflitos da sociedade urbana em que vive⁷⁴⁵.

José Augusto Garcia de Souza identifica atualmente o fenômeno da “pluralização de carência”⁷⁴⁶.

Assim, embora seja estritamente verdadeiro que a atuação da Defensoria Pública como legitimado ativo para a propositura de ações coletivas deva ter como norte a função institucional da instituição preceituada na CF, o fato é que, conforme várias vezes repisado no decorrer do presente trabalho, os conceitos indeterminados utilizados pela CF não se restringem ao hipossuficientes econômicos, mas também aos hipossuficientes jurídicos, organizacionais etc. Tanto é verdade que a Defensoria Pública possui atividades típicas e atípicas.

Ademais, ao prever a legitimidade da Defensoria Pública, a legislação não realizou qualquer restrição. Previu a legitimidade de forma ampla e irrestrita⁷⁴⁷, tal qual fez com o Ministério Público.

⁷⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O acesso à justiça no ano 2000*, cit., p. 33. Também defendendo a hipossuficiência organizacional como fundamento para atuação da Defensoria Pública: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública*, cit., p. 46-47.

⁷⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 49-50.

⁷⁴⁶ SOUZA, José Augusto Garcia de. *A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas*, cit., p. 235.

⁷⁴⁷ ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria

Nesse sentido afirmam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior:

É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. Função típica é a que pressupõe hipossuficiência econômica, aqui há o necessitado econômico (v.g., defesa em ação civil ou ação civil para investigação de paternidade para pessoas de baixa renda). Função atípica não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o necessitado jurídico, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 9º II) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265)⁷⁴⁸.

O STJ parece conferir legitimidade ampla à Defensoria Pública⁷⁴⁹. Ademais, no STJ também não indica a necessidade de comprovação da figura do necessitado⁷⁵⁰.

Ainda que se entenda necessária a configuração de uma parcela de hipossuficientes econômicos, essa exigência pode ocorrer apenas em ações coletivas que tutelem direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

Isso porque, no caso dos direitos difusos, mesmo que se entendesse necessário demonstrar a qualidade de necessitado, não há como determinar os titulares do direito,

Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos*: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95-96.

⁷⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 216.

⁷⁴⁹ “Processual civil. Ação coletiva. Defensoria Pública. Legitimidade ativa. Art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 (redação da Lei nº 11.448/2007). Precedente. I. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. Este Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir 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. 3. Recursos especiais não-providos” (STJ, 1ª T., REsp 912849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.2.2008, DJE 28.4.2008, v.u.).

⁷⁵⁰ “Processual civil. Embargos de declaração. Omissão no julgado. Inexistência. Ação civil pública. Defesa coletiva dos consumidores. Contratos de arrendamento mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao ‘Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor’. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essenciais individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido” (STJ, 3ª T., REsp 555111/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 5.9.2006, DJ 18.12.2006, p. 363).

de sorte que, certamente, a tutela desses interesses beneficiará aos necessitados econômicos⁷⁵¹. Assim, por exemplo, como todos, indistintamente, têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo necessitado ou não, resta clara a legitimidade da Defensoria Pública na defesa do meio ambiente.

Outro aspecto: ainda que se exija a presença de população hipossuficiente econômica, bastaria a presença significativa desses indivíduos. Significativa, entende-se, a impossibilidade ou ser meramente desaconselhável a formação de litisconsórcio. Não necessitando constituir a maioria do grupo.

É certo que o fato de a necessidade de a ação beneficiar apenas hipossuficientes econômicos ser requisito, vai contra o bom senso; ou seja, o fato de a sentença em ação proposta pela Defensoria Pública beneficiar também quem não seja hipossuficiente econômico não pode ser um impeditivo à legitimidade da instituição, porque tal entendimento fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que, se fosse vedada a atuação da Defensoria Pública, o necessitado economicamente ficaria sem proteção jurisdicional. Ademais, é preciso ater-se a um aspecto prático: “para o Estado é indiferente se sua atuação aproveita apenas aos necessitados ou a estes e a outros grupos sociais indistintamente, tendo em vista a indivisibilidade ou origem comum do interesse”⁷⁵².

Assim, manifesta-se José Augusto Garcia: “a Defensoria estará legitimada sempre que uma ação coletiva puder beneficiar carentes, mesmo que façam parte de um grupo composto majoritariamente por não-carentes”⁷⁵³.

Vale trazer à colação o disposto no art. 20 do Antreprojeto do Código Modelo apresentado pelo Instituto Brasileiro de Processo Civil:

São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem necessitados, do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem, ao menos em parte, hipossuficientes.

⁷⁵¹ “A indeterminação quanto à titularidade e a indivisibilidade que caracterizam os direitos e interesses difusos tornam sua tutela plenamente compatível com o dever institucional de defesa dos necessitados, abrigado no art. 134 da Constituição Federal” (PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais*, cit., p. 268).

⁷⁵² PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais*, cit., p. 272.

⁷⁵³ SOUZA, José Augusto Garcia de. *A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas*, cit., p. 243.

Note-se que a redação do dispositivo visou delimitar a atuação da Defensoria Pública, porém com a utilização de conceitos indeterminados. Entretanto o projeto de alteração da LACP mantém a previsão genérica da legitimidade ativa de Defensoria Pública.

Insta observar que alguns diplomas preveem róis de legitimados ativos para a propositura de ações coletivas. É o caso do Estatuto do Idoso⁷⁵⁴ e da Lei Maria da Penha⁷⁵⁵. Em ambos os casos, porém, a Defensoria Pública tem legitimidade, pois a Lei n. 11.448/2007, posterior aos ordenamentos, introduziu a legitimidade da Defensoria Pública no diploma básico, que deve ser aplicado subsidiariamente.

No caso da ação de improbidade, há quem sustente que a Defensoria Pública tem legitimidade, a despeito de a Lei n. 8.429/92 prever apenas a legitimidade do Ministério Público ou a procuradoria do órgão administrativo, pois:

A Lei 11.448/07 é norma posterior e de aplicação geral, devendo ser observada extensivamente quanto à legitimidade ativa, por se tratar de garantia do exercício da cidadania. Ademais, a novel legislação inclui a Defensoria Pública em destacada posição (art. 5º, inc. II, da Lei nº 7.347/1985). Logo a seguir do Ministério Público e isolada dos demais legitimados, o que deixa transparecer a sua equivalência de atribuições coletivas com o órgão do Parquet⁷⁵⁶.

Outros, entretanto, sustentam que a legitimidade para a propositura dessas ações deve ser mais restritiva, tendo em vista os reflexos nas instâncias penais e, por vezes, na eleitoral⁷⁵⁷.

4.4.3. Obrigatoriedade

É importante considerar se a Defensoria Pública tem ou não a obrigatoriedade de ajuizar demanda coletiva. O legislador infraconstitucional conferiu a legitimidade a

⁷⁵⁴ Afirma o art. 81 da Lei n. 10.741/03: “Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; III – a Ordem dos Advogados do Brasil; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária”.

⁷⁵⁵ Destaca o art. 37 da Lei n. 11.340/06: “A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil”.

⁷⁵⁶ ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva, cit., p. 95.

⁷⁵⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civis públicas*: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos*: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157/171.

apenas alguns órgãos e, entre eles, a Defensoria Pública, instituição autônoma, conforme expressamente consta na CF.

Desta feita, tem a instituição autonomia para decidir se deve e quando deve atuar em demandas coletivas. Assim, caberá ao defensor público, analisando a situação em concreto, decidir se é caso ou não de considerar a propositura de demanda coletiva, tendo em vista a incidência da hipossuficiência, seja econômica, jurídica, organizacional etc.

Conclui-se, portanto, que o defensor público tem liberdade para visualizar a existência ou não de hipossuficiência que justifica ou não a atuação da Defensoria Pública como legitimada. Todavia, identificando a hipossuficiência, terá o dever de agir; não verificando a incidência, não poderá agir.

É importante destacar que, ao contrário do Ministério Público, que tem expressamente o dever de submeter sua decisão de arquivamento do inquérito civil, ou de peças de informação, ao Conselho Superior do Ministério Público⁷⁵⁸. No caso da Defensoria Pública, inexistente previsão, porém entendemos que, no presente caso, deve ser aplicado, analogicamente, o que está previsto nos incs. XII dos arts. 44, 89 e 128, que indicam ser prerrogativa do Defensor Público: “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio, comunicando o fato ao defensor público-geral, com as razões de seu proceder”.

Assim, o defensor público que entendeu não ser devida a propositura da demanda coletiva, deverá comunicar tal fato ao defensor público-geral. Caso este entenda de modo diverso, isto é, pelo ajuizamento da medida judicial, caberá a ele designar outro defensor público para fazê-lo, respeitando a independência funcional daquele que se recusou a propor a medida judicial⁷⁵⁹.

No caso, a Defensoria Pública é a parte legítima e não apenas o representante processual. Por essa razão, se a instituição entender que não deve ajuizar demanda coletiva, não há como esse fato ser questionado perante o Poder Judiciário. Trata-se de uma opção política da instituição.

Tal situação é diferente daquela em que determinada associação procura a Defensoria Pública para representá-la em ação coletiva. Nesse caso, a Defensoria

⁷⁵⁸ Afirma o § 1º do art. 9º da LACP: “Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público”.

⁷⁵⁹ Sobre a prerrogativa de o defensor público deixar de patrocinar a ação, ver item 3.8.3.5.

Pública só poderá negar o atendimento em razão da ausência da hipossuficiência ou no caso de ação teratológica. Sempre por meio de decisão fundamentada, normalmente passível de recurso administrativo perante a própria instituição. Essa negativa de atendimento poderá ser questionada perante o Poder Judiciário, ou seja, deverá a referida associação ajuizar demanda visando à anulação do ato. Isso porque, nesse caso, haverá o direito subjetivo da associação hipossuficiente. Da mesma forma como ocorre na denegação de atendimento para demandas individuais.

Questiona-se se a Defensoria Pública pode desistir da ação. No caso de a Defensoria ser a parte legítima, entendemos que isso apenas pode ocorrer se, no decorrer da ação for verificado que se trata de uma ação teratológica. Ademais, será necessário que tal desistência seja informada ao defensor público-geral.

No caso de a Defensoria Pública apenas representar judicialmente a associação, entendemos que somente pode ocorrer a desistência se a associação autora concordar com essa medida judicial.

4.4.4. Da importância da legitimidade ativa da Defensoria Pública

A negação da legitimidade da Defensoria Pública nas ações coletivas implicava e implica a violação da Constituição, com um ataque pluriofensivo ao princípio do acesso à justiça.

Primeiro por não conferir a efetiva e integral assistência jurídica, tendo em vista que excluiria da assistência jurídica a defesa de interesses metaindividuais. É importante destacar que a Constituição utiliza o adjetivo “integral”, sendo, portanto, inconstitucional qualquer movimento que visa a excluir da assistência jurídica a possibilidade de tutela. Tal exclusão viola frontalmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no inc. XXXV⁷⁶⁰, pois tal princípio inclui a defesa de interesses individuais e também dos difusos e coletivos⁷⁶¹.

Segundo, pela impossibilidade de a Defensoria Pública valer-se do instrumento tão importante para ao efetivo acesso à justiça.

⁷⁶⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

⁷⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 132.

Vale lembrar que os estudos realizados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth indicaram três ondas para o efetivo acesso à justiça, sendo a primeira a assistência jurídica, e a segunda, a adequada representação jurídica para a proteção dos interesses difusos. Ora, a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas é, na verdade, uma perfeita integração das ondas assinaladas pelos autores, de sorte a indicar um importantíssimo passo para o efetivo acesso à justiça⁷⁶².

Por meio da tutela coletiva é possível atingir a dimensão da assistência jurídica trazida pela CF de 1988, porque, muitas vezes, por meio de ações coletivas, mais do que por tutela jurisdicional, obtém-se uma transformação social⁷⁶³.

Sob um prisma pragmático, o reconhecimento da legitimação da Defensoria Pública para a defesa ampla dos interesses coletivos *lato sensu* é de suma importância para pulverizar a propositura de ações coletivas e retirar o quase “monopólio” que o Ministério Público tem em relação à propositura dessas ações, tentando até minorar essa sobrecarga da instituição⁷⁶⁴.

Rodolfo de Camargo Mancuso constata que:

A expectativa de que a atribuição da legitimação para a ação civil pública a um rol de co-legitimados se resolveria, espontânea e naturalmente, numa repartição equânime das iniciativas judiciais entre eles veio a frustrar-se na prática, acarretando uma sobrecarga para o co-legitimado sobre o qual pesa uma sorte de interesse presumido, de origem institucional, para atuar no campo dos interesses metaindividuais, no caso o Ministério Público⁷⁶⁵.

⁷⁶² Nesse sentido: BRITTO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva, cit., p. 1.

⁷⁶³ BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A dimensão da atuação da Defensoria Pública a partir do reconhecimento da sua legitimidade ativa para a propositura das ações transindividuais. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39. As autoras destacam a decisão cautelar obtida em processo coletivo que veda a venda de veículos financiados por instrumento de mandato sem o prévio conhecimento do agente financeiro, objetivando diminuir as ações individuais daqueles que alienam o veículo de forma irregular e pretendem não mais responder pelas obrigações contraídas depois da venda.

⁷⁶⁴ A respeito da sobrecarga do Ministério Público, afirma Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz: “*A multiplicação de casos a cargo do Ministério Público expõe, a meu ver, a Instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e burocratização da atuação e, sobretudo, o da perda de eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social. Futura revisão da lei deveria, assim, considerar o problema, mediante criação de mecanismos e estímulo do exercício da ação pelos co-legitimados, ainda que de forma preponderante nos casos mais simples, em que não houvesse necessidade de maior estrutura de investigação*” (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público, cit., p. 91).

⁷⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa. In: Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 244. Vale mencionar que o autor conclui

Sobre o tema, Sérgio Shimura destaca que o Ministério Público “tem se revelado como a principal instituição encarregada de promover as ações coletivas, seja pela sua independência funcional e estrutural, seja pelas prerrogativas que a Constituição Federal lhe outorgou”⁷⁶⁶. É importante lembrar que a Defensoria Pública também possui independência funcional, nos termos do § 2º do art. 134 da CF.

4.5. Os Outros Legitimados Ativos

Conforme já dito, além da Defensoria Pública, são legitimados ativos aqueles que estão previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. São, portanto legitimados: a) Ministério Público; b) pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); c) autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista; d) associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua entre os seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor; e) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa de interesses e direitos protegidos no Código de Defesa do Consumidor.

4.5.1. Ministério Público

Dispõe o art. 127 da CF: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. E complementa a art. 129, III: “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”.

Assim, respeitando a diretriz constitucional, a LACP e o CDC inserem no rol de legitimados o Ministério Público (art. 5º, I, da LACP e art. 82, I, do CDC).

A principal questão que envolve a legitimidade do Ministério Público é a possibilidade, ou não, de ajuizar ação coletiva visando à tutela de direito individual homogêneo.

que: “É válido e oportuno, pois, que alertas sejam feitos e incentivos sejam criados, inclusive, ‘lege ferenda’, em prol de uma participação mais solidária e equânime nesse campo” (A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública, cit., p. 250).

⁷⁶⁶ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 57-58.

Em princípio, os arts. 5º da LACP e 82 do CDC não realizam qualquer distinção entre a legitimidade do Ministério Público e os outros legitimados. Assim, *a priori*, todos os legitimados indicados nos citados artigos seriam legitimados para a propositura de qualquer ação coletiva, seja para a defesa de interesses difusos, coletivos *stricto sensu*, seja individuais homogêneos.

No caso do Ministério Público, o intérprete deve ater-se às disposições constitucionais que regulam essa instituição (arts. 127 e 129, III, da CF).

Tendo em vista os citados dispositivos constitucionais, parte da doutrina entende que o Ministério Público tem legitimidade apenas para a defesa de interesses difusos e coletivos e, no caso de direito individual homogêneo, somente quando o direito tutelado estiver indisponível. Isso porque os dispositivos constitucionais apenas mencionam os interesses difusos e coletivos, não fazendo menção aos individuais homogêneos⁷⁶⁷.

Ocorre que a CF não poderia trazer qualquer referência aos interesses individuais homogêneos, uma vez que essa expressão só foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo CDC, em 1990⁷⁶⁸.

Com uma visão mais abrangente, discorre Kazuo Watanabe: “Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade”⁷⁶⁹.

No mesmo sentido, manifesta-se Gregório Assagra de Almeida: “Quando o Ministério Público atua na defesa de interesses individuais homogêneos, está ele, na verdade, materializando demanda única, que visa garantir e facilitar o acesso à justiça aos interessados; está presente, portanto, o interesse social que o legitima”⁷⁷⁰.

Marcelo Abelha, também adota a posição mais ampla acerca da legitimidade do Ministério Público, e destaca:

A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos representa um veículo, um canal de acesso à

⁷⁶⁷ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 157; ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 76-77; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 212-213.

⁷⁶⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 494. Esse argumento também foi utilizado por Nancy Andriahi no julgamento do REsp 279273/SP (STJ, 3ª T., REsp 279273/SP, rel. Min. Ari Pargendler, rel. para acórdão Nancy Andriahi, j. 4.12.2003, DJ 29.3.2004, p. 230, por maioria) para conferir legitimidade ao Ministério Público na tutela de direito individual homogêneo. Acórdão citado em: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 58.

⁷⁶⁹ WATANABE, Kazuo. *Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 818.

⁷⁷⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 494.

justiça de interesse social. Não só de interesse social pelo diapasão da dimensão coletiva dos beneficiários de tal demanda, que deverão promover a liquidação “*a posteriori*”, mas também sob o ponto de vista do acesso à justiça e ao próprio Poder Judiciário, à medida que representa enorme economia processual com ganho máximo de atividade jurisdicional⁷⁷¹.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam outro importante argumento:

A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva “*tout court*”) são, “*ex vi legis*” de interesse social (CDC 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82, I dá ao MP de promover a “ação coletiva”, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social. As teses restritivas, portanto, inclusive a que entende ser inconstitucional o CDC 82 I, não se amoldam ao texto constitucional, razão que não podem ser acolhidas, “*maxima venia concessa*”⁷⁷²

Por fim, para confirmar a legitimidade do Ministério Público, com base no próprio dispositivo constitucional, tem-se a permissão, no art. 129, IX, de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade⁷⁷³.

A posição ampliativa da legitimidade do Ministério Público é adotada pela Súmula n. 7º do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo de forma temperada:

O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Embora a súmula reconheça a legitimidade do Ministério Público para tutelar direitos individuais homogêneos, ela também exige que estes sejam qualificados, ou seja, que “tenham expressão para a coletividade”

Uma questão que se mostra muito importante quando adotada tal posição é definir como se consubstancia a relevância social. No caso da súmula do Conselho

⁷⁷¹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 73.

⁷⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 246.

⁷⁷³ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 58; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 494-495.

Superior do Ministério Público de São Paulo, existe uma indicação um pouco mais precisa sobre o que são interesses socialmente relevantes. Assim, são reconhecidos como interesses de relevância temas relacionados à educação, saúde, aquisição de casa própria, a títulos de capitalização etc.⁷⁷⁴

Existem julgados do STJ afirmando a ilegitimidade do Ministério Público quando inexistente a relevância social⁷⁷⁵, e julgados afirmando a legitimidade quando presente a relevância⁷⁷⁶.

Vale informar que o STJ não admite a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos relacionados à questão tributária e previdenciária⁷⁷⁷.

Pode-se pensar na incidência do princípio da obrigatoriedade da propositura de ação coletiva para o membro do Ministério Público, tal qual ocorre na ação penal pública⁷⁷⁸. A incidência de tal princípio não significa que o Ministério Público seria obrigado a propor toda e qualquer ação coletiva, porque a adoção dessa posição, ressalta Pedro da Silva Dinamarco, tem como consequência a propositura de ações

⁷⁷⁴ WATANABE, Kazuo. *Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 819-820.

⁷⁷⁵ “Processual civil. Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Interesses individuais homogêneos. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, quando inexistente relevante interesse social compatível com a finalidade da instituição. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, 4ª T., REsp 613493/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 4.8.2005, DJ 20.3.2006, p. 281, v.u.).

⁷⁷⁶ “Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Locação predial urbana. Inexistência de relação de consumo. 1. De acordo com precedente da Corte Especial, o Ministério Público está legitimado para defender direitos individuais homogêneos que tenham repercussão no interesse público. 2. A Lei nº 8.078/90 – Cód. de Defesa do Consumidor – não se aplica às locações de imóveis urbanos, regidas pela Lei nº 8.245/91. Jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas. 3. Agravo regimental improvido” (STJ, 6ª T., AgRg no Ag 590802/RS, rel. Min. Nilson Naves, j. 30.5.2006, DJ 14.8.2006, p. 340, v.u.).

⁷⁷⁷ Nesse sentido: “Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Empréstimo compulsório. Aquisição de veículos e combustíveis. Decreto-lei 2.288/86. Ministério Público. Legitimidade. Inexistência. Matéria tributária. Provimento do recurso especial. 1. O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a devolução de valores referentes ao empréstimo compulsório sobre veículos e combustíveis, por suposta inconstitucionalidade, uma vez que trata-se de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, devendo ser defendidos, portanto, por seus titulares, os quais, como contribuintes, não podem ser equiparados a consumidor. 2. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213.631/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 7.4.2000, p. 288) e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na Pet 1.093/RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 16.12.2002, p. 223 – RSTJ 166/21). 3. O ajuizamento da ação civil pública em data anterior à edição da Medida Provisória 2.180-35, de 24.8.2001, não altera tal entendimento (REsp 761.340/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005, p. 319). 4. Recurso especial provido” (STJ, 1ª T., REsp 521807/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 6.12.2005, DJ 1.2.2006, p. 433, v.u.).

⁷⁷⁸ Sobre o princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, manifesta-se Rogério Lauria Tucci: “tem-se como obrigatória a atuação judicial do Ministério Público, a cujo membro é vedada qualquer manifestação oriunda de poder dispositivo (indisponibilidade), inclusive, obviamente, a concernente à retratação dos atos regularmente praticados (irretratabilidade): a infração à lei penal, ao mesmo tempo em que gera para o Estado o ‘ius puniendi’, impõe ao Ministério Público o dever de agir em face do respectivo agente; dever este, certamente inarredável” (Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (Estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116).

absolutamente impertinentes por membros do Ministério Público, sob pena de serem penalizados pessoalmente⁷⁷⁹.

O que se deve extrair da incidência desse princípio, no caso, é que o Ministério Público tem liberdade para visualizar a existência ou não de interesse público. Portanto, identificando o interesse público, o Ministério Público terá o dever de agir⁷⁸⁰. Quando não for autor da demanda, deverá, obrigatoriamente atuar como fiscal da lei (art. 5, § 1º, da LACP e art. 92 do CDC). O objetivo dessa previsão foi evitar simulações ou colisões entre os sujeitos do processo⁷⁸¹.

Há quem entenda que essa atuação do Ministério Público como fiscal da lei apenas deve ocorrer quando, em virtude das partes ou pela natureza da matéria questionada, os direitos forem indisponíveis⁷⁸². A lei destaca, porém, a obrigatoriedade em qualquer ação coletiva, e não apenas aquelas que tutelam direitos indisponíveis.

Além de atuar como fiscal da lei, também o ordenamento encarregou essa instituição de assumir o polo ativo da ação, quando houver o abandono ou desistência da ação coletiva pelo legitimado ordinário. Dispõe o § 3º art. 5º da LACP: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

Note-se que o dispositivo apenas trata da desistência por parte da associação, e não de todos os legitimados para a ação coletiva. A doutrina, entretanto, interpreta o dispositivo como hipótese de desistência da ação coletiva por qualquer legitimado⁷⁸³.

Ademais, embora o texto legal utilize a expressão imperativa “assumirá”, entende-se que o membro do Ministério Público poderá verificar se o prosseguimento da ação em curso atende, ou não, ao interesse público⁷⁸⁴. Se atender, a nosso ver, o

⁷⁷⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 210.

⁷⁸⁰ Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 80-81.

⁷⁸¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 229.

⁷⁸² Nesse sentido: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 217. O autor cita o julgado: RT, 731/291.

⁷⁸³ Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 128; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 363-364; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 934; ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 116. Em sentido contrário, afirmando a incidência da norma apenas no caso de desistência de associação ou sindicato: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 231.

⁷⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 127; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 371. Nelson Nery Junior destaca sobre o tema o seguinte: “Caberá ao Ministério Público verificar se a desistência é ou não é fundada. Há discricionariedade quando a lei coloca à disposição da administração pública dois ou mais caminhos, todos lícitos, para que ela possa optar pelo que mais lhe convier. No caso sob exame, não há discricionariedade para o órgão do parquet, mas, sim,

Ministério Público estará obrigado a prosseguir com a ação, da mesma forma que estaria obrigado a propô-la a ação⁷⁸⁵.

No caso de desistência por parte do Ministério Público, a despeito de inexistir qualquer disposição legal, João Batista de Almeida aponta dois requisitos: que o ato se revista de caráter de excepcionalidade, e que tais atos (de desistência ou renúncia) sejam homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público, por aplicação analógica a cautela prevista para o arquivamento do inquérito civil e das peças de informações (art. 9º, §§ da LACP)⁷⁸⁶.

O § 2º do art. 81 do Estatuto do Idoso, ao tratar da desistência, não realiza diferença entre desistência fundada e desistência infundada: “Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa”. Todavia deve ser interpretado da mesma forma, qual seja, o Ministério Público estando obrigado apenas quando a desistência for infundada.

Merece destaque também a obrigatoriedade de o Ministério Público executar sentença condenatória obtida em processo coletivo.

4.5.2. Pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista; entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica

A atribuição de legitimidade à União, Estados, Distrito Federal⁷⁸⁷ e Municípios decorre diretamente do mandamento constitucional constante no art. 5º, inc. XXXII da CF: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

integração de um conceito jurídico indeterminado: sendo fundada a desistência, pode o parquet deixar de assumir a posição de autor da ação civil pública: sendo infundada a desistência, terá ele, necessariamente, de prosseguir no polo ativo da relação processual” (O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 932-933).

⁷⁸⁵ Em sentido contrário: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 232.

⁷⁸⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 155-156.

⁷⁸⁷ Vale mencionar que o Distrito Federal não tinha previsão expressa no art. 5º da LACP; porém, a despeito do silêncio da LACP, já era concedida a legitimidade a esse ente tendo em vista o princípio federativo (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 82). Com o CDC foi suprimida a omissão do legislador, já que o art. 82 passou a prever expressamente o Distrito Federal como legitimado ativo.

A atribuição a essas pessoas, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, foi uma solução publicista do ordenamento brasileiro, que é a mesma solução adotada por outros países⁷⁸⁸.

O primeiro grupo é formado pelas pessoas de direito público, que são dotadas de legitimidade para a propositura de ação coletiva. Embora inexista qualquer limitação expressa, entende-se que a atuação desses entes públicos está circunscrita à verificação do interesse social do respectivo espaço territorial onde eles se constituem⁷⁸⁹.

Isso não significa, entretanto, que um Estado-membro esteja impedido de propor uma ação coletiva em outro Estado-membro, mas será necessário que a ação proposta busque a tutela de interesse social do Estado legitimado ativo. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery exemplificam a questão com a possibilidade de atuação na defesa do meio ambiente, uma vez que esse direito transcende o campo de interesse individual de cada Estado⁷⁹⁰.

E, no caso da União, em tese, deverá se preocupar com interesses de âmbito nacional, porém não será vedada de adotar iniciativa da tutela de interesses locais ou regionais, principalmente quando omissos os co-legitimados⁷⁹¹.

Lamentavelmente, porém, o que se verifica, na prática, é verdadeira omissão dos entes públicos. Nesse sentido manifesta-se Rodolfo de Camargo Mancuso:

Não deixa de causar certa perplexidade o fato – revelado pela simples observação – de os entes políticos, presumidamente os maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum, parecerem, todavia, desmotivados para o exercício da ação civil pública. Com isso, além de passarem a desgastante imagem de omissão, ou de conivência, ante as ameaças e danos infligidos aos interesses metaindividuais, ainda se arriscam a figurar... no polo passivo das ações civis públicas!⁷⁹².

Com a mesma indignação, afirma Pedro da Silva Dinamarco: “essa ‘desmotivação estatal’ causa certa perplexidade, pois os entes políticos são,

⁷⁸⁸ Sobre o tema, ler: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 152-162.

⁷⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 126. No mesmo sentido: WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 759.

⁷⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 487.

⁷⁹¹ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 759; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 247.

⁷⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 152.

presumidamente, os maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum⁷⁹³.

Para os órgãos previstos no inc. III do art. 82, não se exige a pré-constituição anual⁷⁹⁴.

O art. 82 do CDC, conforme já visto, ampliou a legitimidade ativa, estendendo-a às entidades e aos órgãos da Administração Pública direta ou indireta ainda que sem personalidade jurídica.

Lembrando que, em razão do princípio da perfeita integração entre os ordenamentos da LACP e do CDC, quando o texto legal utiliza a expressão “direitos protegidos por este código”, não está se referindo apenas à matéria de defesa do consumidor, mas sim a qualquer direito coletivo.

Quanto à necessidade de pertinência temática há divergência na doutrina. Gregório Assagra de Almeida⁷⁹⁵, Pedro da Silva Dinamarco⁷⁹⁶ e Hugo Nigro Mazzilli⁷⁹⁷, acertadamente, afirmam que a pertinência temática aplica-se apenas à administração indireta. Teoria Zavaski afirma ser exigível na administração direta e indireta⁷⁹⁸.

Luiz Manuel Gomes Junior⁷⁹⁹ aponta um julgado do STJ em que se reconheceu a legitimidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (administração indireta) para postular a retirada de camelôs da calçada do centro, ou seja, não se exigiu qualquer pertinência temática, uma vez que a pretensão em juízo não possuía qualquer relação com a empresa pública mencionada.

4.5.3. Associação

A legitimidade da associação está prevista no inc. IV do art. 82 do CDC e no inc. V do art. 5º da LACP.

⁷⁹³ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 257.

⁷⁹⁴ Nesse sentido: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 387; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 275; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 149.

⁷⁹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 117

⁷⁹⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 260-261.

⁷⁹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 278.

⁷⁹⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 77.

⁷⁹⁹ Trata-se do RESp 236.499/PB, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.4.2000, DJ 5.6.2000, p. 125, por maioria de votos. GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*, cit., p. 59.

Inicialmente, vale destacar que a CF prevê como fundamental o direito da livre associação para fins lícitos. Ademais, declara que a criação de associação independe de autorização judicial, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. E mais, que só pode ser compulsoriamente extinta por meio de decisão judicial. Por fim, garante que ninguém será compelido a associar-se ou a manter-se associado⁸⁰⁰.

A importância dessa legitimidade é singular, pois ela confere uma aproximação fundamental do cidadão com a jurisdição⁸⁰¹.

Antonio Gidi aponta as organizações civis como o principal ente legitimado à propositura de ações coletivas, tendo em vista que é a comunidade ou a coletividade que é o titular primeiro da lide coletiva. Já a legitimidade dos órgãos públicos deve ser meramente subsidiária e,

se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro, é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação⁸⁰².

Assim, a atuação do Ministério Público deve ser entendida como uma atuação supletiva em relação à sociedade⁸⁰³.

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso:

O processo de conscientização da coletividade pelo exercício da cidadania é mesmo lento e gradual, de sorte que impende dar tempo ao tempo, até que os cidadãos, isoladamente ou em grupo, estejam imbuídos de que podem e mesmo devem participar da gestão da coisa pública também mediante a condução, à Justiça, dos conflitos metaindividuais, mormente pelo manejo da ação civil pública⁸⁰⁴.

Pedro da Silva Dimamarco também destaca a necessidade de priorizar a atuação da própria sociedade na defesa dos interesses grupais, especialmente por meio de associações. Segundo o autor, essa é a forma mais democrática de atuação⁸⁰⁵. Nesse contexto, cita o doutrinador italiano Vittorio Denti: “parece indubitável que a utilização

⁸⁰⁰ Incs. XVII, XVIII, XIX e XX da CF.

⁸⁰¹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, cit., p. 66.

⁸⁰² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 36.

⁸⁰³ ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148.

⁸⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 106.

⁸⁰⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 211.

das ações judiciais dos interesses coletivos vai enquadrada no amplo contexto da participação pública”⁸⁰⁶.

No mesmo sentido, manifesta-se Pinto Ferreira: “A possibilidade de atuação das associações comunitárias permite maior democracia participativa, visando à proteção de valores e bens coletivos”⁸⁰⁷.

Infelizmente, na prática, não existe uma atividade em larga escala de associações na defesa dos interesses coletivos. Sobre o tema, em 1993, Barbosa Moreira informa que:

No Estado do Rio de Janeiro são 100 ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos Direitos do Consumidor, são 95 ações do Ministério Público para 10 de associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis⁸⁰⁸.

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz externa sua preocupação acerca da preponderância da atuação do Ministério Público, uma vez que tal fenômeno

é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada “sociedade civil”, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade⁸⁰⁹.

A Defensoria Pública, no papel de educadora de direitos, tem como dever fomentar a formação e o fortalecimento da sociedade civil organizada⁸¹⁰.

Outra forma de incentivar a legitimidade das associações é a Defensoria Pública representar apenas processualmente a associação, que será a legitimada ativa. Outra possibilidade é formar litisconsórcio com associações para a tutela de interesses coletivos.

Não se trata, portanto, de substituir a associação, mas sim de auxiliá-la nesse papel de suma relevância.

⁸⁰⁶ DENTI, Vittorio. *Relazione introdutiva*, n. 2, p. 7 apud DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 211.

⁸⁰⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira* vol. 1., cit., p. 130.

⁸⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação civil pública*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, p. 192, 1993.

⁸⁰⁹ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*. *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

⁸¹⁰ O papel proativo da Defensoria Pública será tema do capítulo seguinte.

Na hipótese de a Defensoria Pública apenas representar a associação em juízo, para ocorrer tal legitimação, é essencial que a associação seja considerada hipossuficiente econômica, nos termos da regulamentação de cada Defensoria Pública⁸¹¹. Entendemos que, nesse caso, deve ser aferida a situação econômica da associação, e não a qualidade de hipossuficiente dos eventuais beneficiários da tutela jurídica pretendida⁸¹². É claro que, em razão da natureza dos interesses envolvidos, bem como da situação concreta da associação, a aferição à hipossuficiência econômica pode ser mais alargada pela instituição.

Sobre o tema, é importante trazer ao estudo o veto constante no inc. XII do art. 4º da Lei Complementar n. 80/94, que afirmava a possibilidade de a Defensoria Pública “patrocinar ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa do meio ambiente e a proteção de outros interesses difusos e coletivos”. Constam como razões do veto: a) a impossibilidade de associação figurar como necessitado, posição já superada, conforme tivemos oportunidade de analisar no capítulo 2; b) a Defensoria Pública ser órgão de tutela de interesse individual, entendimento não compatível com a abrangência do direito à assistência jurídica integral e do princípio da inafastabilidade da jurisdição; c) que a atuação da associação como legitimada independe da atuação de qualquer órgão estatal, fato que é verdade, mas que por si só não afasta a possibilidade de o órgão destinado à assistência jurídica integral auxiliar a sociedade civil organizada a exercer esse importante papel no Estado Democrático de Direito.

Também merece destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava dispositivo semelhante ao anteriormente citado, constante na Constituição Estadual do Rio de Janeiro⁸¹³. Em cognição sumária, o STF entendeu que, no caso das entidades que visam à tutela de direito difuso, não é necessário investigar a condição de hipossuficiência, tendo em vista o caráter altruísta dessas entidades⁸¹⁴.

⁸¹¹ Sobre o requisito da hipossuficiência econômica da pessoa jurídica ler item 2.8.2.1.

⁸¹² Em sentido contrário, entendendo que os limites da atuação da Defensoria Pública, como assistente judicial nas ações coletivas voltadas à tutela de interesses transindividuais, são demarcados pela existência de compatibilidade entre o interesse a ser tutelado e a situação de hipossuficiência, sem se importar com a situação financeira da entidade assistida: PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial*, cit., p. 268.

⁸¹³ Afirmava o dispositivo: “Art. 179, §3º: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras que lhe são inerentes, as seguintes: V – patrocinar: e) ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos”.

⁸¹⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade: impugnação a vários preceitos da Constituição do Estado do

A Lei Complementar paulista n. 988/2006 afirma também essa atuação:

São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, entre outras: VI – promover: h) a orientação e a representação judicial das entidades civis que tenham dentre as suas finalidades a tutela de interesses dos necessitados, desde que não disponham de recursos financeiros para a atuação em juízo.

Ademais, como a legitimidade é da associação, e não da Defensoria Pública, devem ser observados os requisitos próprios para a legitimação da associação. São exigidos dois requisitos.

O primeiro, de ordem objetiva, é a exigência de pré-constituição da associação por no mínimo um ano⁸¹⁵. O objetivo é evitar que associações não suficientemente sólidas ajuízem ações coletivas sem o devido cuidado⁸¹⁶, bem como evitar a constituição de associação *ad hoc* que, por motivos políticos, esteja visando à propositura de uma ação coletiva específica⁸¹⁷.

Assim, deve a associação estar regularmente constituída nos termos da lei civil, com o devido registro de seu estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas⁸¹⁸. A partir de então, deve-se contar o prazo de 1(um) ano para a propositura da ação⁸¹⁹.

Rio de Janeiro, com pedido de suspensão liminar dos arts. 100 (em parte), 159 (em parte), 176, "caput" (em parte) e seu par. 2., V, "e" e "f"; 346 e 352, parag. único: medida cautelar deferida parcialmente, sem suspensão do texto, quanto ao art. 176, par. 2., V, "e" e "f", e, integralmente, quanto aos arts. 346 e 352, parag. único (...) 3. Defensoria Pública: arguição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: a) a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses "coletivos" dos necessitados (art. 176, "caput"): denegação da liminar; b) patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses "difusos" (art. 176, par. 2., v, "e", l., parte): suspensão cautelar recusada; c) "idem", em favor de associações de defesa de interesses "coletivos" (art. 176, par. 2., V, "e", 2., parte): suspensão liminar deferida, em termos, para restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo; d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, par. 2., V, "f"): medida cautelar deferida em termos similares a da alínea "c" supra. 4. (...)” (ADI-MC 558/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.8.1991, DJ 26.3.1993, p. 5001).

⁸¹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso nos informa que ordenamentos jurídicos estrangeiros também conferem legitimidade apenas às associações legalmente constituídas (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 141-144).

⁸¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 140.

⁸¹⁷ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 762; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 242.

⁸¹⁸ Afirma o art. 45 do CC: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

⁸¹⁹ Pedro da Silva Dinamarco indica um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que dispensou o requisito de um ano, por entender que, no momento da decisão judicial, a associação já teria completado um ano, sendo excesso de formalismo extinguir o processo. Trata-se do Agravo de Instrumento n. 16.150.5/4, relatado pelo Des. Antônio Raphael Silva Salvador (*Ação civil pública*, cit., p. 244).

Vale destacar que não se deve exigir o prazo de um ano do registro de eventual alteração estatutária para tornar a associação legítima para a nova matéria introduzida em seu estatuto, uma vez que o prazo da anuidade tem como escopo evitar a formação de associações de má-fé⁸²⁰.

A despeito de prever esse requisito de pré-constituição, o legislador permite que, em algumas hipóteses, o juiz o dispense. Dispõe o § 1º do art. 82 do CDC: “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Sobre os critérios para a dispensa do requisito da pré-constituição, é importante destacar o que afirma Pedro da Silva Dinamarco:

Esse interesse social não diz respeito à demanda em si, pois ele estará sempre presente, em tese, na demanda coletiva. Se o interesse estivesse na demanda em si, essa exigência legal tornar-se-ia inócua, portanto, violando a regra básica de hermenêutica segundo a qual a lei não pode ser interpretada de forma a tornar inúteis certas palavras. O interesse social a que se refere a lei é, portanto, na dispensa do prazo de um ano. Assim, apenas na hipótese de a espera pelo decurso do prazo anual poder trazer algum dano irreversível ao bem tutelado na demanda coletiva é que o juiz poderá dispensá-lo⁸²¹

A possibilidade de dispensa pode ser em ação coletiva que tutele direito difuso, coletivo ou individual homogêneo⁸²².

⁸²⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 704. Em sentido contrário, afirmando a necessidade de contar um ano após a alteração do estatuto: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 242.

⁸²¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 243. Vale mencionar algumas decisões em que o STJ decidiu sobre a possibilidade de dispensa: “*Caderneta de poupança. Diferença de rendimentos. Legitimidade de parte ativa de associação de defesa do consumidor. Dispensa do requisito da pré-constituição. Relação de consumo. Defesa dos direitos individuais homogêneos. – Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação. – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes. – A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. – Orientação imprimida pela c. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 106.888/PR). Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito*” (STJ, 4ª T, REsp 145650/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.4.2004, DJ 14.6.2004, p. 221, v.u.). “*Ação civil pública. Conjunto residencial. Mutuários. Sistema financeiro da habitação. Mudança dos moradores diante do risco de desabamento. Requisito da pré-constituição há um ano dispensado. – Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação. Recurso especial não conhecido*” (STJ, 4ª T, REsp 520454/PE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.4.2004, DJ 1.7.2004, p. 204, v.u.).

⁸²² Em sentido contrário, Ricardo Negrão afirma que essa dispensa apenas é possível nos casos de defesa dos direitos individuais homogêneos (*Ações coletivas*, cit., p. 240).

A lei prevê apenas a dispensa da pré-constituição pelo prazo de 1 (um) ano, porém não prevê a necessidade de ser legalmente constituída.

O segundo requisito, de ordem subjetiva, é a pertinência temática entre os fins institucionais da associação e a tutela posta em juízo. Afirma o inc. IV do art. 82: “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

Há quem indique a existência de pertinências temáticas primária e secundária. Existe pertinência temática primária quando o ente atuar na defesa dos interesses relacionados à sua finalidade institucional principal. Por outro lado, será secundária quando o ente atuar em defesa de finalidades institucionais que não a principal⁸²³.

Sobre a previsão de outras finalidades, Nelson Nery afirma que não cabe ao juiz verificar a conveniência de outras finalidades constar dos estatutos⁸²⁴.

A despeito de a legislação infraconstitucional não arrolar expressamente o sindicato como legitimado ativo para a propositura de ação civil coletiva, ao contrário do que fez a CF, ao prever os legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo, não há dúvidas de que as entidades sindicais, em vista da sua natureza de associação civil, são legitimadas para a propositura de ação coletiva ordinária⁸²⁵. E, nesse contexto, a pertinência temática também lhe é exigida⁸²⁶.

Hugo Nigro Mazzilli estende também a legitimidade para a propositura de ação coletiva para os partidos políticos, tendo em vista que também possuem natureza associativa⁸²⁷.

Outro ponto importante no tema da legitimidade das associações é a questão da autorização assemblear.

A Lei n. 9.494/97 (Lei convertida da MP n. 2.180/2001) acrescentou o art. 2º-A na LACP, com a seguinte redação:

⁸²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 120.

⁸²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 573-574.

⁸²⁵ Nesse sentido: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 247-248; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 91; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 760; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 302-305; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 150.

⁸²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 123.

⁸²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 301-302.

A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

A doutrina é implacável na crítica ao dispositivo.

A primeira afirmação trata da inconstitucionalidade do dispositivo no plano formal. Isto porque a lei que inseriu o dispositivo transcrito é fruto da conversão de uma medida provisória. É certo, entretanto, que esse assunto não poderia ser tratado por meio dessa espécie normativa, pois não estão presentes os requisitos autorizadores da urgência e da relevância⁸²⁸.

No plano material, o dispositivo também é inconstitucional por ferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o princípio do acesso à justiça⁸²⁹, além de ferir o princípio da isonomia por beneficiar de forma injustificável o Estado⁸³⁰.

Ademais, o inc. IV do art. 82 do CDC é expresso quanto à não necessidade de autorização assemblear⁸³¹.

Por fim, tal exigência faz confundir dois institutos distintos: o da legitimidade coletiva e o da representação⁸³², previstos no inc. XXI do art. 5º do CF: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Esse instituto é a representação processual da associação dos seus associados, atuando no processo não em nome próprio, como ocorre na legitimidade coletiva prevista na LACP e no CDC, mas sim em nome

⁸²⁸ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 288; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 128.

⁸²⁹ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 289; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 128; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 761.

⁸³⁰ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 761.

⁸³¹ Dispõe o inc. IV do art. 82 do CDC: “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”. No mesmo sentido outros diplomas: ECA (inc. III do art. 210) e Estatuto do Idoso (inc. IV do art. 81).

⁸³² WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 761.

alheio⁸³³. E, nessa situação, para ser legítima tal atuação, é necessária a autorização de todos os membros representados.

Quando a associação ajuíza uma ação coletiva, não está defendendo apenas os interesses dos associados, mas sim atuando em defesa de um direito coletivo *lato sensu*.

Ainda que se entenda aplicável a referida regra, esta deve se limitar às ações que versam sobre direito coletivo *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, isso porque o parágrafo deve seguir a regência do *caput* e este apenas indica as ações de caráter coletivo proposta por associação na defesa dos interesses e direitos dos seus associados⁸³⁴.

As mesmas considerações devem ser transportadas para a legitimidade do sindicato, de sorte a não exigir a autorização expressa dos membros, uma vez que a sua

⁸³³ Sobre o tema, é interessante observar a ementa do acórdão do STF, que trata do assunto no caso do mandado de segurança coletivo: “Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5º, LXX, b. Mandado de segurança contra lei em tese: não cabimento. Súmula 266-STF. I. – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. II. – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação. III. – O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. IV. – Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo. V. – Mandado de Segurança não conhecido” (STF, Tribunal Pleno, MS 22132/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.8.1996, DJ 18.11.1996, p. 39848, v.u.). Esse entendimento gerou a elaboração da Súmula n. 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. O STJ também possui algumas decisões rezando pela não aplicação do dispositivo em tela: “Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Inaplicabilidade da exigência de instrução da inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e de seus respectivos endereços (Lei 9.494/97, art. 2º-A). Orientação pacificada nos tribunais superiores. 1. No mandado de segurança coletivo, a legitimação ativa das associações, em razão do regime de substituição processual autônoma, dispensa a autorização expressa ou a relação nominal dos associados substituídos. 2. Recurso especial provido” (STJ, 1ª T, REsp 489179/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29.6.2004, DJ 23.8.2004, p. 122, v.u.). “Processual. Recurso especial. Ação de execução. Título executivo judicial. Sentença proferida em ação civil pública contra empresa pública, favoravelmente aos poupadores do Estado. Extensão da coisa julgada. Comprovação da legitimidade ativa do credor. Demonstração de vínculo associativo. Apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Desnecessidade. – Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/6/87 e 15/1/89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação. – Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despendiêndose se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3ª T, REsp 651037/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.8.2004, DJ 13.9.2004, p. 241, v.u.).

⁸³³ Neste sentido: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 288.

⁸³⁴ Neste sentido: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 288.

legitimidade ativa não se confunde com a representação processual prevista no inc. III do art. 8º da CF, que assim dispõe: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Vale registrar que essa lei que inseriu o dispositivo em comento traz diversas limitações ao instituto das ações coletivas, por exemplo, a inconstitucional limitação territorial da coisa julgada e a previsão de exigências abusivas para a concessão de medidas liminares em face do Poder Público.

4.6. A Questão das Custas Processuais e Honorários Advocatícios

Afirmam o art. 87 do CDC e o art. 18 da LACP:

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais. Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Conforme já visto em capítulo anterior, o pagamento das custas e a necessidade do pagamento dos honorários em razão da sucumbência caracterizam um entrave ao acesso à justiça⁸³⁵.

Sobre o tema, assim disserta Marcelo Abelha:

Ao agir dessa forma o legislador deu um enorme passo para realmente facilitar o acesso à justiça, pois as custas processuais, num País de miseráveis como o nosso, constitui um valor tão elevado e irreal para a grande maioria da população que faz como que a justiça fique à margem da grande massa da população brasileira. Tudo isso vem tornando efetivo o acesso à justiça e tais mudanças podem ser em parte creditadas a iniciativas como esta da jurisdição civil coletiva⁸³⁶.

⁸³⁵ Sobre o tema, ler o item 12.1. do presente estudo.

⁸³⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 328.

Assim, em demanda coletiva, não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou honorários advocatícios. Trata-se de uma exceção à regra prevista no art. 19 do CPC, que assim dispõe:

Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

Essa regra alcança todos os autores da ação civil coletiva. No entanto não alcança o réu, que se submete às regras comuns estabelecidas pelo CPC⁸³⁷.

Os artigos transcritos afirmam que apenas a associação autora não é condenada em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, salvo na hipótese de litigância de má-fé. Existem dois posicionamentos acerca de quem é atingido por esse dispositivo.

O primeiro posicionamento indica que a isenção de fato alcança apenas as associações civis. Explica Marcelo Abelha:

Por se tratar de uma norma restritiva de direito, o que foge ao princípio geral, deve obrigatoriamente ser restritivamente interpretada, não comportando interpretação extensiva, pois isso feriria regras claras e comezinhas de hermenêutica. Logo, qualquer outro representante adequado legitimado à propositura de ação supraindividual (arts. 5º, LACP, e 82, CDC), que não tenha natureza jurídica de associação civil, não poderá se valer dessa regra prevista nos arts. 17 da LACP e 87, “*caput*” do CDC⁸³⁸.

Para o citado autor, a escolha do legislador infraconstitucional justifica-se tendo em vista o fato de a associação civil ser a única entre os legitimados ativos que se apresentam com uma intuitiva fragilidade substancial, se comparada às demais⁸³⁹.

De outro lado, há uma posição intermediária que afirma ser incabível o ônus da sucumbência apenas no caso do Ministério Público, sendo cabível para a Administração direta⁸⁴⁰.

Há, ainda, quem sustente que a isenção alcança todos os legitimados⁸⁴¹, posição com a qual concordamos.

⁸³⁷ BESSA, Roscoe Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 404.

⁸³⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 322-323. No mesmo sentido: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 262.

⁸³⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 323.

⁸⁴⁰ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995, p. 367.

O STJ entende possível a condenação do Ministério Público ao ônus da sucumbência apenas em razão da comprovada má-fé⁸⁴².

Se adotado esse entendimento intermediário, a Defensoria Pública também estaria isenta, dada a similitude com a instituição do Ministério Público.

De outro modo, se adotado o primeiro entendimento, o mais restritivo, no caso de improcedência da ação ou da extinção sem julgamento de mérito de ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública, a instituição poderia ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária. Ocorre que, quem deveria ser responsável pelo pagamento não seria a instituição da Defensoria Pública, que é desprovida da personalidade jurídica, mas sim a pessoa jurídica de direito público, o Estado, ou a União, conforme o caso⁸⁴³.

Ainda adotando o posicionamento mais restritivo, Pedro da Silva Dinamarco sustenta que, na hipótese de o Ministério Público

causar danos ao Estado, como haveria uma confusão entre credor e devedor (o “Parquet” é o próprio Estado em juízo), bastará que seja feita a dedução desses danos no orçamento que caberia ao Ministério Público, mas haverá necessidade de uma liquidação prévia, nos mesmos autos⁸⁴⁴.

Vale registrar que não concordamos com a conclusão apontada pelo autor. Nesse caso, não se caracteriza o instituto da confusão, tendo em vista que o Ministério Público, bem como a Defensoria Pública, são entes autônomos, inclusive financeiramente⁸⁴⁵.

Assim, a condenação deve ser suportada pelo Estado, podendo ser promovida ação regressiva contra o agente que agiu com culpa excessiva, dolo ou má-fé⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 315.

⁸⁴² “Processo civil – Ação civil pública – Honorários advocatícios – Ministério Público autor e vencedor. 1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao art. 17 pela Lei 8.078/90. 2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. 4. Recurso especial improvido” (STJ, 2ª T., REsp 493823/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 9.12.2003, DJ 15.3.2004, p. 237, v.u.).

⁸⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 519.

⁸⁴⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 266-267.

⁸⁴⁵ Da mesma forma não concordamos com a posição dos Tribunais Superiores, quando afirmam o instituto da confusão por entender não serem devidos os honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado, quando o Estado é vencido em uma demanda, ou em favor da Defensoria Pública da União, quando a União é vencida (sobre o tema, ler item 3.8.1.2.8.).

⁸⁴⁶ Sobre o tema, ver item 3.8.4.2.

4.7. Coisa Julgada

O CDC, no art. 103, prevê um sistema complexo de formação da coisa julgada material nos processos coletivos.

O conceito de coisa julgada material é fornecido pelo art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Por essa razão, afirma Sérgio Bermudes que a coisa julgada material é extravagante, ou seja, “não se limita ao processo no qual se proferiu a sentença, mas impede a jurisdição de qualquer outro órgão, de qualquer grau, em qualquer outro processo”⁸⁴⁷.

4.7.1. Direito difuso

No caso de ação em que se discute direito difuso (art. 81, I), assim afirma o inc. I do art. 103:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.

A extensão da coisa julgada sempre dependerá do resultado da demanda. Trata-se da chamada coisa julgada *secundum eventus litis*⁸⁴⁸. Sendo a ação coletiva julgada procedente ela beneficiará a toda coletividade, por isso a expressão *erga omnes*. É importante lembrar que os direitos difusos possuem titulares indetermináveis e seu objeto é indivisível.

No entanto, se a ação for julgada improcedente, antes de determinar sua extensão, é necessário identificar se a sentença de improcedência foi proferida com base na insuficiência de provas ou se foi proferida com base em provas suficientemente produzidas.

⁸⁴⁷ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195.

⁸⁴⁸ É muito importante destacar que o legislador já utilizara esse critério na ação popular. Dispõe o art. 18 da Lei da Ação Popular (LAP – Lei n. 4717/65): “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Se a sentença for de improcedência por insuficiência de provas, a sentença não se tornará imutável, sendo possível a propositura de nova ação, com as mesmas partes, causa de pedir ou pedido (mesma ação), desde que seja apresentada uma nova prova⁸⁴⁹.

É importante destacar que o citado inciso permite que qualquer legitimado ingresse com a mesma ação, inclusive o legitimado que intentou primeiro⁸⁵⁰. O inciso afirma “hipótese em que qualquer legitimado”, e não “qualquer outro legitimado”.

Merece destaque a interpretação dada a essa norma por Antonio Gidi:

Adotamos um critério substancial para saber se a improcedência foi ocasionada por insuficiência de prova ou não. Assim, sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, “*ipso facto*”, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente⁸⁵¹.

Não se trata da repositura automática prevista no art. 268 do CPC, uma vez que lá apenas se forma coisa julgada formal, por se tratar de sentença que não resolveu o mérito. Nesse caso, trata-se de uma sentença definitiva (improcedência), e não terminativa.

Quando a sentença for de improcedência com provas suficientemente produzidas haverá, segundo o inciso, eficácia *erga omnes*.

Vale destacar que o que se mantém vedado é a possibilidade de uma nova ação coletiva discutir o que fora discutido na ação julgada improcedente com provas suficientemente produzidas. Contudo não tem o condão de impedir que os indivíduos, eventuais vítimas, ajuízem suas respectivas ações individuais. Nesse sentido, é expresso o § 1º do art. 103: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

4.7.2. Direito coletivo *stricto sensu*

⁸⁴⁹ Nova prova, conforme nos ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, deve ser entendida como aquela que não foi apresentada em processo anterior, e não aquela necessariamente produzida depois (Litispendência em ações coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 266).

⁸⁵⁰ Nesse sentido: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 239 (nota 41).

⁸⁵¹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 134. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispendência em ações coletivas*, p. 266.

No caso de direito coletivo *stricto sensu* (art. 81, II), é necessário observar o inc. II do art. 103:

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

A ação de procedência, nesse caso, beneficiará a todos os integrantes do grupo, classe, categoria etc. Por isso a expressão utilizada foi *ultra partes*.

Utiliza-se a expressão *ultra partes*

porque a eficácia do julgado transcenderá as partes litigantes, atingido o grupo, categoria ou classe de pessoas, não tendo o condão, como na coisa julgada “*erga omnes*”, de atingir toda a comunidade de pessoas, como se dá em relação à coisa julgada produzida nas ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses difusos⁸⁵².

Quando se tratar de improcedência, também será necessário investigar se a improcedência ocorreu com provas suficientemente produzidas ou em decorrência da insuficiência de provas. Nesse caso, haverá a possibilidade de interposição de ação idêntica, desde que o legitimado apresente uma nova prova.

Se houver prova suficientemente produzida, não haverá a possibilidade, em princípio, da repositura da mesma ação coletiva. O inciso afirma que essa sentença de procedência fará coisa julgada *ultra partes*. Da mesma forma, não impede a propositura de ações individuais ajuizadas por vítimas do mesmo evento (§ 1º).

Note-se, portanto, que o regime da coisa julgada dos direitos coletivos em sentido estrito é muito semelhante ao regime dos direitos difusos.

4.7.3. Direito individual homogêneo

No caso de direito individual homogêneo (art. 81, III), devemos nos ater ao inc. III do art. 103, que destaca:

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

Sendo de procedência, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, beneficiando a todos que se encontram na situação descrita na ação, ou seja, que sejam titulares do

⁸⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 378.

direito afirmado na ação coletiva. No caso de improcedência, o inciso afirma que também terá eficácia *erga omnes*.

É muito interessante observar que, no caso de direitos individuais homogêneos, ao contrário dos direitos anteriormente analisados, o legislador não exige o estudo acerca da causa da improcedência. Não há diferenciação entre a improcedência por insuficiência de provas e a improcedência com provas suficientemente produzidas. Essa diferença pode ser explicada em razão da essência de cada direito coletivo. Como já afirmado, são essencialmente coletivos apenas os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, sendo que os individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, são, na essência, individuais e apenas tutelados de forma coletiva.

No caso dos direitos essencialmente coletivos, a forma de proteção possível e adequada se faz apenas por meio da ação coletiva. Por outro lado, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados de forma perfeita individualmente. Assim, o legislador, no caso de direitos essencialmente coletivos, tomou o cuidado de zelar pela ação coletiva.

Esse zelo se deve também em razão da preocupação do legislador em eventual acordo entre o réu da ação e um legitimado mal intencionado. Nessa hipótese, o legitimado mal intencionado poderá não produzir as provas necessárias de forma intencional, para evitar a condenação do réu, levando à prolação de uma sentença de improcedência em razão da ausência de prova.

Se não houvesse a ressalva do legislador, não haveria mais como discutir a questão abordada nessa sentença transitada em julgado. No caso de direito individual homogêneo, sempre haverá a possibilidade de se discutir o mesmo objeto na ação individual, já que a essência é individual.

Também é possível justificar a opção do legislador considerando, no caso dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), ao contrário do que ocorre com os individuais homogêneos, não há a possibilidade de os indivíduos ingressarem na lide como litisconsortes⁸⁵³.

Pode-se questionar a opção do legislador tendo em vista o fato de que, algumas vezes, os direitos individuais homogêneos são, na prática, apenas tutelados coletivamente. Isso ocorre nos casos em que o dano individual, isoladamente

⁸⁵³ Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 379; ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 469.

considerado, é de pouquíssimo vulto. É o caso, por exemplo, do fornecedor de papel higiênico que informa uma determinada metragem no rolo, mas na verdade o rolo conta com alguns poucos metros a menos. Se pensarmos no dano individualmente considerado, trata-se de um dano de pouquíssimo vulto, sendo impensável, na prática, a propositura de ações individuais discutindo esse dano.

No caso de direito individual homogêneo, a sentença de improcedência, em princípio, também não prejudica o indivíduo eventualmente lesado. Apenas o prejudicará quando houver intervindo como litisconsorte na ação coletiva. É o que dispõe o § 2º do art. 103: “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Isso se dá porque, quando houver atuado como litisconsorte, será parte do processo e por isso atingido pelos limites subjetivos comum da coisa julgada do processo comum previsto no art. 472, primeira parte, do CPC⁸⁵⁴, que assim dispõe: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Essa opção do legislador acaba por desestimular a participação do indivíduo como litisconsorte da ação coletiva. A posição mais cômoda é de nada participar e ser, ao final, eventualmente beneficiado, porém nunca prejudicado. O outro indivíduo com participação ativa, ao contrário, pode ser prejudicado por eventual sentença de improcedência⁸⁵⁵.

É importante lembrar que a sentença de procedência, no caso de direitos individuais homogêneos, não beneficia quando o indivíduo que ajuizara uma ação individual não tiver solicitado a suspensão da ação no prazo de 30 dias do conhecimento da ação coletiva, nos termos do art. 104, parte final, do CDC.

Em todo e qualquer caso, se a sentença for terminativa (sem resolução do mérito), haverá apenas coisa julgada formal, de sorte que será possível a repropositura de ação idêntica, mesmo inexistindo prova nova. Basta, nos termos do art. 268, provar o pagamento ou o depósito dos honorários advocatícios da antiga ação. Vale lembrar que

⁸⁵⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 247.

⁸⁵⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, cit., p. 148; ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 469-470.

o STJ vem decidindo que não pode ser a ação reproposta automaticamente, sendo exigida a correção do vício processual indicado na sentença terminativa⁸⁵⁶.

Vejam os quadros sintéticos do que foi abordado:

Direitos e interesses	Procedência	Improcedência com insuficiência de provas	Improcedência com provas suficientemente produzidas
Difusos	<i>Erga omnes</i>	<i>Coisa julgada formal</i>	<i>Erga omnes</i> (sem prejuízo da ação individual)
Coletivos <i>stricto sensu</i>	<i>Ultra partes</i>	<i>Coisa julgada formal</i>	<i>Ultra partes</i> (sem prejuízo da ação individual)
Individuais homogêneos	<i>Erga omnes</i>	<i>Coisa julgada material</i>	<i>Erga omnes</i> (sem prejuízo da ação individual)

4.7.4. Alteração do art. 16 da LACP pela Lei n. 9.494/97

Merece destaque a atual redação do art. 16 da LACP introduzido pela já mencionada Lei n. 9.494/97. Assim dispõe a atual redação:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for

⁸⁵⁶ Vejam alguns julgados do STJ: “Ação civil pública. Demanda anterior julgada extinta sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual. Reprodução integral da mesma ação anterior. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 268 do CPC. – É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 191934/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.9.2000, DJ 4.12.2000, p. 72, v.u.). “Processual civil – Mandado de segurança – CPC, arts. 267, VI, e 268 – Extinção do processo sem julgamento de mérito – Ausência e condição da ação – Impossibilidade jurídica do pedido – Coisa julgada formal – Ajuizamento de nova ação – Possibilidade – Precedente da eg. Corte especial. – A eg. Corte Especial firmou o entendimento no sentido de que a extinção do processo por falta de condição da ação não é passível de formar coisa julgada material, mas apenas formal, pelo que é possível o ajuizamento de nova ação, desde que suprida a irregularidade da anterior. – Esse entendimento, todavia, não aproveita ao caso concreto, dado o objeto do recurso: instalação de CPI no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, objetivando investigar a gestão 1999-2002 do governo estadual, assim como o término do mandato dos deputados estaduais então recorrentes. – Recurso ordinário prejudicado ante a superveniente perda de objeto” (STJ, 2ª T., RMS 14752/RN, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 2.2.2006, p.130, v.u.). “Processo civil. Ação civil pública. Extinção. Ilegitimidade passiva. Repetição da ação. Preliminar de coisa julgada. Regularização da falta de condição da ação. Necessidade. Exegese do art. 268, CPC. Embargos de divergência conhecidos mas desacolhidos. I – A coisa julgada material somente se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa. II – A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade ad causam, não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Isso quer dizer que não se pode excluir, prima facie, a possibilidade de o autor repropor a ação, contanto que sane a falta da condição anteriormente ausente. III – Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida” (STJ, Corte Especial, EREsp 160850/SP, rel. Min. Edson Vidigal, rel. para acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3.2.2003, DJ 29.9.2003, por maioria de votos).

julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

A redação atual restringe a extensão da coisa julgada apenas nos limites da competência territorial.

A doutrina, em sua totalidade, rechaça esse dispositivo e afirma sua não aplicação.

O primeiro fundamento diz respeito à sistemática, ao objetivo e aos princípios que norteiam a tutela coletiva. Afirma Pedro Lenza:

O objetivo das ações coletivas foi trazer maior celeridade ao processo, evitando o conflito de decisões e sua multiplicação, fenômenos responsáveis pelo asoerramento do Judiciário. Outra grande valia do processo coletivo reside na capacidade de assegurar o acesso à justiça de interesses transindividuais, muitos deles marginalizados quando individualmente considerados⁸⁵⁷.

Assim, resta claro que o art. 16 vai de encontro aos princípios e objetivos da ação coletiva.

Os direitos essencialmente coletivos têm como característica a indivisibilidade. E, por essa razão, não se pode realizar essa limitação com base no território de competência do juízo que prolatou a sentença, impedindo que outros que estejam na mesma situação jurídica protegida pela sentença dela não se beneficie, em razão do simples fato de que não estão residindo no local onde o juiz prolator da sentença exerce sua jurisdição⁸⁵⁸. Esse absurdo jurídico fere frontalmente o princípio da isonomia previsto no *caput* do art. 5º da CF⁸⁵⁹. Ademais, o art. 16 fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois, por vezes é impossível tutelar direitos coletivos *lato sensu* em apenas uma comarca, porque muitas vezes o dano estende-se muito além dela⁸⁶⁰.

Um exemplo de que tal absurdo mostra-se muito claro: pensemos em uma ação coletiva proposta na comarca de São Paulo, na qual se questiona se determinado medicamento não faz bem à saúde do consumidor. A ação coletiva é julgada procedente e afirma-se que o remédio em questão provoca uma doença muito séria. Se fosse

⁸⁵⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação coletiva*, cit., p. 277.

⁸⁵⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 96.

⁸⁵⁹ Neste sentido: SOUZA, Motauri Cioccheti. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

⁸⁶⁰ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169-170.

respeitado o art. 16 da LACP, mesmo provado que o remédio é muito nocivo à saúde do consumidor, os residentes em qualquer outra comarca, que não São Paulo (bem próximas como o ABC, Guarulhos etc.), não terão assegurado o direito à saúde, uma vez que poderão comprar livremente o remédio reconhecidamente nocivo à saúde.

A nova redação também confunde o instituto da competência com o da jurisdição. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery nos fornecem um exemplo para demonstrar a confusão do legislador: “a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuaria casado”. Os autores ainda destacam que o juiz possui jurisdição em todo o território nacional⁸⁶¹.

Também se repele essa limitação tendo afirmado que a referida alteração foi inútil, haja vista que reformou um dispositivo revogado. A LACP é de 1985, e o CDC, de 1990. Este disciplinou de forma muito mais completa o art. 16, e, com base no princípio da perfeita integração, entende-se que o art. 103 (dispositivo que regula a coisa julgada em ação coletiva) revogou tacitamente o art. 16. Isso porque lei posterior que trata da mesma matéria revoga lei anterior. Assim, qualquer alteração em artigo revogado é inócua⁸⁶².

Outro argumento, de ordem formal, está no fato de que o art. 16 foi alterado inicialmente por uma medida provisória, que depois foi convertida na Lei n. 9.494/97. Ocorre que a CF proíbe que matéria processual seja tratada por meio de medida provisória. Ademais, não se trata de assunto de urgência e relevante⁸⁶³.

A despeito das inúmeras críticas da doutrina aqui afirmadas, a jurisprudência é bastante divergente sobre o tema, por vezes aplicando o dispositivo em comento⁸⁶⁴, por vezes não⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 515. No mesmo sentido: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 96.

⁸⁶² PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 12 fev. 2009. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 919-920.

⁸⁶³ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 169.

⁸⁶⁴ “Ação civil pública. Eficácia erga omnes. Limite. A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. Recurso conhecido e provido” (REsp 293407/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.10.2002, DJ 7.4.2003, por maioria de votos).

⁸⁶⁵ “Processual civil – Ação civil pública – Declaração incidental de inconstitucionalidade – Possibilidade – Efeitos. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial,

4.7.5. Regime da coisa julgada nas ações ajuizadas pela Defensoria Pública

Conforme analisamos anteriormente, a legitimidade da Defensoria Pública é ampla e irrestrita.

No entanto, ainda que se entenda necessária a figura do necessitado econômico para viabilizar a legitimidade da Defensoria Pública, é certo que bastará que uma parte da coletividade apresente tal característica. Não é necessário, portanto, que a toda a coletividade ou comunidade seja considerada hipossuficiente econômica.

Assim, eventual sentença de procedência em direitos individuais homogêneos obtida em uma ação promovida pela Defensoria Pública deve beneficiar todos aqueles que se encontram na situação descrita na ação coletiva, independentemente de ser hipossuficiente econômico ou não.

Desta feita, é certo que Defensoria Pública, por via reflexa, beneficiará pessoas que não são hipossuficientes, tendo em vista que a sentença de procedência faz coisa julgada *erga omnes*. E tal benefício não pode ser desprezado.

É importante lembrar o artigo que cuida do regime da coisa julgada nos processos coletivos não realiza qualquer ressalva ou restrição no caso de ações propostas pela Defensoria Pública.

Em sentido contrário, entendendo que eventual sentença de procedência em ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública pode favorecer apenas aqueles que comprovarem a condição de necessitado econômico, manifesta-se Teori Albino Zavaski, ao confirmar o acórdão recorrido de lavra do desembargador Araken de Assis:

No caso dos autos, o acórdão recorrido, de lavra do eminente professor Araken de Assis, adotou justamente esse entendimento, inclusive no que se refere ao limitador: ele reconheceu a legitimação da Defensoria Pública para a ação coletiva, mas limitou o âmbito subjetivo dos eventualmente favorecidos para sentença de procedência, que será o das

indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Recurso especial provido” (STJ, 2ª T., REsp 403355/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.8.2002, DJ 30.9.2002, p. 244, v.u.).

pessoas que comprovarem ser necessitadas, demonstrando essa que ocorrerá na fase de liquidação e execução⁸⁶⁶.

Entendemos que tal raciocínio fere os princípios da instrumentalidade do processo e do acesso à justiça, bem como os princípios norteadores do processo coletivo. Portanto não há dúvidas de que a pessoa não hipossuficiente economicamente poderá valer-se da sentença de procedência obtida em ação proposta pela Defensoria Pública.

Assim, o regime da coisa julgada nas ações propostas pela Defensoria Pública é o mesmo para toda e qualquer ação coletiva.

4.8. Recursos nas Ações Coletivas

O microsistema legal das ações coletivas formado, especialmente, pela LACP e pelo CDC não prevê um sistema recursal próprio para as ações coletivas.

Tendo em vista a ausência de um sistema recursal próprio nas ações coletivas, devem ser invocadas as regras referentes ao recurso do CPC, que é o diploma legal aplicável subsidiariamente às ações coletivas, como expressamente prevê o art. 19 da LACP⁸⁶⁷ e o art. 90 do CDC.

Sobre a aplicação subsidiária do CPC, é muito importante destacar a necessária adaptação das disposições contidas nesse diploma legal, essencialmente de concepção individualista, aos princípios e objetivos das ações coletivas⁸⁶⁸. A aplicação subsidiária do CPC não pode colocar em risco a efetividade da tutela coletiva. Portanto conclui-se que “a aplicabilidade do CPC no direito processual coletivo é limitada”⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ Voto no Recurso Especial: STJ, 1ª T., REsp 912849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.2.2008, *DJe* 28.4.2008, v.u.). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 1.149.152-0/0, 26ª Câmara de Direito Provado, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 8.9.2008, v.u.

⁸⁶⁷ Dispõe o art. 19: “*Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições*”.

⁸⁶⁸ Gregório Assagra de Almeida explora o tema com excelência: “*O CPC foi construído para ser instrumento de resolução das lides decorrentes das relações jurídicas materiais disciplinadas pelo CC de 1916. Portanto, é também um Código pautado em uma concepção liberal individualista. A filosofia que constituiu os referidos diplomas legais é totalmente incompatível com o fenômeno denominado coletivização do processo. Em razão disso, foram criadas formas próprias e específicas de tutela jurisdicional coletiva, visando justamente resolver os conflitos coletivos em relação aos quais o CPC era impróprio, como ainda o é. Todavia, tanto a LACP (art. 19), quanto o CDC (art. 90) preveem a aplicabilidade subsidiária do CPC. Entretanto, para que isso ocorra, deve existir dupla compatibilidade, formal (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo comum) e material (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do direito coletivo processual coletivo comum e, portanto, não colocar em risco a efetivação da tutela jurisdicional coletiva adequada)*” (*Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 15).

⁸⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 17.

4.8.1. Requisitos

4.8.1.1. Cabimento

Esse requisito relaciona-se ao princípio da taxatividade. O requisito do cabimento será preenchido quando o recorrente interpor o meio recursal existente e adequado ao caso concreto.

Em sede de ação coletiva, são cabíveis, em tese, todos os recursos previstos no art. 496 do CPC nas ações coletivas.

Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

4.8.1.2. Interesse recursal

Segundo Barbosa Moreira, existe interesse em recorrer no seguinte caso:

Sempre que o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada (utilidade do recurso) e, mais, que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo (necessidade do recurso)⁸⁷⁰.

No processo civil comum, em princípio, a alteração da motivação da sentença não afere qualquer vantagem para o recorrente, porque, tendo em vista os limites objetivos da coisa julgada, a qualidade de imutabilidade apenas se refere à parte dispositiva da sentença, e não à motivação. Por essa razão, em princípio, o recorrente não tem interesse recursal quando visa apenas à alteração da motivação, sem alteração do dispositivo da sentença.

Somente quando a motivação da causa resultar em gravame à parte é que será possível pensar no interesse recursal para sua alteração. Nelson Nery Junior cita o exemplo da ação popular julgada improcedente por falta de provas.

⁸⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 117.

O réu, a despeito de haver ganho a ação, terá interesse em ver a sentença reformada para que a improcedência seja proclamada, não por falta de provas, mas depois de apreciadas estas, ocasião em que o tribunal dirá que o ato impugnado é válido. Isto porque a ação popular julgada improcedente por deficiência de provas poderá ser renovada por qualquer legitimado, inclusive o mesmo que ingressara com a anterior, julgada improcedente (art. 18)⁸⁷¹.

O mesmo ocorre no caso da ação coletiva, já que a motivação da sentença também pode ensejar um gravame à parte, tendo em vista o regime da coisa julgada.

Assim, o recurso de apelação mostra-se útil para o réu quando este visar apenas a alteração da motivação da sentença: de insuficiência de provas para provas suficientemente produzidas; pois, no primeiro caso, é possível o ajuizamento de nova ação coletiva em face do mesmo réu e sobre o mesmo fato.

Outra questão muito discutida na doutrina diz respeito à existência ou não de interesse, por parte do réu, de recorrer no caso de decisão terminativa. Nelson Nery Junior, ao tratar da questão, informa que anteriormente se posicionava no sentido de que não haveria interesse em saber quando o réu teria requerido a carência da ação na contestação, porque seu requerimento havia sido atendido.

Entretanto, a posição foi revista. Agora, segundo o autor:

Ainda que o réu haja arguido a carência da ação na contestação, tem ele interesse em interpor recurso de apelação objetivando obter uma sentença de improcedência. Pelo princípio da eventualidade, o réu deve, na contestação, alegar toda a matéria de defesa, sob pena de preclusão⁸⁷².

Um assunto de suma importância nas ações coletivas é o interesse de recorrer do Ministério Público, o qual pode atuar de duas formas: como autor (sozinho ou em litisconsorte) ou como fiscal da lei (*custos legis*). É importante lembrar que, quando não for parte, a intervenção do Ministério Público nas ações coletivas é obrigatória, nos termos do § 1º do art. 5º da LACP e do art. 92 do CDC.

Nelson Nery afirma que:

O interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Em outras palavras, o interesse está pressuposto na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação⁸⁷³.

⁸⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 319-320.

⁸⁷² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 318.

⁸⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 324

Gilson Delgado Miranda e Patricia Miranda Pizzol não concordam com tal posicionamento. Para eles, o Ministério Público deverá demonstrar, como os demais legitimados, o interesse recursal como requisito de admissibilidade do recurso⁸⁷⁴.

4.8.1.3. Legitimidade para recorrer

Afirma o art. 499 do CPC: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”.

O legitimado que figurou como parte será legítimo para interpor qualquer recurso. Assim, sendo a Defensoria Pública legitimada ativa, poderá interpor o recurso cabível.

A legitimidade do terceiro juridicamente prejudicado está tratada no § 1º do art. 499 do CPC. Barbosa Moreira destaca que terceiro prejudicado é quem “não seja parte, quer nunca o tenha sido, que haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele em que se profira a decisão”⁸⁷⁵.

Em sede de ação coletiva, essa previsão é de suma importância, porque, nas ações coletivas, a legitimidade é concorrente e disjuntiva. Portanto, na hipótese de não se formar o litisconsórcio facultativo entre os entes (inicial ou ulterior) até o momento da decisão, depois desta, caso seja desfavorável, qualquer legitimado ativo poderá interpor recurso, embasando sua legitimidade na figura do terceiro prejudicado.

Assim, tendo em vista a legitimidade ampla e irrestrita da Defensoria Pública, no caso de uma decisão desfavorável, a Defensoria Pública terá oportunidade de interpor recurso visando à impugnação de decisão obtida em processo coletivo, quando vislumbrar a necessidade de sua atuação.

Vale observar que, no caso das ações coletivas que versam sobre direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), não é possível que o indivíduo forme litisconsorte com algum dos legitimados, haja vista que o indivíduo não possui legitimidade ativa para a propositura dessas ações coletivas. Assim, também não terá o indivíduo legitimidade para interpor o recurso como terceiro prejudicado.

O mesmo não se pode dizer no caso de ação coletiva que trate sobre direito individual homogêneo. Isso porque o art. 94 do CDC permite que o indivíduo ingresse

⁸⁷⁴ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24.

⁸⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 291

como litisconsorte. Nesse caso, qualquer indivíduo, que poderia ter ingressado como litisconsorte, poderá interpor seu próprio recurso como terceiro prejudicado.

Sobre a legitimidade do Ministério Público, apenas é necessário esclarecer que o órgão tem legitimidade para recorrer nos processos em que for parte, bem como nos processos em que atuou ou deveria ter atuado como fiscal da lei (§ 2º do art. 499). Não é necessário para sua legitimação, portanto, que tenha previamente atuado no processo⁸⁷⁶. Ademais, destacamos o que dispõe a Súmula n. 99 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

4.8.1.4. Tempestividade

Os recursos devem ser interpostos em prazos fixados pela lei. Nas ações coletivas, são aplicados os mesmos prazos existentes no CPC. Aplicando-se também os prazos diferenciados.

Desta feita, terá a Defensoria Pública o cômputo em dobro qualquer recursal, nos termos dos arts. 44, I; art. 89, I; e 128, I, todos da Lei Complementar n. 80/94. Da mesma forma como prevê o art. 188 do CPC, que determina o cômputo em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público⁸⁷⁷.

É importante destacar que a concessão do prazo em dobro para a Defensoria Pública tem como fundamento legal a Lei Complementar n. 80/94, e não o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50, uma vez que esta se aplica aos casos de gratuidade de justiça.

4.8.1.5. Regularidade formal

São vários os requisitos formais que devem ser preenchidos quando da interposição do recurso. Todos os requisitos previstos nos arts. 514, 524, 525, e 541, todos do CPC, são exigidos nos recursos em sede de ação coletiva.

Destacando-se que, no caso do agravo que contém como peça necessária a procuração (art. 525, I), esta não será necessária mesmo que a Defensoria Pública atue como representante judicial de associação, legitimada ativa da causa, tendo em vista que

⁸⁷⁶ Nesse sentido: MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*, cit., p. 20-21; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 309.

⁸⁷⁷ Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 457; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, cit., p. 273.

se trata de uma prerrogativa expressamente prevista na Lei Complementar n. 80/94, a possibilidade de o defensor público representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato.

4.8.1.6. Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

4.8.1.6.1. Desistência e renúncia

A desistência está prevista no art. 501 do CPC, já a renúncia está consubstanciada no art. 502 do CPC⁸⁷⁸.

O instituto da desistência do recurso assemelha-se ao da desistência da ação. No entanto, para produzir efeitos, a desistência recursal não precisa da anuência do recorrido, diferentemente do que ocorre no caso de desistência da ação, em que o legislador exige a anuência do réu⁸⁷⁹.

A matéria de desistência do recurso deve ser tratada da mesma forma que a da desistência da ação.

Assim, quando um co-legitimado desistir do recurso, entendemos que deve ser aplicado, por analogia, o art. 5º, § 3º, da LACP. Se, por exemplo, uma associação recorrente desistir do recurso impetrado, sendo esta desistência infundada, qualquer outro legitimado poderá prosseguir com o recurso, e o Ministério Público deverá prosseguir.

No caso de desistência do recurso do Ministério Público, João Batista de Almeida aponta dois requisitos: que o ato se revista de caráter de excepcionalidade e que tais atos (de desistência ou renúncia) sejam homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público. Por aplicação analógica, a cautela prevista para o arquivamento do inquérito civil e peças de informações (art. 9º, §§ da LACP)⁸⁸⁰.

Da mesma forma, apontamos que a desistência do recurso pela Defensoria Pública poderá ocorrer apenas em casos excepcionais e que tal ato seja informado pelo defensor público-geral. Se a Defensoria Pública, porém, apenas estiver representando

⁸⁷⁸ Dispõem os artigos: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”; “A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte”.

⁸⁷⁹ Dispõe o art. 267, § 4º do CPC: “Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

⁸⁸⁰ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 155-156.

judicialmente uma associação, só poderá desistir do recurso com a concordância da associação⁸⁸¹.

Existe um grave problema em relação à renúncia do recurso. Isso porque, até o momento da expiração do prazo recursal, o outro legitimado não tem certeza se o legitimado autor irá ou não interpor o recurso. Assim, entendemos que, para ter viabilidade, a aplicação analógica do dispositivo acerca da desistência da ação, após a certidão de cartório que decorreu o prazo recursal, deve ser concedido novo prazo recursal, para que os co-legitimados possam interpor recurso, sendo necessária a intimação do Ministério Público acerca desse prazo, tendo em vista a obrigatoriedade de a instituição interpor o recurso, no caso de renúncia infundada.

Essa questão é muito importante, pois, no caso da renúncia ao recurso de apelação, por exemplo, já pode existir sentença que pode ser de improcedência com provas suficientemente produzidas, que faz coisa julgada material, impedindo a propositura de nova ação coletiva.

Por esses motivos, interessante a observação realizada por Hugo Mazzilli:

Deparando-se com uma sentença ou decisão que lhe pareça merecer impugnação recursal, o Ministério Público ou qualquer co-legitimado deve impugná-la diretamente por meio do recurso próprio, e não se fiar em recurso já interposto por um co-legitimado. Com efeito constitui atitude processual de risco a de fiar-se em recurso já interposto e não recorrer diretamente, pois aquele que já recorreu poderá mais tarde desistir do recurso, e então a preclusão extintiva, já consumada, iria impedir que os outros interessados viessem a manifestar⁸⁸².

4.8.1.6.2. Aceitação

Esse ato diz respeito à aceitação da decisão. Trata-se de uma preclusão lógica. Tal aceitação poderá ser expressa ou tácita. A aceitação tácita se consubstancia em atos que são inconciliáveis, de forma inequívoca, com a vontade de recorrer⁸⁸³.

Há um caso muito interessante do STJ em que se discutiu a aceitação como fato extintivo do direito de recorrer em sede de ação coletiva. O STJ entendeu que o parecer

⁸⁸¹ Da mesma forma que sustentamos para a desistência da ação (item 4.4.3.)

⁸⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 381.

⁸⁸³ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*, cit., p. 30.

de órgão do Ministério Público como fiscal da lei contrário ao interesse recursal do Ministério Público autor da ação coletiva não caracterizava aceitação tácita⁸⁸⁴.

4.8.1.6.3. Preparo

O preparo é o pagamento prévio das custas referentes ao processamento do recurso. A comprovação do recolhimento do preparo deve ser realizada quando da interposição do recurso.

No caso da ação coletiva, o autor coletivo está dispensado de realizar o preparo, tendo em vista o que dispõe o art. 87 do CDC⁸⁸⁵ e o art. 17 da LACP⁸⁸⁶.

4.8.2. Efeitos

4.8.2.1. Devolutivo

O efeito devolutivo relaciona-se com o duplo grau de jurisdição e com o princípio do dispositivo. Segundo esse princípio, o tribunal *ad quem* só deverá apreciar a matéria efetivamente impugnada pelo recorrente. Esse efeito está presente em todo e qualquer recurso⁸⁸⁷.

4.8.2.2. Efeito suspensivo

⁸⁸⁴ “Processual civil. Ação civil pública. Aumento de mensalidade escolar. Ministério Público. Legitimidade. Apelação. Parecer de órgão do ministério público como fiscal da lei contrário ao interesse recursal do Ministério Público autor da ACP. Possibilidade. Embargos infringentes. Descabimento. Aceitação tácita. Descaracterização. I. Não configura aceitação tácita (art. 503, parágrafo único, do CPC), a apresentação de parecer de órgão do Ministério Público estadual, no desempenho da função de fiscal da lei, contrário ao interesse recursal do Procurador de Justiça autor de ação civil pública em resguardo de interesse coletivo, em razão da autonomia, independência funcional entre os membros da instituição e da natureza distinta das atribuições que deram origem às respectivas atuações no processo. II. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp 41590/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 7.12.2000, DJ 5.3.2001, p. 164, v.u.).

⁸⁸⁵ Dispõe o artigo: “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais. Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

⁸⁸⁶ “Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

⁸⁸⁷ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*, cit., p. 34.

O efeito suspensivo é a aptidão que alguns recursos têm de impedir que o ato recorrido produza, desde logo, seus efeitos. Este efeito está relacionado ao ato recorrido, e não ao recurso em si. Assim, se o ato recorrido não possui eficácia desde logo, o recurso tempestivo só mantém essa ausência, havendo um prolongamento da ineficácia do ato⁸⁸⁸.

Pode-se dizer que é um efeito que se relaciona à recorribilidade, e não ao recurso em si.

Esse efeito tem início com a publicação da decisão impugnável por recurso para o qual a lei prevê efeito suspensivo, e termina com a publicação da decisão que julga o recurso⁸⁸⁹.

Sobre o efeito suspensivo em sede de ação coletiva, tem-se o art. 14 da LACP, que dispõe: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”. Trata-se de uma previsão genérica e aplica-se a todo e qualquer recurso interposto em demanda coletiva.

Marcelo Abelha, analisando o dispositivo transcrito, sustenta que: “é bem claro ao dizer que o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, demonstrando a posição de se deixar, por via de regra, todos os recursos desprovidos de tal efeito”⁸⁹⁰. E prossegue afirmando que “tal previsão se demonstra uma sensível preocupação com a efetividade das decisões proferidas em ações coletivas”. E completa: “A opção do legislador deve-se ao fato de que nas ações civis públicas o objeto tutelado é supraindividual e normalmente atende à tutela de direitos de dimensão social”⁸⁹¹.

Para o juiz conceder efeito suspensivo em recurso na ação coletiva, tendo em vista as disposições acima analisadas, faz-se estritamente necessária manifestação expressa nesse sentido⁸⁹².

O fundamento para a concessão de efeito suspensivo é evitar dano irreparável à parte. Para analisar essa questão, o juiz deve observar se em um dos polos encontra-se um representante adequado, que atua em prol da coletividade e que está em juízo para

⁸⁸⁸ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*, cit., p. 35.

⁸⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 446.

⁸⁹⁰ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 239. No mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 137; João Batista de Almeida, *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 154.

⁸⁹¹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 240. No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 457-458.

⁸⁹² ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 154; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 457.

defender direitos supraindividuais, quase sempre de natureza indisponível, motivo pelo qual qualquer dano a esse direito será simplesmente impossível de reparar⁸⁹³.

Vale mencionar que o Estatuto do Idoso também tem uma disposição legal semelhante: “Art. 85. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afirma que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e que será concedido o efeito suspensivo quando interposta a apelação contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação⁸⁹⁴.

É importante dizer que, no caso de decisão de conteúdo negativo, essa concessão de efeito suspensivo deve ser interpretada como antecipação dos efeitos do recurso, nos termos do art. 527, III, 2ª parte, do CPC.

A antecipação dos efeitos recursais consubstancia-se com a concessão de tutela antecipada em sede de recurso. Hoje essa possibilidade, no caso do agravo de instrumento, está expressamente consignada no art. 527, III, 2ª parte: “Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”. A redação desse dispositivo foi dada pela Lei n. 10.352/2001.

Entretanto, mesmo antes da previsão expressa, a doutrina e a jurisprudência já sustentavam a existência de tal efeito⁸⁹⁵. José Miguel Garcia Medina aponta os fundamentos que eram utilizados para justificar a antecipação da tutela recursal: “a) interpretação teológica e extensiva do art. 558 do CPC; b) aplicação analógica do art. 273 do CPC, permitindo a concessão da tutela antecipatória recursal; c) aplicação do poder geral de cautelar previsto no art. 798 do CPC em sede recursal”⁸⁹⁶. Esse efeito era denominado pela doutrina de efeito ativo do recurso⁸⁹⁷.

⁸⁹³ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 241.

⁸⁹⁴ Redação do inc. VI do art. 198 do ECA.

⁸⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 774.

⁸⁹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 348.

⁸⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 774-775; MEDINA, José Miguel Garcia. *Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo*, cit., p. 346.

Questiona-se qual o momento adequado para a concessão do efeito suspensivo. Marcelo Abelha entende que o efeito suspensivo pode ser concedido no momento em que o juiz profere a sentença, ou seja, antes mesmo da interposição do recurso, mesmo sem qualquer pedido da parte⁸⁹⁸.

Sobre a decisão que analisa o pedido de concessão de antecipação dos efeitos do recurso, seja a que concede ou a que indefere, não é mais impugnável por meio de agravo interno em 5 (cinco) dias. A nova redação do parágrafo único do art. 527 do CPC, dada pela Lei n. 11.187/2006, determina que essa decisão somente será passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Tendo em vista a ausência de recurso capaz de reformar a decisão, é possível a impetração de mandado de segurança para ver reformada a decisão do relator⁸⁹⁹.

4.9. Ação Rescisória

4.9.1. Conceito, objeto e hipóteses

A ação rescisória está prevista nos arts. 485 a 495 do CPC. Trata-se de uma ação desconstitutiva ou constitutiva negativa. Objetiva-se, com a demanda, desconstituir a sentença qualificada pela coisa julgada material⁹⁰⁰.

É necessário destacar que, para a interposição da ação rescisória, não é exigido o esgotamento da via recursal⁹⁰¹.

Embora o texto da lei indique apenas a sentença como objeto da ação rescisória, tem-se entendido que, em casos excepcionais, também é cabível a ação rescisória contra decisão interlocutória, quando for de mérito⁹⁰².

⁸⁹⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 242.

⁸⁹⁹ Nesse sentido: NERY JUNIOR Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 777. Vale informar que a Lei do Mandado de Segurança informa com um requisito negativo para a admissibilidade da medida contra ato judicial a inexistência de recurso previsto nas leis processuais ou que o ato possa ser modificado por meio da correição (art. 5º, II, da Lei 1533/50).

⁹⁰⁰ BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, cit., p. 207.

⁹⁰¹ A Súmula n. 514 do STF consagrou esse entendimento: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não tenha esgotado todos os recursos”.

⁹⁰² Há decisões do STJ entendendo pela possibilidade de ação rescisória para desconstituir decisão interlocutória: “Processual civil. Administrativo. Servidor público. Reajuste de 26,05%. Ação rescisória. Propositura contra recurso especial interposto de decisão de natureza interlocutória. Cabimento. Exceção. Art. 485, caput, do CPC. Pedido julgado procedente. 1. A parte autora que litiga sob o pálio da assistência judiciária não se mostra obrigada ao depósito previsto no art. 488, inc. II, do CPC.

As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão expressamente previstas no art. 485 do CPC, que assim dispõe:

A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar literal disposição de lei; VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória; VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

4.9.2. Prazo

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de 2 (dois) anos. Vale destacar que este não deve ser concedido em dobro, quando o autor da demanda for a Defensoria Pública, uma vez que se trata de prazo decadencial, e não processual. Da mesma forma que não se deve aplicar o prazo diferenciado previsto para o Ministério Público, nos termos do art. 188.

Vale mencionar que esses dispositivos previam o prazo em dobro também para a ação rescisória. Sobre o tema, assevera Nelson Nery Junior que, ao contrário da concessão de prazo diferenciado para contestar e recorrer, aquela previsão contrariava o princípio da isonomia,

isto porque não há justificativa plausível para aumentar-se de dois (2) para quatro (4) anos o prazo para ajuizamento da ação rescisória (art. 495 do CPC), quando o autor for um dos entes

Preliminar de inépcia da petição inicial rejeitada. 2. Segundo o art. 485, caput, do CPC, cabe ação rescisória de sentença de mérito transitada em julgado. Por conseguinte, em regra, não se presta para desconstituir acórdão proferido em recurso especial que julga, em última análise, decisão de natureza interlocutória. 3. Hipótese em que se apresenta aplicável a exceção à regra. O acórdão rescindendo, proferido pela Sexta Turma nos autos do REsp 230.694/SE, ao julgar incabível a concessão do reajuste de 26,05%, reformou decisão interlocutória que, em execução, determinara a citação da União e o cumprimento da obrigação de fazer, consistente em implantar nos proventos do autor o reajuste em tela. 4. Por conseguinte, além de examinar o próprio mérito, acabou por impedir a percepção do reajuste pelo autor da ação rescisória, já assegurado em sentença transitada em julgado. Assim, incorreu em julgamento extra petita e contrariou a coisa julgada, violando, de forma literal, os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. 5. Pedido julgado procedente” (STJ, 3ª Seção, AR 2099/SE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, rev. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 243, v.u.).

aos quais a lei dá essa prerrogativa. O acúmulo de serviço e o número baixo de funcionários não justificam a concessão de mais dois anos, além do prazo legal de dois anos para todos, para a elaboração de petição inicial de ação rescisória.

Por essa razão, entende

correta a decisão do plenário do STF (ADIn n. 1.753-2), ao suspender a vigência do art. 4º das Medidas Provisórias 1.632 e 1.658, que criaram esse privilégio para os entes que menciona. Reeditada a medida provisória, agora sob outro número (1.798-5), não se repetiu o texto inconstitucional que fora suspenso pelo STF⁹⁰³.

4.9.3. Legitimidade

4.9.3.1. Legitimidade ativa

A legitimidade para a propositura da ação rescisória está contida no art. 487 do CPC, que dispõe:

Tem legitimidade para propor a ação: I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II – o terceiro juridicamente interessado; III – o Ministério Público: *a)* se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; *b)* quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei”.

Assim, da mesma forma como acontece em relação aos recursos, a Defensoria Pública poderá ajuizar ação rescisória visando à rescisão de qualquer decisão em processo coletivo, seja em processo que atuou como parte, seja em processo que não atuou.

Se o Ministério Público não for parte, em toda e qualquer ação rescisória deverá o órgão intervir. A intervenção justifica-se em razão da gravidade da demanda, pois seu objetivo é desconstituir uma decisão sob o manto da coisa julgada material.

⁹⁰³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 48. Entretanto vale mencionar que o STJ já concedeu o prazo em dobro para o ajuizamento da ação rescisória no caso de litisconsorte, com base no art. 191 do CPC: “*Processual civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Acórdão do STJ que concedeu o writ. Nulidade do processo por alegada falta de citação. Ação rescisória. Tempestividade. Impropriedade da via eleita. Sentença de mérito inexistente. I. Tempestividade da ação, considerada a existência de litisconsórcio a duplicar o prazo recursal, nos termos do art. 191 do CPC. II. Descabimento da rescisória calcada em nulidade do mandado de segurança por vício na citação, à mingua de sentença de mérito a habilitar esta via em substituição à própria, qual seja, a de querella nulitatis. III. Ação extinta, nos termos do art. 267, VI, do CPC*” (STJ, 2ª Seção, AR 771/PA, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.12.2006, DJ 26.2.2007, p. 539, v.u.).

No caso do processo coletivo, entretanto, tal previsão não tem qualquer relevância prática. Isso porque, conforme já analisado, em toda e qualquer demanda coletiva, quando o Ministério Público não for parte, deverá intervir na lide.

4.9.3.2. Legitimidade passiva

Em princípio, deve figurar no polo passivo da demanda rescisória todos aqueles que participaram do processo do qual emanou a decisão que se visa rescindir, com exceção, por óbvio, do próprio autor da ação rescisória.

A legitimidade passiva na ação rescisória de processos coletivos ganha contornos mais complexos, porque não é pacífico na doutrina a existência de legitimidade passiva coletiva⁹⁰⁴.

4.10. Compromisso de Ajustamento de Conduta

4.10.1. Considerações sobre o compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso (ou termo) de ajustamento de conduta está previsto no § 6º do art. 5º da LACP: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Antes de tratar sobre as características do compromisso, vale mencionar o veto do § 3º do art. 82 que previa o compromisso nas relações de consumo⁹⁰⁵. Esse veto, porém, tornou-se inócuo, tendo em vista o art. 113 do CDC que inseriu o § 6º no art. 5º da LACP, que regula o compromisso de ajustamento de conduta para todo e qualquer direito coletivo, inclusive os decorrentes de relação de consumo⁹⁰⁶. O compromisso

⁹⁰⁴ Sobre o tema, ler: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 199-205; DIDIER JUNIOR, Fredie. Situações jurídicas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Podivm, 2009, p. 211-218; NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas*, cit., p. 292-296.

⁹⁰⁵ Afirmava o § 3º do art. 82: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

⁹⁰⁶ Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 379. A jurisprudência aponta no mesmo sentido: “Processo civil. Recurso especial. Compromisso de ajustamento de conduta. Título executivo extrajudicial. Vigência do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. 1. Encontra-se em plena vigência o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, de forma que o descumprimento de

também tem previsão específica no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁹⁰⁷.

Agora, é importante lembrar que os legitimados coletivos não são titulares dos direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Por essa razão, o legitimado coletivo não tem disponibilidade do direito material tutelado. E, conseqüentemente, o legitimado não pode realizar atos de disposição, tal qual é a renúncia.

Quanto à transação, ainda que se trate de direito indisponível, é certa sua possibilidade. É claro que, em razão da indisponibilidade do direito, não se trata de uma transação total, mas meramente parcial. Assim, deve-se acordar o modo de reparação, isto é, a forma, o tempo e as condições para o cumprimento da obrigação. Da mesma forma que é perfeitamente possível às partes, em uma ação de alimentos, a despeito do caráter claramente indisponível do direito, a realização de um acordo acerca do valor e da forma de pagamento⁹⁰⁸.

Deve-se, portanto, existir uma mínima mitigação dessa indisponibilidade, possibilitando a transação muito restrita, a fim de dar maior efetividade ao instituto do compromisso de ajustamento de conduta, garantindo a tutela adequada dos direitos coletivos⁹⁰⁹.

Ao firmar o termo, deve o tomador ficar restrito aos princípios da moralidade administrativa, da proporcionalidade e da precaução na elaboração do documento⁹¹⁰.

O compromisso de ajustamento de conduta é um importante instrumento nos

compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista. 2. A Mensagem n. 664/90, do Presidente da República – a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor –, ao tratar do veto aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, fez referência ao art. 113, mas não o vetou, razão por que esse dispositivo é aplicável à tutela dos interesses e direitos do consumidor. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, 2ª T., REsp 443407/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.3.2006; DJ 25.4.2006, p. 106). “Processo Civil. Ação Civil Pública. Compromisso de acerto de conduta. Vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC. 1. A referência ao veto ao artigo 113, quando vetados os artigos 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não teve o condão de afetar a vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC, pois inviável a existência de veto implícito. 2. Recurso provido” (STJ, 1ª T., REsp 222582/MG, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12.3.2002, DJ 29.4.2002, p. 166).

⁹⁰⁷ “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

⁹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 525.

⁹⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 308; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 238.

⁹¹⁰ SÉGUIN, Elida. Defensoria Pública e a tutela do meio ambiente. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157.

tempos atuais, em que há a constante busca de meios alternativos de composição de conflito⁹¹¹.

Hugo Nigro Mazzilli aponta as principais características do compromisso de ajustamento de conduta:

a) é tomado por termo por um dos órgãos públicos legitimados à ação civil pública, b) nele não há concessões de direito material por parte do órgão público legitimado, mas sim por meio dele o causador do dano assume uma obrigação de fazer ou não fazer (ajustamento de conduta às obrigações legais); c) dispensam-se testemunhas instrumentárias; d) dispensa-se a participação de advogados; e) não é colhido nem homologado pelo juízo; f) o órgão público legitimado pode tomar o compromisso de qualquer causador do dano, mesmo que este seja outro ente público (só não pode tomar compromisso de si mesmo); g) é preciso prover no próprio título as cominações cabíveis, embora não necessariamente a imposição de multa; h) o título deve conter obrigação certa quanta à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto, e ainda deve conter obrigação exigível⁹¹².

O compromisso pode ter como objeto qualquer tipo de obrigação: de fazer, de não fazer, de dar ou de pagar quantia certa.

Por ter expressamente natureza jurídica de título executivo extrajudicial, o compromisso de ajustamento de conduta poderá ensejar a propositura de ação de execução⁹¹³. Essa execução poderá ser coletiva ou individual, conforme o caso.

É possível que a composição entre as partes ocorra no bojo de uma ação coletiva, respeitando as considerações realizadas quanto à indisponibilidade do direito objeto da ação⁹¹⁴.

⁹¹¹ ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva, cit, p. 97. O tema das formas alternativas de composição de conflitos será objeto do próximo capítulo.

⁹¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 386-387.

⁹¹³ “Ação de execução por quantia certa movida pelo Ministério Público por ajustamento de conduta em face de suposto dano ambiental. Embargos do devedor acolhidos. Verba sucumbencial. Inaplicabilidade do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985. I – Cuida-se de ação de execução por quantia certa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, fundada em Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes, que se obrigaram, cada uma, a determinada conduta em decorrência de dano ambiental. Interpostos embargos do devedor pela parte contrária, restando vencido o Parquet que, condenado ao ônus sucumbencial, pretende dele livrar-se com base no artigo 18, da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública” (STJ, 1ª T, AgRg no REsp 1011073/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.5.2008, DJ 29.5.2008, v.u).

⁹¹⁴ Exemplos: “Processo civil – Ação civil pública por dano ambiental – Ajustamento de conduta – Transação do Ministério Público – Possibilidade. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido” (STJ, 2ª T., REsp 299400/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. para o acórdão Min, Eliana Calmon, j. 1.6.2006, DJ 2.8.2006, p. 229, por maioria de votos). “Ação civil pública proposta pelo Ministério Público federal. Carne importada.

E, por essa razão, é recomendável que seja determinada a realização da audiência de conciliação prevista no art. 331 do CPC⁹¹⁵. Nesse caso, haverá a homologação do juiz por meio de uma sentença. Neste caso, tratar-se-á de título executivo judicial⁹¹⁶. Apenas não é possível esta conciliação nas ações de improbidade, por expressa determinação legal (art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92).

4.10.2. Legitimidade para firmar compromisso de ajustamento de conduta

A legitimidade para firmar compromisso de ajustamento de conduta é mais restrita quando comparada à legitimidade para a propositura de ação coletiva. Conforme anteriormente visto, são legitimados para ação coletiva tanto órgãos públicos quanto órgãos privados. Contudo, para firmar compromisso de ajustamento de conduta, apenas os órgãos públicos estão legitimados.

Assim, são legitimados: a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus órgãos.

No caso da administração indireta, é necessário realizar uma distinção entre aquelas pessoas que possuem natureza jurídica de direito público e as de direito privado⁹¹⁷.

São pessoas de natureza de direito público e, portanto, legitimadas para firmar compromisso de ajustamento de conduta: as autarquias e as fundações públicas. Como

Suspeita de contaminação radioativa em razão do acidente de Chernobyl. Recusa a proposta de acordo, com julgamento de mérito pela improcedência do pedido inicial, em grau de embargos infringentes. Formalização de novo acordo na fase do Recurso Especial. Homologação, eliminando o objeto do recurso pendente. Estando a solução da lide submetida a última instância, em matéria infraconstitucional, nada impede que o novo acordo seja aqui examinado. Afasta-se a tese sobre a disponibilidade do direito material em ação civil pública, no caso concreto – já que o bem tutelado integra a classe dos chamados direitos difusos – uma vez que, julgado o mérito, a carne importada fora considerada prestável ao consumo humano. Sendo o âmago da questão a proteção aos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade do produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal” (STJ, 2ª T., REsp 8714/RS, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 13.11.1991, DJ 10.2.1992, p. 856, v.u.).

⁹¹⁵ Afirma o art. 331 do CPC: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”. É importante notar que a redação atual, dada pela Lei n. 10.444/2002, corrigiu a impropriedade que existia na redação original, uma vez que não traz mais como condição para a realização dessa audiência de conciliação a disponibilidade do direito discutido, mas sim direitos que admitem transação.

⁹¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 391-392.

⁹¹⁷ Sobre a natureza jurídica das pessoas da administração indireta, ler: MELLO, Celso Antônio Bandeira.cit., p. 123.

as agências reguladoras são tidas como autarquias em regime especial⁹¹⁸, também estão legitimadas para firmar compromisso de ajustamento de conduta.

Não são legitimadas, porém, para firmar compromisso de ajustamento de conduta, as pessoas da administração pública indireta que possuem natureza jurídica de direito privado, quais sejam, empresas públicas e sociedade de economia mista⁹¹⁹.

Conforme dito, a conciliação pode ocorrer na fase processual e, nessa hipótese, questiona-se se qualquer legitimado pode realizar a conciliação ou se só aqueles previstos como legítimos para firmar compromisso de ajustamento de conduta. Entendemos que qualquer legitimado pode firmar conciliação judicial, uma vez que, nesse caso, eventual má-fé das partes é facilmente afastada pela obrigatória participação do Ministério Público como fiscal da lei e controle judicial por parte do juiz da causa⁹²⁰.

Sendo órgão público, a Defensoria Pública não sofre qualquer restrição, no campo da legitimidade, para firmar acordos nas ações coletivas. E, tendo em vista a legitimidade ampla e irrestrita para ajuizar demanda coletiva, tais características também estão presentes na legitimidade da Defensoria Pública para firmar compromisso de ajustamento de conduta.

A Defensoria Pública, quando firmar o compromisso de ajustamento, pode ser por meio de qualquer defensor público. Há, entretanto, quem entenda que a Defensoria Pública só pode firmar o termo por intermédio do defensor público-geral⁹²¹.

É certo também que há possibilidade de firmar o compromisso de ajustamento de conduta com mais de um órgão público legitimado. É o caso, por exemplo, do termo de ajustamento de conduta decorrente do acidente aéreo do avião da TAM, no dia 17 de julho de 2007, firmado entre a TAM Linhas Aéreas S/A e os seguintes órgãos públicos:

⁹¹⁸ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. cit., p. 132.

⁹¹⁹ Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, entende que as empresas públicas e sociedade de economia mista poderão firmar o compromisso de ajustamento desde que prestem ou explorem serviço público, estando vedadas apenas as pessoas que exploram atividade econômica (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 384-385). Mancuso amplia ainda mais essa legitimidade, estendendo-a para todas as pessoas da administração indireta. O autor ainda sustenta que: “*Nada obstante, presentes a interpretação teleológica (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º) e a instrumentalidade-efetividade do processo, seria pensável que, mediante a prévia oitiva do Ministério Público, como custos legis (Lei 7347/95, art. 5º, §1º), mesmo àquelas entidades (associações civis, fundações privadas e sindicatos) pudesse ser estendida a possibilidade de celebração de Termo de ajustamento, quando o justificassem a excepcionalidade da espécie, a particular relevância do interesse metaindividual considerado e a clara idoneidade da solução negocial alvitra, o que ora fica sugerido, ainda como contribuição ‘lege ferenda’*” (*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, cit., p. 245-246).

⁹²⁰ Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 307, nota 124. Em sentido contrário, afirmando a possibilidade de conciliação judicial somente dos órgãos públicos: VIGLIAR, José Marcelo. *Tutela jurisdicional coletiva*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90.

⁹²¹ SÉGUIN, Elida. *Defensoria Pública e a tutela do meio ambiente*, cit., p. 158.

a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Fundação Procon e a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo⁹²².

4.10.3. Limites do compromisso de ajustamento de conduta

Quando o compromisso não trata de todas as questões necessárias, como não pode existir renúncia, por ser direito indisponível, é possível o ajuizamento de ação coletiva para discutir o que não fora tratado no compromisso de ajustamento. Por essa razão, esse instrumento contém as garantias mínimas para a proteção do direito coletivo tratado⁹²³. Nesse sentido já se posicionou o STJ⁹²⁴.

Se o acordo ocorrer no curso de uma ação coletiva, questiona-se como o legitimado poderá manifestar sua discordância.

Se a discórdia for manifestada por um litisconsorte, entendemos que poderá haver a homologação do acordo pretendido por um dos legitimados ativos. Vale destacar que qualquer legitimado discordante obsta a transação. Se, porém, a discórdia for do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, o juiz poderá homologar, e caberá ao Ministério Público, se entender devido, apelar da sentença⁹²⁵.

Se a discórdia for manifestada por outro colegitimado, que não figurou no polo ativo depois da homologação, mas no prazo recursal, terá esta legitimidade ativa para a interposição do recurso de apelação.

Todavia, se a sentença tiver transitado em julgado, será possível o ajuizamento de ação anulatória, prevista no art. 486 do CPC⁹²⁶. Não será possível a propositura de ação rescisória, tendo em vista que a sentença homologatória não pode ser objeto dessa espécie de ação⁹²⁷.

Em princípio, somente os colegitimados coletivos serão legítimos para a propositura dessa ação anulatória. Entretanto é possível que o cidadão, desde que o objeto seja tutelável por ação popular – meio ambiente, patrimônio histórico ou cultural (art. 5º, LXXIII, da CF) –, busque a anulação de transação judicial realizada em ação coletiva, exatamente por meio da ação popular⁹²⁸.

Se o objetivo, porém, é complementar a tutela estabelecida na transação judicial, bastará o ajuizamento de uma nova ação coletiva, independentemente da anulação da

⁹²² Para conhecer mais profundamente o caso, ler: BEGA, Carolina Brambila. *Câmara de indenização Voo 3054 (CI 3044): um modelo alternativo para resolução de conflitos coletivos*. Tese defendida no VII Encontro Nacional dos Defensores Públicos, realizado em Cuiabá/MS.

⁹²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 392. Afirma o autor: “Seria inconstitucional que um colegitimado ativo à ação civil pública estipulasse extrajudicialmente um limite de responsabilidade material em favor daquele que causou danos a interesses transindividuais, dos quais o órgão público não é titular” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 393).

⁹²⁴ “Processo civil e administrativo – Ação civil pública – Legitimidade do Ministério Público – Leis n. 8.625/93 e n. 7.347/83 – Dano ambiental – Ceramistas – Extração de barro – Alvará – Licenciamento – Projeto de recuperação homologado no IBAMA – Interesse do MP no prosseguimento da ação civil pública que discute dano ambiental e sua extensão – Possibilidade. 1 – É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do parquet. 2 – A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista in satus assertionis, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial (“teoria da asserção”). 3 – Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (IBAMA) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo algum para o exercício da jurisdição. 4 – Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, ainda que conclua contrariamente ao interesse do recorrente. Recurso especial provido em parte, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito” (STJ, 2ª T., REsp 2665300/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 21.9.2006, DJ 2.10.1006, p. 247, v.u.). “Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Empresa poluidora. Legitimidade. Ministério público. Regularização de empresas junto a órgãos de fiscalização. Cabimento. I – O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública contra empresa poluidora ou que degrade o meio ambiente. Precedentes: AGREsp nº 170.958/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30/06/2004; REsp nº 310.703/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16/12/2002 e REsp nº 265.358/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/02/2002, p.00247. II – Remanesce o interesse do Ministério Público na proposição de Ação Civil Pública mesmo após o firmamento de Termo de Ajustamento de Conduta, eis que formulados pedidos alternativos para a reparação de danos causados. III – Recurso especial provido” (STJ, 1ª T., REsp 514489/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. 7.4.2005, DJ 16.5.2005, p. 232, v.u.).

⁹²⁵ Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 394.

⁹²⁶ Foi o que fez a Associação dos Moradores do Bairro Jardim das Américas, que ajuizou ação anulatória em face do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, Município de Cuiabá e Gerencial Construtora e Administradora Ltda. visando à anulação da sentença que homologou acordo firmado entre os réus pelas seguintes razões: “a) por não conter a assinatura do próprio Promotor requerente; b) ser ilegal por ter transigido sobre o que não podia transigir; c) ter o Ministério Público permitido e avalizado ilegalidades garantindo a continuidade de obras irregulares e autorizando a permuta de uma área por outra; d) não terem sido apurados os delitos criminais praticados” (STJ, 1ª T., REsp 723899, rel. Min. José Delgado, j. 12.5.2005, DJ 15.8.2005, p. 221, v.u.).

⁹²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 688.

⁹²⁸ Nesse sentido: “Processual civil. Violação ao art. 535, do CPC. Inexistência. Ação popular anulatória de acordo homologado judicialmente em sede de ação civil pública com a anuência do parquet. Coisa julgada material. Inocorrência. Crivo jurisdicional adstrito às formalidades da transação. Cabimento da ação anulatória do art. 486, do CPC. Inocorrência das hipóteses taxativas do art. 485, do CPC. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. A ação anulatória, prevista no art. 486, do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485, do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato, enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*. 3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania. 4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC. 5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação

sentença homologatória, tendo em vista que esse acordo judicial também tem natureza de garantia mínima.

4.11. Inquérito Civil

4.11.1. Conceito

O inquérito civil é um expediente previsto no art. 129, inc. III, da CF que prevê: “São funções institucionais do Ministério Público: 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”. Sendo que sua regulamentação está prevista na LACP. Declara o § 1º do art. 8º: “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

Entende-se que a natureza do inquérito civil é de procedimento administrativo, e não de processo administrativo⁹²⁹.

Visto que o inquérito civil tem natureza de procedimento administrativo, não são todos os princípios processuais que são aplicáveis a ele. Entretanto todos os princípios devem ser sempre aplicáveis, desde que não sejam contraditórios à própria natureza do inquérito civil. Nesse sentido, assim destaca Marcelo Abelha:

Dizer que a sua natureza é não jurisdicional, conclui-se que no inquérito civil não há relação jurídica processual, não se obedecendo ao princípio do juiz e promotor natural, não se devendo aplicar as regras do processo, já que não se trata de jurisdição e menos ainda de processo, não se causando ao inquirido qualquer tipo de restrição de direito⁹³⁰.

rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nesses casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486, do CPC. 6. Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da administração pública, é passível de anulação, in abstracto, na forma do art. 486, do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular. 7. In casu, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do Parquet e do juízo. Propriedade da ação, in genere, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório. 8. Recurso especial provido” (STJ, 1ª T., REsp 450431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.9.2003, DJ 20.10.2003, p. 183, por maioria de votos).

⁹²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e poder investigatório do MP. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil Pública após 2 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233.

⁹³⁰ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 102.

A principal questão envolve a incidência ou não do princípio do contraditório no inquérito civil.

Parte da doutrina e a jurisprudência sustentam que o inquérito civil é um procedimento inquisitório, sem a observância necessária do princípio do contraditório⁹³¹. Entendemos, por outro lado, que sempre que a incidência do contraditório não causar qualquer entrave para a investigação, deve ser ele observado⁹³².

Vale lembrar que o inquérito civil, bem como o inquérito policial, é dispensável para a propositura da ação coletiva, mesmo que a ação seja ajuizada pelo Ministério Público⁹³³.

Quando o inquérito civil for manifestamente incabível, poderá o indiciado impetrar mandado de segurança buscando o arquivamento imediato do procedimento⁹³⁴.

Se o membro do Ministério Público entender que não é caso de propositura da ação, após a instauração do inquérito civil, deve-se promover seu arquivamento que, por expressa determinação legal, deve ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público⁹³⁵.

A legitimidade para a propositura da ação coletiva, conforme já visto, é concorrente e disjuntiva, de sorte que qualquer legitimado coletivo pode propor a ação sem a anuência do outro. Sendo assim, o arquivamento do inquérito civil, certamente, não tem condão de impedir a propositura de ação coletiva por outro legitimado.

No entanto questiona-se se, após o arquivamento do inquérito civil, seria possível o próprio Ministério Público ajuizar a ação. Entendemos que, sendo o inquérito civil dispensável, o arquivamento não impediria a propositura da ação coletiva, mesmo que pelo Ministério Público, tendo em vista a independência funcional dos membros do Ministério Público⁹³⁶.

Vale mencionar que, mesmo depois de homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, pode o inquérito civil ser reaberto. Destaque-se que, em sede de

⁹³¹ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1995, p. 175.

⁹³² DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 237; MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e poder investigatório do MP, cit., p. 233-234.

⁹³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Inquérito civil e poder investigatório do MP, cit., p. 224.

⁹³⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 238. Seria uma solução semelhante à impetração de *habeas corpus* objetivando o trancamento do inquérito penal.

⁹³⁵ Afirma o § 1º do art. 9º da LACP: “Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público”.

⁹³⁶ Em sentido contrário, afirmando a impossibilidade, salvo se ocorrer fatos ou provas novas: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 240.

ação coletiva, nem mesmo a decisão judicial faz coisa julgada quando for de improcedência com provas insuficientes, permitindo a repropositura da ação. Por mais razão ainda, deve-se permitir a reabertura do inquérito civil anteriormente arquivado.

É perfeitamente possível a realização do compromisso de ajustamento de conduta em sede de inquérito civil. O § 6º do art. 5º afirma: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

4.11.2. Legitimidade

Conforme visto, a Constituição e a lei apenas afirmam a legitimidade do Ministério Público em presidir o inquérito civil.

A principal questão que colocamos é a possibilidade de o membro da Defensoria Pública presidir inquérito civil.

Tal questão se justifica porque o procedimento do inquérito civil confere a quem o presidia a possibilidade de requisição, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis (art. 8º, § 1º). Já a Defensoria Pública possui apenas a prerrogativa de requisição em face de órgãos públicos⁹³⁷.

Tendo em vista que a legitimidade da Defensoria Pública muito se assemelha à legitimidade do Ministério Público, é possível sustentar que, no exercício da atividade de legitimado autônomo para a condução do processo, tem a Defensoria Pública a possibilidade de instaurar procedimento análogo ao inquérito civil, podendo requisitar documentos e perícias também de órgãos particulares.

Nesse sentido, foi aprovada a Tese Institucional n. 3, no II Encontro dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo, realizado nos dias 28, 29 e 30 de novembro de 2008, no Centro de Convenções do Memorial da América Latina – São Paulo/SP, com a seguinte redação: “É atribuição discricionária do Defensor Público, no âmbito de sua autonomia funcional (art. 5º, VI, "g" c.c art. 162, VI da LCE 988/2006), dispor do instrumental da Lei de Ação Civil Pública com intuito de instruir futura Ação Coletiva”⁹³⁸.

⁹³⁷ Sobre o tema, ver item 3.8.3.4.

⁹³⁸ Tese institucional publicada no DOE, Poder Executivo, Seção I, 15/01/2009, p. 38.

Mesmo após a promulgação da Lei n. 11.448/2006, Humberto Dalla Bernardina de Pinho entende que à Defensoria Pública não é possível presidir inquérito civil⁹³⁹.

4.12. Liquidação e Execução de Sentença Coletiva

4.12.1. Liquidação coletiva

4.12.1.1. Considerações iniciais

Liquidação é, em apertada síntese, a forma pela qual se fixa o *quantum debeat*. Tem a finalidade de descobrir o valor da obrigação a ser adimplida pelo devedor⁹⁴⁰.

Somente com a liquidação, a sentença genérica assume exequibilidade, de sorte a possibilitar seu cumprimento. Isso porque, para ser exequível, o título judicial ou extrajudicial precisa conter três características: certeza, exigibilidade e liquidez⁹⁴¹. A liquidação serve exatamente para transformar a sentença genérica, que é ilíquida, em líquida.

É importante destacar que a liquidação no ordenamento pátrio sofreu uma importante alteração com a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005⁹⁴². Essa lei revogou o Capítulo que cuidava da liquidação de sentença, pertencente ao Livro II do CPC (próprio do processo de execução) e acrescentou outro Capítulo, também referente à liquidação de sentença, no Livro I do CPC (que trata do processo de conhecimento).

A liquidação, com a vigência da nova lei, deixou de ser um processo autônomo para ser um procedimento incidental⁹⁴³. Pelo antigo sistema, depois de findo o processo de conhecimento, isto é, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, caso esta fosse ilíquida, era necessário o processo de liquidação. Tratava-se, portanto, de outro

⁹³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas, cit., p. 172.

⁹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.

⁹⁴¹ “A liquidez consiste em determinar o valor, individualizar o objeto; a certeza significa a existência de uma dívida e a incontrovérsia da obrigação; e a exigibilidade representa a possibilidade imediata de postular-se o cumprimento da obrigação, ou quando a prestação não depender de termo nem condição” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 148).

⁹⁴² É importante dizer que este diploma legal foi responsável pela introdução do chamado cumprimento de sentença, procedimento que substituiu o antigo processo de execução por quantia certa contra devedor solvente com base em título judicial.

⁹⁴³ Patricia Miranda Pizzol informa que o CPC de 1939 também não previa a liquidação como um processo autônomo. No sistema do Código revogado, a liquidação era uma fase do processo de execução (PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 24)

processo. Tanto era assim, que, para iniciar a liquidação, era necessário o ajuizamento de uma petição inicial (com todos os requisitos indispensáveis para qualquer inicial contidos nos arts. 282 e 283 do CPC). O revogado parágrafo único do art. 603 exigia a citação do réu na figura do advogado⁹⁴⁴. Ademais, era resolvida por sentença, sendo esse pronunciamento impugnável pela via da apelação, que, segundo o art. 520, inc. III, do CPC, deveria ser recebida no efeito meramente devolutivo.

No sistema processual atual, o início da liquidação faz-se por meio de um requerimento, e a parte será intimada (e não mais citada) nos termos do § 1º do art. 475-A do CPC. Ademais, conforme expressa disposição do art 475-H: “*Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento*”⁹⁴⁵.

A despeito de a liquidação não ser mais um processo autônomo, há doutrinadores que afirmam que sua natureza jurídica de ação ainda permanece. Trata-se de uma ação incidental, inserida em um processo pendente. Ocorre, portanto, uma cumulação de ações que se desenvolvem no *simultaneus processus*⁹⁴⁶.

Como lembram os Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, essa solução adotada pelo legislador reformador não é novidade no CPC, já que o sistema não concede autonomia nem independência à reconvenção (que também aproveita o processo da ação principal)⁹⁴⁷.

Assim, Araken de Assis conclui que nada mudou substancialmente. Para o autor, “é inútil negar a constituição de nova relação processual na liquidação fundada nos títulos previstos nos incisos II, IV e VI do art. 475-N, simplesmente porque inexistirá, até então, qualquer processo”⁹⁴⁸.

Permanecendo a natureza de ação da liquidação, é importante informar a divergência da doutrina quanto à natureza dessa ação. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, trata-se de uma ação de conhecimento, de natureza

⁹⁴⁴ Afirma o art. 603: “*Procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação. Parágrafo único. A citação do réu, na liquidação por arbitramento e na liquidação por artigos, far-se-á na pessoa de seu advogado, constituído nos autos*”.

⁹⁴⁵ Há na doutrina polêmica acerca da natureza jurídica da decisão que encerra o procedimento da liquidação em primeiro grau. Entendendo que é decisão interlocutória: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 118. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior sustentam que a despeito desta previsão tem natureza jurídica de sentença. Assim, trata-se de uma situação especial em que a sentença é recorrível por agravo (*Curso de direito processual civil*, cit., p. 366).

⁹⁴⁶ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit, p. 629; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106.

⁹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit, p. 629.

⁹⁴⁸ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 106.

constitutiva-integrativa. Nas palavras dos autores, é uma ação que “visa completar o título executivo (judicial ou extrajudicial) com o atributo da liquidez, isto é, com o ‘*quantum debeatur*’”⁹⁴⁹. Araken de Assis opta pela natureza constitutiva⁹⁵⁰. Humberto Theodoro Junior entende que se trata de uma ação declaratória que aperfeiçoa a sentença condenatória⁹⁵¹.

Apesar de, ordinariamente, não ter mais natureza de ação, conforme recente alteração legislativa, o procedimento de liquidação no processo coletivo, mormente o caso de liquidações individuais de sentença genérica condenatória tutelando direitos individuais homogêneos, certamente não poderá ser entendido apenas como uma fase do processo, mas será sim uma ação própria.

4.12.1.2. Espécies de liquidação

A liquidação no processo coletivo, como no processo individual, pode ser de dois tipos: por arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475-E do CPC, respectivamente). Vale lembrar que as regras do CPC são aplicadas de forma subsidiária no processo coletivo, nos termos do art. 90 do CDC.

A liquidação por arbitramento ocorrerá sempre que houver a necessidade de perícia. Nessa modalidade, segundo o art. 475-D, ao receber o requerimento para a liquidação, o juiz deverá nomear um perito e fixar um prazo para a apresentação do laudo. Depois da apresentação do laudo, as partes terão dez dias para se manifestarem, então o juiz proferirá a decisão ou, se for necessário, designará audiência. Será necessário quando as partes, fundamentadamente, formularem quesitos complementares⁹⁵².

Essa modalidade deve ser utilizada, por exemplo, para aferição do *quantum* devido no caso de um dano moral difuso.

A liquidação por artigos será sempre utilizada quando houver a necessidade de alegar e provar fato novo, o qual, aqui, deve ser entendido como acontecimento “pertinente ao valor que não foi considerado na sentença exatamente porque a sentença

⁹⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 629.

⁹⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 105.

⁹⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 103.

⁹⁵² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 635.

não o fixou; não quer necessariamente dizer que é fato superveniente”⁹⁵³. Nessa modalidade, nos termos do art. 475-F, será observado, no que couber, o procedimento comum.

A liquidação por artigos será usada, por exemplo, para liquidar uma sentença coletiva pelo indivíduo ou sucessor da vítima, alegando e provando a dimensão individual dos danos sofridos.

Se for necessário apenas um cálculo aritmético, o credor deverá requerer, desde logo, o cumprimento da sentença, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. Não se trata de uma espécie de liquidação, pois inexistente qualquer procedimento prévio à execução, como existe no caso da liquidação por arbitramento ou artigos⁹⁵⁴.

4.12.1.3. Competência

No processo comum, não existe regra específica de competência para a liquidação. Aplicando-se para isso as regras pertinentes ao cumprimento de sentença expostas no art. 475-P⁹⁵⁵.

Afirma o artigo:

O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira. Parágrafo único. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Trata-se, portanto, de competência relativa. Antes da lei reformadora, contudo, o sistema indicava como competente para a liquidação apenas o juízo que proferiu a

⁹⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 52.

⁹⁵⁴ Em sentido contrário, afirmando que se trata de liquidação por cálculo do credor: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, cit., p. 49.

⁹⁵⁵ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 631; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 114.

sentença de primeiro grau, e a doutrina e a jurisprudência indicavam que se tratava de competência absoluta, pois era um caso de competência funcional⁹⁵⁶.

O parágrafo único do art. 97, que foi vetado, dispunha que a competência para a liquidação era o do juízo do domicílio do liquidante. A intenção do veto foi impedir a dissociação do foro do processo de conhecimento com o de execução, respeitando o princípio da vinculação⁹⁵⁷.

Ocorre que permaneceu intacto o § 2º do art. 98 do CDC, que assim dispõe: “É competente para a execução o juízo: I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; II – da ação condenatória, quando coletiva a execução”. Note-se, portanto, que o legislador indica que o foro da liquidação pode ser diverso do foro da ação condenatória, uma vez que utiliza , no inc. I, a partícula alternativa “ou”.

Assim, para identificar o foro alternativo para a liquidação, deve-se permitir a aplicação analógica do art. 101, I, do CDC: “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: a ação pode ser proposta no domicílio do autor”.

Desta feita, estará o liquidante autorizado a processar a liquidação no foro do seu domicílio⁹⁵⁸.

Esse entendimento ganha muita força após a reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005, porque a competência para a execução não é mais absoluta, mas sim relativa.

A nosso ver, são competentes para a liquidação no processo coletivo: a) o juízo que proferiu a sentença coletiva no primeiro grau de jurisdição; b) no lugar em que se localizam os bens sujeitos à execução; c) no lugar do atual domicílio do réu; ou d) no local do domicílio do liquidante.

⁹⁵⁶ Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*, cit., p. 18; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado* In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, p. 1692; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1058.

⁹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor brasileiro comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 816.

⁹⁵⁸ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor brasileiro comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 819; PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 190.

4.12.1.4. *Legitimidade*

A legitimidade para o requerimento de liquidação no processo coletivo dependerá do tipo de liquidação.

4.12.1.4.1. *Direito essencialmente coletivo (difuso ou coletivo stricto sensu)*

No caso de ação coletiva em que se tutele direito essencialmente coletivo, será possível a liquidação coletiva proposta pelos entes indicados nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Sendo, nesse caso, uma liquidação incidental, e não um processo autônomo.

Essa liquidação poderá ser por artigos ou por arbitramento⁹⁵⁹.

A legitimidade para o requerimento da liquidação, por analogia, deverá seguir a regra estabelecida para a execução⁹⁶⁰. Afirma o art. 15 da LACP: “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

Observe-se que, embora o dispositivo legal mencione apenas associação autora, esse dispositivo deve ser aplicado para todo e qualquer autor omissos⁹⁶¹.

Assim, aquele autor que ajuizou a demanda coletiva terá 60 dias para ajuizar a liquidação⁹⁶². Durante esse período, a legitimidade coletiva deixa de ser concorrente e disjuntiva para ser exclusiva daquele ente que ajuizou a demanda inicialmente.

Passado esse prazo de 60 dias, em que a legitimidade é exclusiva do ente que ajuizou a ação condenatória, o Ministério Público terá a obrigação de promover a liquidação⁹⁶³, e os outros legitimados coletivos terão a faculdade de executá-la.

⁹⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 365.

⁹⁶⁰ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidações nas ações coletivas*, cit., p. 197; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 512.

⁹⁶¹ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidações nas ações coletivas*, cit., p. 197; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 513; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 512.

⁹⁶² Sobre o prazo, assim assevera Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O prazo de sessenta dias é razoável para que o autor vencedor da ACP possa promover a liquidação e, posteriormente, a execução da sentença condenatória (CPC 475-I). Passado esse prazo, que é contado do trânsito em julgado da sentença condenatória, tem-se na inatividade do autor potencial prejuízo ao interesse social. A tutela jurisdicional integral somente ocorrerá se houver a satisfação dos direitos reclamados na ação de conhecimento (Constituição Federal comentada e legislação constitucional, cit., p. 513). Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, por outro lado, entendem que o prazo é irrazoável, isso porque a execução coletiva também é uma ação, à semelhança da ação de conhecimento coletiva, de sorte que o legitimado poderia tê-la proposto automaticamente (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 352).

Em qualquer caso, a legitimidade permanecerá da mesma natureza jurídica da legitimidade para ação de conhecimento; ou seja: será autônoma para a condução do processo, extraordinária ou ordinária, conforme a corrente doutrinária adotada.

A Defensoria Pública, como qualquer outro legitimado ativo, terá exclusividade no prazo de 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença obtida em uma ação por ela ajuizada. E, após esse prazo, terá a faculdade de promover a liquidação de sentença coletiva obtida em ação que tutelou direito difuso ou coletivo *stricto sensu* proposta por qualquer outro legitimado.

É muito importante lembrar que sentença que tutela direito essencialmente coletivo também pode ser liquidada individualmente. Trata-se do transporte *in utilibus* da coisa julgada, previsto no § 3º do art. 103 do CDC:

Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

O parágrafo transcrito confere outra eficácia à coisa julgada de procedência obtida em processo cujo objeto é direito difuso, pois, nos termos do parágrafo, a coisa julgada, além de beneficiar a coletividade no todo, poderá beneficiar o indivíduo isoladamente considerado. Beneficiará o indivíduo, pois ele não precisará de uma ação de conhecimento para pleitear eventual indenização de dano sofrido em decorrência da atividade abordada na ação coletiva. Bastará que o indivíduo prove o nexo causal entre o dano e a atividade realizada pelo réu e o *quantum* do dano sofrido individualmente.

Essa liquidação assemelha-se à liquidação da sentença genérica obtida em ação coletiva, que tem por objeto direito individual homogêneo (abordado no próximo item). A Defensoria Pública, comprovada a hipossuficiência econômica, poderá representar judicialmente a vítima, que é a parte legítima. Legitimidade esta que é genuinamente ordinária, tendo em vista que o autor age em nome próprio, defendendo interesse subjetivo individual próprio. Trata-se, portanto, de uma atuação típica da Defensoria Pública.

⁹⁶³ Esse dever decorre do princípio da obrigatoriedade (FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*, cit., p. 139; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 513).

4.12.1.4.2. Direito individual homogêneo

No caso de sentença obtida em ação que tutelou direito individual homogêneo, esta poderá ser liquidada de duas formas: por meio de liquidação coletiva ou por meio de liquidação individual. É o que dispõe o art. 97 do CDC.

Vejamos primeiro a liquidação individual, ou seja, aquela em que são legitimados a vítima ou seus sucessores.

Nesse caso, a Defensoria Pública, comprovada a hipossuficiência econômica, poderá representar judicialmente a vítima, que é a parte legítima (legitimidade ordinária), sendo uma atuação típica da Defensoria Pública. E, haverá a gratuidade da justiça, uma vez que o indivíduo é hipossuficiente econômico, representado pela Defensoria Pública. A gratuidade, portanto, não advém da isenção prevista no art. 87 do CDC ou 18 da LACP.

Assim, a partir de uma mesma sentença genérica condenatória, podem surgir diversas liquidações individuais, cada uma com um autor e um foro judicial competente diferente. Dessa forma, nesse caso, entendemos que a liquidação deixa de ser uma fase do processo principal para assumir natureza jurídica de ação autônoma⁹⁶⁴. Não seria possível admitir a existência de várias fases do mesmo processo, com autores distintos em trâmite em diferentes foros.

Desta feita, concluímos que a liquidação individual deverá começar com uma petição inicial, com o cumprimento dos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC e que o pronunciamento judicial final será sentença, sujeita ao recurso de apelação.

Não resta dúvida de que essa liquidação só poderá ser proposta em face daquele que figurou como réu na ação principal⁹⁶⁵.

Essa liquidação será feita por artigos, lembrando que o indivíduo deverá provar a existência e a extensão do dano por ele experimentado, bem como o nexo de

⁹⁶⁴ Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 364.

⁹⁶⁵ Vale observar a decisão do STJ: “Recurso especial. Ministério Público Federal. Ação civil pública. União. Reajuste de 28,86%. Condenação genérica. Liquidação proposta pelo servidor. INSS. Polo passivo. Ilegitimidade. I – A Autarquia federal não possui legitimidade para figurar no polo passivo da liquidação e execução de sentença genérica, em ação civil pública, proferida contra União, na qual se objetivava o pagamento do reajuste de 28,86%, porquanto, por ser pessoa jurídica distinta da União, possui autonomia administrativa e financeira. II – O efeito erga omnes previsto no art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, não vai ao ponto de comprometer a situação jurídica de terceiro que não participou do polo passivo da relação processual (art. 472, do CPC). Recurso especial provido” (STJ, 5ª T., REsp 462847/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 10.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 372, v.u.).

causalidade deste, com a condenação genericamente imposta na sentença coletiva genérica.

Vale mencionar que o parágrafo único do art. 97, que fora vetado, assim previa: “A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

Sobre o veto, Ada Pellegrini Grinover assevera que a intenção do veto era apenas quanto à competência para o processamento da liquidação, e não referente ao tipo de liquidação ou o que o liquidante teria de provar. A autora ainda afirma que a disposição permanece íntegra, em face dos princípios do estatuto civil, já que: “Com veto ou sem veto, a própria natureza das coisas exige que a liquidação se faça por artigos”⁹⁶⁶.

No mesmo sentido, afirmam Arruda Alvim e outros ⁹⁶⁷:

A modalidade de liquidação a ser utilizada será a da liquidação por artigos, porquanto cada vítima ou sucessor terá de comprovar a dimensão individual dos danos sofridos; ou seja, terá de evidenciar a extensão individual dos seus danos, ao passo que, na ação coletiva, que haja sido julgada procedente, ter-se-á, apenas, reconhecido que houve o dano, o a existência do dano.

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, por outro lado, sustentam que essa liquidação poderá ser por arbitramento ou por artigos⁹⁶⁸.

Ada Pellegrini Grinover entende que, na liquidação da sentença coletiva, há a necessidade de cada indivíduo provar o *an debeatur* específico, tendo em vista que a sentença liquidanda terá fixado apenas o *an debeatur* genérico⁹⁶⁹.

Patricia Miranda Pizzol, por outro lado, destaca que a

⁹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 817-818. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 256. “Agravado de instrumento. Ação coletiva. Consórcio. Devolução de parcelas pagas. Liquidação da sentença condenatória genérica. Ante o conteúdo da sentença condenatória genérica proferida na presente ação coletiva, prescindível seja feita a liquidação da sentença por artigos, porquanto não se apresenta necessário alegar e provar fatos novos acerca da identificação dos consorciados desistentes. Ademais, o provimento judicial, transitado em julgado, determinou expressamente que a liquidação deve ser por arbitramento. Agravo de instrumento provido. (TJRS, 14º Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70019080829, rel. Judith dos Santos Mottecy, j 24.5.2007, DJ 6.6.2007).

⁹⁶⁷ ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 435.

⁹⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 365.

⁹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 816. Neste mesmo sentido, Sérgio Shimura indica que é uma peculiaridade “a necessidade de prova plena pelo lesado, do fato danoso, do prejuízo sofrido e do nexo etiológico, isto é, tanto do ‘an debeatur’ como do ‘quantum debeatur’” (*Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 149).

extensão individual do dano não está relacionada, no nosso sentir, com a fixação do *an debeatur* específico, dizendo respeito, isto sim, à própria legitimidade do indivíduo para a propositura da liquidação e respectiva execução, ou seja, para que as vítimas possam ser beneficiadas pela sentença condenatória proferida no processo coletivo, terão de demonstrar que elas foram atingidas pelo ato praticado pelo agente. Trata-se de questão prejudicial pertinente não ao mérito, como ocorre em regra, mas relativa a uma condição da ação – legitimidade *ad causam*.

E conclui:

Isto posto, podemos afirmar, com segurança, que também nesse caso, a ação de liquidação terá por objetivo tão somente a fixação do *quantum debeatur* e não do *an debeatur*, em nada diferindo, portanto, no que concerne ao seu objeto (pedido) ou finalidade da liquidação tradicional.

Todavia se se tratar de liquidação coletiva, serão legitimados aqueles previstos no art. 82 do CDC. Nesse último caso, vale ressaltar que os legitimados ativos atuam na qualidade de representantes, necessitando, portanto, de autorização para agir por parte dos representados⁹⁷⁰. Por essa razão, assevera Marcelo Abelha Rodrigues que essa modalidade de liquidação não é propriamente coletiva, mas sim uma “ação pseudocoletiva”, isso porque, “ainda que o legitimado (e desde que a lei autorize a legitimidade extraordinária) seja ente coletivo, pelo simples fato de que o direito tutelado é individual puro”⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 817. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 256; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 357. “*Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental. Servidor Público. 28,86%. Ação Coletiva Substituição Processual. Liquidação e execução da Sentença pelo Sindicato. Possibilidade. Representação Processual. Precedentes. I – As ações coletivas são reguladas pelas disposições constantes na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública, conforme previsão em seu artigo 1º. Contudo, não estando inserta, no referido diploma, qualquer disposição específica referente à execução das sentenças coletivas em direitos individuais homogêneos, tem incidência a regra do seu art. 21, que determina a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor. II – Consoante previsão do art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, as sentenças proferidas em ações coletivas visando à defesa de interesses individuais homogêneos podem ser liquidadas coletiva ou individualmente. III – A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação” (REsp. n.º 487.202 – RJ, DJU de 24.05.04); IV. *Legitimidade do Sindicato reconhecida; V – Agravo regimental desprovido*”. (STJ, 5º T., AgRG no REsp 774033/RS, rel. Felix Fischer, j. 16.2.2006, DJ 20.3.2006, p. 348). Note-se que a ementa é clara quanto ao fato de que se trata de representação por parte do sindicato.*

⁹⁷¹ ABELHA, Marcelo. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005, p. 462.

A Defensoria Pública será legitimada coletiva para propor a liquidação em nome das vítimas, e como se trata de direito divisível, será necessária a comprovação da hipossuficiência econômica, bem como da autorização de cada indivíduo. Assim, embora coletiva, será uma atuação típica da Defensoria Pública.

Ada Pellegrini Grinover entende que não é possível o Ministério Público ajuizar liquidação de sentença genérica decorrente da tutela de direito individual homogêneo⁹⁷².

E mais, no caso de direitos individuais homogêneos, será possível a liquidação coletiva. Trata-se da hipótese do art. 100 do CDC: “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”. Essa possibilidade é denominada de “*fluid recovery*”, ou seja, indenização fluida ou recuperação fluida⁹⁷³.

Nesse caso, poderá ser ajuizada por qualquer legitimado, tratando-se de uma legitimidade disjuntiva e concorrente. E, como se trata de uma liquidação coletiva, terá o Ministério Público o dever de ajuizar⁹⁷⁴.

Para Ada Pellegrini Grinover, essa legitimidade é ordinária, tendo em vista que os legitimados agem em razão dos seus próprios objetivos institucionais⁹⁷⁵.

Trata-se ainda de uma legitimidade subsidiária, tendo em vista que as vítimas ou sucessores têm preferência, isso porque ela é exclusiva durante o prazo de um ano⁹⁷⁶.

⁹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 817. No mesmo sentido: “*Apelação cível. Ação civil pública. Energia elétrica. Consumidor classe rural. Tarifa privilegiada. Prevalência da destinação econômica sobre a localização geográfica. Cancelamento ex abrupto da tarifa rural relativamente aos imóveis urbanos. Devolução em dobro. Liquidação e execução (...) Tratando-se de ação civil pública envolvendo direitos patrimoniais individuais de consumidores, o interesse do Ministério Público se exaure no processo de conhecimento. A liquidação e execução devem ser promovidas pelos respectivos credores. Faz-se pelo sistema de habilitação individual (CDC, arts. 96 e seguintes). 5. Dispositivo. Apelação parcialmente provida e sentença explicitada.* (TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70016413312, rel. Irineu Mariani, j.31.10.2007, DJ 20.11.2007);

“*Apelação cível. Direito tributário e fiscal. Liquidação por arbitramento. Ação civil pública. Ministério Público. Ilegitimidade ativa. Conquanto não possa debater a legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública, questão sobre a qual incide a eficácia preclusiva da coisa julgada, é possível ao Município de Júlio de Castilhos aventar a legitimidade ativa do Parquet para executar a sentença procedente, especialmente no que toca à pretensão restitutória. Deve ser reconhecida a ilegitimidade ativa do Ministério Público para liquidar a sentença ou executar ação civil pública julgada procedente e que diga respeito à restituição de tributos. Precedentes da Câmara e do STJ. Apelo provido. Extinta a liquidação de sentença* (TJRS, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70015604143, rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 22.8.2007, DJ 18.9.2007).

⁹⁷³ Sobre o tema, ler: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 824.

⁹⁷⁴ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 78.

⁹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 824.

Quanto à expressão “número compatível com a gravidade do dano”, afirma Sérgio Shimura que se trata de um “conceito vago, porém salutar, na medida em que permite ao juiz incluir sob o alcance da norma situações nem sempre cogitadas pelo legislador, que, se fosse taxativa a previsão legal, ficariam sem tutela jurisdicional”⁹⁷⁷.

Marcelo Abelha, por seu turno, levanta uma série de questões de ordem prática: como identificar quantas ações individuais foram propostas nesse período de um ano? Dessas, quantas transitaram em julgado, conferindo a certeza de que a parte foi indenizada? Como fazer a medição entre o número de pessoas habilitadas nas ações de liquidação e a gravidade do dano? Como considerar essa gravidade do dano, se as liquidações referem-se a danos (morais e/ou materiais) emergentes ou cessantes que as pessoas tenham sofrido na sua esfera pessoal?⁹⁷⁸

Essa hipótese da liquidação fluida é muito comum quando se trata de danos insignificantes pensados isoladamente, mas com um vulto considerado, quando pensado globalmente⁹⁷⁹. A liquidação prevista no artigo transcrito (art. 100 do CDC) tem exatamente o objetivo de apurar esse prejuízo. A liquidação dessa sentença será por estimativa, pela via da liquidação por arbitramento ou por artigos.

Conforme visto, qualquer legitimado poderá requerer a liquidação coletiva do art. 100 do CDC. E, por essa razão, a Defensoria Pública também poderá liquidar nessa condição⁹⁸⁰.

Mesmo que se adote a posição mais restritiva acerca da legitimidade da Defensoria Pública, no sentido de que a legitimidade da instituição deve sempre se pautar na necessidade econômica do indivíduo a ser beneficiado com a ação, ainda assim a legitimidade da Defensoria Pública estaria configurada, porque, conforme será visto, o produto do cumprimento dessa sentença liquidada será o Fundo de Direitos Difusos, que reverte os valores lá contidos de forma difusa, beneficiando, portanto, todas as pessoas, inclusive pessoas hipossuficientes economicamente.

Pode-se discutir a possibilidade de aplicar esse art. 100 no caso do transporte *in utilibus* da coisa julgada, ou seja, depois de um ano do trânsito em julgado da sentença coletiva (tratando de direito essencialmente coletivo), pode o legitimado coletivo ajuizar

⁹⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 369.

⁹⁷⁷ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 186.

⁹⁷⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 78.

⁹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 824.

⁹⁸⁰ PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais*, cit., p. 277.

uma liquidação por estimativa, tendo em vista que não houve número compatível de ações (liquidação e cumprimento) individuais com base na referida sentença condenatória? Marcelo Abelha aponta a não possibilidade⁹⁸¹.

4.12.1.5. Objeto

A liquidação será sempre necessária, quando se tratar de sentença genérica. No processo coletivo, a sentença sempre será genérica, quando se tratar de direito individual homogêneo, nos termos do art. 95 do CDC, que dispõe: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Diante disso, podemos concluir que a liquidação sempre será necessária quando se tratar de direito individual homogêneo e, nos outros casos, quando for proferida uma sentença genérica que será excepcional, nos termos do art. 286, 2ª parte, do CPC⁹⁸².

É importante lembrar que também será possível a liquidação de decisão interlocutória. Sérgio Shimura⁹⁸³ exemplifica:

Decisão interlocutória que antecipa o provimento condenatório (arts. 273, 461, CPC; art. 84, CDC), que condena por dolo processual (art. 18, § 2º, CPC), que fixa multa diária (art. 461, § 5º, CPC; art. 84, § 4º, CDC), que converte a obrigação de fazer (ou de entregar coisa) em perdas e danos (arts. 461, § 1º, e 627, CPC)⁹⁸⁴.

Questiona-se acerca do cabimento da liquidação de compromisso de ajustamento de conduta. Esse instituto, conforme expressa disposição do § 6º do art. 5º da LACP, confere ao compromisso de ajustamento a eficácia de título extrajudicial.

Há de se permitir liquidação do compromisso de ajustamento de conduta⁹⁸⁵. Por exemplo, se um determinado termo de ajustamento de conduta prever a

⁹⁸¹ Segundo o autor, “caso fosse possível a reparação fluida resultante dos prejuízos não reclamados a título individual, haverá duplamente a proteção dos interesses difusos, só que nascido da violação de uma norma jurídica cujo objeto tutelado seria um bem difuso (que deu origem à coisa julgada ‘in utilibus’), e outra resultante do resíduo deixado pela ausência de liquidações individuais, quando comparado à gravidade do dano sob o ponto de vista de indivíduos lesados” (ABELHA, Marcelo. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC, cit., p. 466, nota 9).

⁹⁸² Afirma o art. 286 do CPC: “O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

⁹⁸³ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 149.

⁹⁸⁴ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 150.

⁹⁸⁵ Nesse sentido: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 151; PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 211.

responsabilização genérica por lesão a direitos individuais, será necessária a liquidação por parte do indivíduo (seja por meio de liquidação individual, seja de coletiva). Caso não fosse possível a liquidação, seria necessário o ajuizamento de ação condenatória, de sorte a tornar o termo firmado inútil⁹⁸⁶.

Ademais, também é possível pensar em um ajustamento de conduta que trate de direitos essencialmente coletivos liquidados por indivíduos para aferir dano individualmente sofrido⁹⁸⁷, por meio de uma aplicação analógica do transporte *in utilibus* da coisa julgada está prevista no § 3º do art. 103 do CDC.

Em tais casos, a liquidação se dará por meio de um processo autônomo de liquidação.

Patricia Miranda Pizzol também entende pela admissão da liquidação e fornece um segundo argumento:

Partindo da ideia de que o compromisso de ajustamento tem natureza jurídica semelhante à transação (...) acreditamos ser perfeitamente possível a celebração de um compromisso, que na hipótese de não ser cumprido, requeira a realização de prévia liquidação, antes de ser executado⁹⁸⁸.

Da mesma forma que a sentença condenatória poderá ser liquidada individual ou coletivamente, o compromisso de ajustamento de conduta poderá ser liquidado pelas vítimas ou seus sucessores, bem como pelo legitimado que firmou o compromisso, legitimidade exclusiva no prazo de 60 dias, ou por qualquer legitimado após decorrido esse prazo. Aplicação analógica do art. 15 da LACP.

4.12.2. Cumprimento de Sentença / Execução de Título Extrajudicial

4.12.2.1. Considerações iniciais

Execução é a realização concreta do direito reconhecido pelo Estado por meio de uma sentença condenatória, ou seja, a entrega do bem da vida ao credor da obrigação.

A execução de título judicial, como a liquidação, não é um processo autônomo, mas sim uma fase de único processo. O processo no direito processual civil atual é um

⁹⁸⁶ Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 364, nota 30.

⁹⁸⁷ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 211.

⁹⁸⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 211.

processo sincrético⁹⁸⁹, isto é, no mesmo processo, afirma-se e efetiva-se o direito. O objetivo foi finalizar com a existente dicotomia conhecimento/execução, na tentativa de buscar simplificar a tutela jurisdicional e, conseqüentemente, agilizar a satisfação do credor⁹⁹⁰.

Vale mencionar que essa característica está presente na obrigação de fazer (art. 461, do CPC, alterado pela Lei n. 8.952/94 e art. 84, do CDC); na obrigação de dar (art. 461-A, inserido pela Lei n. 10.444/2005); e na obrigação de pagar (arts. 475-I e seguintes, do CPC, inserido pela Lei n. 11.232/2005)⁹⁹¹.

Pelo antigo sistema (não sincrético), depois de findo o processo de conhecimento e o da liquidação (quando imprescindível), era necessário o processo de execução. O início da execução de título judicial ocorria com o ajuizamento de uma petição inicial (com o cumprimento dos requisitos específicos e gerais). Depois ocorria a citação do executado, o qual, na sua defesa, poderia apresentar embargos, que eram julgados por meio de sentença, que, por sua vez, era recorrível por apelação.

O atual procedimento, conhecido como cumprimento de sentença, é distinto. É certo que existem diversas diferenças entre os procedimentos, porém destacamos os que julgamos mais relevantes para o presente estudo⁹⁹².

Como não se trata de processo autônomo, o início se faz por meio de um requerimento. O executado não é mais citado, mas sim intimado na figura do seu advogado. O instrumento para a defesa é a impugnação. A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

É muito importante destacar que, embora prescindida de petição inicial, o início do cumprimento da sentença só pode ocorrer com a manifestação do interessado. Ainda

⁹⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 11; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 640.

⁹⁹⁰ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Execução por quantia certa contra devedor solvente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 184.

⁹⁹¹ Note-se que o CPC sofreu diversas alterações legislativas, às quais, segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, convencionou-s denominar “Pacote Republicado”, para significar a legislação infraconstitucional que complementa a Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional n. 45) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., Prefácio da 9ª edição).

⁹⁹² Para aprofundar o tema, ler: ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit.; MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. Execução por quantia certa contra devedor solvente, cit., p. 179-222; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 639-664.

que se trate de ação coletiva, não pode se iniciar de ofício pelo juiz. Sobre o tema, manifesta-se Elton Venturi⁹⁹³:

Em verdade, pela natureza das normas do CDC, *de lege ferenda*, parece-nos que no âmbito da execução não deveria incidir o princípio da iniciativa da parte, adotado pela sistemática do CPC no art. 2º, podendo determinar o próprio juiz do processo de conhecimento o início da execução da sentença. Na hipótese de recusa do autor da ação condenatória em participar da execução ou mesmo de desta desistir, abrir-se-ia margem à assunção por parte do Ministério Público⁹⁹⁴.

No caso da execução de título extrajudicial, o processo de execução continua autônomo e deve seguir o procedimento do Livro II do CPC. Ressaltando que a execução de título extrajudicial também sofreu alteração pela Lei n. 11.383/2006⁹⁹⁵.

4.12.2.2. Competência

Quanto à competência para a execução no processo coletivo, aplicam-se as observações dispostas no item da competência para liquidação.

4.12.2.3. Legitimidade para o cumprimento de sentença coletiva

A execução, como a liquidação, pode ser individual ou coletiva, dependendo do caso.

4.12.2.3.1. Direitos essencialmente coletivos (difuso ou coletivo stricto sensu)

No caso de direito difuso e coletivo *stricto sensu*, o cumprimento de sentença também terá natureza coletiva. Nesse caso, o cumprimento da sentença será realmente uma fase de processo único.

O legitimado que propôs a ação de conhecimento condenatória terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do trânsito em julgado da sentença condenatória ou da liquidação, para requerer o cumprimento da sentença.

⁹⁹³ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106.

⁹⁹⁴ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. cit, p. 106.

⁹⁹⁵ Sobre o tema, ler: THEODORO JUNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Durante esses 60 dias, tratar-se-á de uma legitimidade exclusiva, e não mais concorrente e disjuntiva. Decorrido esse prazo, qualquer legitimado poderá executar a sentença, e o Ministério Público deverá executar. É o que afirma o art. 15 da LACP. Artigo este já estudado, tendo em vista sua aplicação analógica na liquidação⁹⁹⁶.

Podemos pensar na seguinte situação: o ente coletivo “A” ajuíza uma ação coletiva e obtém uma sentença condenatória genérica (embora não seja a regra, é possível a prolação de uma sentença genérica, desde que seja uma das hipóteses do art. 286, 2ª parte, do CPC). O ente “A”, no prazo de 60 (sessenta) dias não requer a liquidação dessa sentença. Por essa razão, o ente “B” requer a liquidação dessa sentença. Questiona-se: após o provimento final da liquidação, terá o ente “A” legitimidade exclusiva no prazo de 60 (sessenta) dias para requerer o cumprimento da sentença já liquidada? Ou será que esta legitimidade exclusiva é transferida ao ente “B”, que liquidou a ação?

Entendemos que em nenhum dos casos há legitimidade exclusiva, de sorte que tanto o ente “A” quanto o “B” poderão requerer o cumprimento de sentença após o provimento obtido na liquidação.

O produto obtido nessa execução tem como destino o fundo de defesa dos direitos difusos. É o que dispõe o art. 13 da LACP:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados⁹⁹⁷.

Para Marcelo Abelha, o fundo representa:

um excelente mecanismo para tornar mais difícil a manipulação inidônea das verbas públicas e ao mesmo tempo permitir que a população possa cobrar e exigir que as verbas oriundas das condenações difusas tenham destinação transparente e vinculada à recuperação do dano difuso tutelado por intermédio dos instrumentos de jurisdição coletiva⁹⁹⁸.

A Lei n. 9.008/95 criou o Conselho Federal de Gestão do Fundo, órgão responsável por gerir os recursos contidos no fundo. Vale mencionar que o Conselho tem uma composição híbrida, com a participação da sociedade civil.

⁹⁹⁶ Destaque-se que vale para o cumprimento de sentença todas as considerações realizadas no item da liquidação sobre o artigo.

⁹⁹⁷ Sobre o fundo ler: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 355-356.

⁹⁹⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 331.

Os valores contidos no fundo devem ser destinados à recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas de meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, ordem econômica, e a outros interesses difusos e coletivos.

A Defensoria Pública, como qualquer outro legitimado ativo, terá exclusividade, no prazo de 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença obtida em uma ação por ela ajuizada. Após esse prazo, terá a faculdade de promover o cumprimento de sentença coletiva obtida em ação que tutelou direito difuso ou coletivo *stricto sensu* proposta por qualquer outro legitimado.

Vale destacar que a legitimidade da Defensoria Pública, ainda que se adote a teoria mais restritiva, estará configurada, tendo em vista que a destinação do produto existente no fundo é difusa, beneficiando, por consequência, pessoas hipossuficientes econômicas.

Ademais, como a Defensoria Pública tem a missão constitucional de promover educação em direitos, conforme será analisado no capítulo seguinte deste trabalho, e o orçamento do fundo pode ser aplicado na promoção de eventos educativos, nada obsta que a Defensoria Pública apresente projeto ao Conselho Federal de Gestão na área de educação de direitos na seara do direito do consumidor de serviços públicos, a ser financiado por recursos oriundos do fundo em comento.

É importante lembrar que a sentença condenatória proferida em ação na qual se discute direitos essencialmente coletivos pode ser utilizada individualmente por vítimas ou sucessores. Trata-se do transporte *in utilibus* da coisa julgada que está prevista no § 3º do art. 103 do CDC.

Nesse caso, será sempre necessária a liquidação individual da sentença coletiva, conforme visto no item anterior. Conforme já visto, entendemos que essa liquidação será um processo autônomo, e o cumprimento será uma fase de processo, respeitando as regras do cumprimento de sentença estabelecidas nos arts. 475-I e seguintes do CPC.

Comprovada a hipossuficiência econômica da vítima ou sucessor, a Defensoria Pública poderá representar judicialmente a vítima, que é a parte legítima (legitimidade ordinária). Trata-se de uma função típica.

Vale destacar apenas que, na hipótese de hipossuficiência, ainda que patrocinada a causa por outro legitimado, por exemplo, o sindicato, este terá direito à concessão da gratuidade da justiça. Pode-se questionar se a alegação de hipossuficiência deve referir-se às pessoas que se beneficiarão com a execução/cumprimento de sentença ou se deve referir-se ao ente legitimado. O STJ parece entender ser a hipossuficiência do ente o requisito para a concessão da gratuidade da justiça⁹⁹⁹.

4.12.2.3.2. *Direitos individuais homogêneos*

No caso desses direitos, o cumprimento poderá ser requerido de forma individual ou coletiva.

Nesse sentido dispõe o art. 97 do CDC: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

Será individual quando promovida pelo indivíduo; e coletiva, quando promovida pelo legitimado.

Afirma o art. 98 do CDC: “A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

Ressalte-se que, nesse caso, como na liquidação da sentença coletiva de direitos individuais homogêneos, os legitimados coletivos atuam como representantes das vítimas e seus sucessores, sendo necessária então autorização dos representados.

O produto dessa execução coletiva decorrente de sentença em processo em que se discute direito individual homogêneo não tem o mesmo destino que o produto obtido na execução coletiva de sentença proferida em processo no qual discutiu-se direito

⁹⁹⁹ Vejamos o julgado a seguir: “*Processual civil – CPC, art. 535 – Ausência de violação – Sindicato – Ação coletiva – Execução: legitimidade – Gratuidade de justiça: possibilidade – Precedentes. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem analisa, ainda que implicitamente, a tese objeto dos dispositivos legais apontados pela parte. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a legitimação constitucional conferida aos sindicatos alcança, também, a fase de execução das sentenças proferidas em ações coletivas. 3. De igual maneira, tem se decidido reiteradamente que pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações, fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, mediante comprovação da necessidade do benefício. 4. Recurso especial provido*” (STJ, 2ª T., REsp 834363/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 9.2.2008, DJe 10.10.2008, v.u.).

essencialmente coletivo. Enquanto nesta o produto é destinado para o fundo de direitos difusos; naquela o produto é destinado aos indivíduos lesados.

Nesse caso, a Defensoria poderá agir, de forma coletiva, em nome das vítimas, e, como se trata de direito divisível, será necessária a comprovação da hipossuficiência econômica, sendo uma atuação típica.

Nessa hipótese, haverá a gratuidade da justiça, tendo em vista que o indivíduo é hipossuficiente econômico, representado pela Defensoria Pública. A gratuidade nesse caso, portanto, não advém da isenção prevista no art. 87 do CDC ou no 18 da LACP.

É importante dizer que também será possível, nesse caso, a execução individual, e, também, nesse caso, a legitimidade pertencerá à vítima, e a Defensoria Pública, comprovada a hipossuficiência econômica, poderá representá-la judicialmente. Sendo esta uma função típica.

Pedro da Silva Dinamarco sustenta a ilegitimidade do Ministério Público para liquidar e executar sentença, uma vez que aqui inexistiria qualquer interesse social¹⁰⁰⁰. Marcelo Abelha, com razão, entende possível a liquidação e a execução pelo Ministério Público, quando se tratar de direito indisponível¹⁰⁰¹.

Existe mais uma possibilidade de execução coletiva em caso de direito individual homogêneo: trata-se da hipótese do art. 100 do CDC, também já estudado no item anterior.

Questiona-se acerca da satisfação do direito consagrado em uma sentença condenatória transitada em julgado pela vítima ou sucessor após a realização dessa execução coletiva; pois o prazo de um ano não pode ser tido como um prazo decadencial para a propositura da liquidação e cumprimento de sentença do lesado ou do direito reconhecido na sentença condenatória genérica¹⁰⁰².

Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins afirmam:

Promovida que seja a indenização com base no art. 100, e destinando-se o numerário obtido ao Fundo, e, ocorrendo indenização individuais, do que seja obtido com base na atuação prescrita no art. 100, dever-se-á deduzir o que venha a ser pago (ou, o que já tenha sido pago) aos credores individuais. Não pode haver indenização dupla pelos mesmos fatos¹⁰⁰³.

¹⁰⁰⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 217.

¹⁰⁰¹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 77.

¹⁰⁰² ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 300-301.

¹⁰⁰³ ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 447. Nesse mesmo sentido: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit.,

Entretanto há quem sustente que seria mesmo do réu. Para essa segunda posição, não haveria *bis in idem*, pois a execução do art. 100 é mera estimativa e assumiria um caráter punitivo¹⁰⁰⁴.

4.12.2.4. Legitimidade para execução de título extrajudicial

Na tutela coletiva, tem-se como exemplo ordinário o termo de ajustamento de conduta¹⁰⁰⁵. Outro exemplo de título executivo é a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)¹⁰⁰⁶.

Uma questão sobre a legitimidade que se coloca diz respeito à aplicação analógica do art. 15 da LACP. Assim, se a Defensoria Pública firmar um termo de ajustamento de conduta com uma determinada empresa, teria ela legitimidade exclusiva durante 60 (sessenta) dias para executá-lo? Entendemos que sim¹⁰⁰⁷.

O compromisso de ajustamento não cumprido pode gerar o ajuizamento de ação de execução, a qual, da mesma forma que ocorre no cumprimento de sentença, poderá ser coletiva ou individual, conforme o caso.

Assim, no caso de direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, o compromisso de ajustamento de conduta não cumprido ensejará a propositura de uma ação de execução coletiva, proposta pelos entes coletivos. Também poderá ensejar a propositura de ação individual, tendo em vista a aplicação analógica do transporte *in utilibus* da coisa julgada, que está prevista no § 3º do art. 103 do CDC.

No caso de direitos individuais homogêneos, também será possível ação de execução coletiva (sendo os legitimados coletivos representantes das vítimas e sucessores) e individual (sendo legitimados as vítimas ou sucessores).

Por fim, também será possível a execução genuinamente coletiva, proposta pelos legitimados coletivos, conhecida como “*fluid recovery*”, prevista no art. 100 do CDC.

p. 193.

¹⁰⁰⁴ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 78 e 302-304.

¹⁰⁰⁵ “*Ação de execução por quantia certa movida pelo Ministério Público por ajustamento de conduta em face de suposto dano ambiental. Embargos do devedor acolhidos. Verba sucumbencial. Inaplicabilidade do artigo 18 da lei nº 7.347/1985. I – Cuida-se de ação de execução por quantia certa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, fundada em Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes, que se obrigaram, cada uma, a determinada conduta em decorrência de dano ambiental. Interpostos embargos do devedor pela parte contrária, restando vencido o Parquet que, condenado ao ônus sucumbencial, pretende dele livrar-se com base no artigo 18, da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública*” (STJ, 1ª T, AgRg no REsp 1011073/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.5.2008, DJ 29.5.2008, v.u).

¹⁰⁰⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 360.

¹⁰⁰⁷ Nesse sentido: VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106.

Havia uma discussão acerca da possibilidade de executar título executivo extrajudicial em face da Fazenda Pública¹⁰⁰⁸. Tal discussão foi superada com a edição da Súmula n. 279 do STJ, que assim dispõe: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”. Assim, é perfeitamente possível a execução do compromisso de ajustamento de conduta em face da Fazenda Pública.

4.13. Relações entre Ações Coletivas e Ações Individuais

4.13.1. Sobre os fenômenos da litispendência, conexão e continência

Para estudar esse tema, é importante tratar dos fenômenos processuais da conexão e da litispendência, e, para tanto, será necessário identificar os elementos da ação, quais sejam, partes, pedido e causa de pedir.

A conexão está prevista no art. 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Conexão, então é:

O vínculo, um nexos, um elo entre duas ou mais ações, de tal maneira relacionada entre si que faz com que sejam conhecidas e decididas pelo mesmo juiz, e, às vezes, até no mesmo processo. É um vínculo que entrelaça duas ou mais ações, a ponto de exigir que o mesmo juiz delas tome conhecimento e as decida¹⁰⁰⁹.

O texto legal apenas afirma a conexão fundada na identidade de objeto ou causa de pedir. Entretanto parte da doutrina afirma que “a lei disse menos do que queria dizer, devendo-se entender não apenas a causa de pedir e o pedido (objeto), como também as partes, ou seja, quaisquer dos elementos da ação”¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ “Isto porque o art. 100 da CF, quando trata do assunto, é expresso ao dizer ‘em virtude de sentença judiciária’ (‘caput’); ou ‘oriundos de sentenças transitadas em julgados’ (§ 1º); ou em ‘virtude de sentença transitada em julgado’ (§ 1º-A). Pelo texto constitucional, pois, depreende-se, pelo menos literalmente, a necessidade do título judicial para fundamentar a expedição de precatório. Entretanto, em que pese a existência de vozes contrárias, o fato é que o entendimento prevalente sobre a matéria é o da possibilidade de se envolver sim a execução contra a Fazenda Pública com base no título judicial. Como é cediço, não existe diferença quanto à eficácia entre os títulos judicial e extrajudicial. Todos são igualmente abstratos e conduzem à plena realização do direito material, vale dizer, independentemente de cognição” (MIRANDA, Gilson Delgado. A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 802.

¹⁰⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 257.

¹⁰¹⁰ PIZZOL, Patricia Miranda. *Competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 288. Nesse mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo*

A continência está prevista no artigo seguinte: “Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”.

Há, portanto, uma causa continente (aquela que contém o objeto mais amplo) e uma causa contida (aquela que contém o objeto menos amplo). A continência também exige uma semelhança entre as ações, pode-se dizer, portanto, que a continência é uma espécie do gênero conexão.

Questiona-se sobre a eventual relação da continência com a litispendência. Pode-se resolver a questão da seguinte forma:

Se a causa continente for proposta antes da contida, a hipótese não será de continência, mas de litispendência, cumprindo à parte, por ocasião da contestação, arguir, em preliminar, a objeção de litispendência, vez que toda a causa terá sido abrangida pela causa em curso. Também na hipótese cronológica inversa, é possível a ocorrência de litispendência parcial, desde que a ação contida seja inteiramente igual a parte da ação continente”¹⁰¹¹.

Objetiva-se com a conexão e a continência evitar julgados que sejam logicamente incompatíveis (harmonia dos julgados) e a economia processual. Discute-se na doutrina se a reunião dos processos em razão da conexão é ou não obrigatória.

Há quem sustente que a conexão em qualquer caso é obrigatória¹⁰¹². Outros sustentam que apenas a conexão que se fundamenta na busca da harmonia de julgados é norma cogente, já a conexão objetivando a economia processual, seria norma de ordem particular¹⁰¹³. Há, por fim, quem sustente que a reunião nunca é obrigatória¹⁰¹⁴.

Litispendência significa a existência de uma lide em curso, de uma lide pendente. Assim, na pendência de um julgamento, não pode a parte ajuizar a mesma ação (mesma parte, mesma causa de pedir e mesmo pedido). Na hipótese de ser ajuizada a nova ação, esta deve ser extinta sem resolução do mérito. No entanto, se não for alegado ou reconhecido de ofício, sobrevindo uma sentença na segunda ação que transitou em julgado em primeiro lugar, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, deverá a primeira ação ajuizada ser extinta sem julgamento de mérito¹⁰¹⁵.

Civil comentado e legislação extravagante, cit., p. 288.

¹⁰¹¹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, cit., p. 296.

¹⁰¹² PIZZOL, Patrícia Miranda. *Competência no processo civil*, cit., p. 297. No mesmo sentido: BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao direito processual civil*, cit., p. 73. O autor afirma que o verbo “pode” foi usado impropriamente, tendo o sentido de “deve”.

¹⁰¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 258.

¹⁰¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*, cit. p. 212.

¹⁰¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista

Resumidamente, haverá litispendência quando forem idênticos os três elementos e haverá conexão quando as ações forem semelhantes (com identidade de causa de pedir, por exemplo).

4.13.2. Entre ações coletivas

É perfeitamente possível existir litispendência entre ações coletivas. Havendo, por conta de legitimidade autônoma para a condução do processo, uma peculiaridade, pois é necessário destacar a “absoluta irrelevância de que se reveste o dado relativo a quem intente a ação, ou seja, ao autor, propriamente dito”¹⁰¹⁶.

Portanto, ainda que aparentemente não haja identidade de partes, esta pode existir. Se um legitimado do art. 82 (por exemplo, a Defensoria Pública) ajuizar uma determinada ação, não poderá a associação ajuizar ação semelhante (com causa de pedir e pedido idênticos à primeira ajuizada), sob pena de constituir litispendência.

Na hipótese de se verificar a litispendência, nos termos do CPC, o segundo processo deve ser extinto¹⁰¹⁷. No caso da ação coletiva, porém, entendemos que se deve adotar uma solução distinta, tendo em vista a especialidade do direito discutido. A solução mais acertada, dada a relevância do direito em questão, seria a reunião dos processos, solução dada no caso de conexão ou continência.

No caso concreto, entretanto, essa solução pode inviabilizar o exercício da tutela de direitos coletivos pelo legitimado ativo. Por exemplo: uma pequena associação de defesa de direitos dos consumidores ajuíza uma ação coletiva visando à retirada de determinada publicidade, de âmbito nacional, tendo em vista o caráter abusivo. Tal ação é ajuizada na capital do Estado do Pará, onde está localizada sua sede. Na contestação, em preliminar, o réu alega litispendência, dada a existência de uma ação idêntica em tramitação no foro da capital do Estado de Rio Grande do Sul, ajuizada anteriormente por outra associação¹⁰¹⁸. Nesse caso, ainda que o juiz entenda ser o caso de reunião dos

dos Tribunais, 1997, p. 286-287.

¹⁰¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: Mazzei, Rodrigo; Nolasco, Rita Dias. (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo, SP: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 264.

¹⁰¹⁷ Afirma o art. 219 do CPC: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

¹⁰¹⁸ Como se trata de dano de âmbito nacional, tem-se a competência concorrente da capital de qualquer Estado ou do Distrito Federal, conforme prevê o art. 93 do CDC: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de

processos, dificilmente uma associação de pequeno porte conseguirá atuar adequadamente em um foro tão longe de sua sede. Mas é importante que se dê oportunidade para essa atuação.

Também poderá ocorrer o fenômeno da conexão ou da continência entre ações coletivas. Nesse caso, nos termos do CPC, também seria necessária a reunião dos processos.

Tratando-se da Defensoria Pública, é importante destacar uma situação. Imaginemos que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuíze essa ação em São Paulo (capital) e, em contestação, o réu alegue conexão com uma ação ajuizada anteriormente por uma associação em Salvador/BA, e, ante tal situação, o juiz determina a reunião dos processos no foro de Salvador.

Na situação colocada, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo poderá atuar na Justiça Estadual daquele Estado em litisconsórcio com a Associação? Entendemos que sim.

Isso porque a Lei Complementar n. 80/94, quando afirma que a Defensoria Pública estadual atuará na defesa dos hipossuficientes nos âmbitos judicial, extrajudicial e administrativo do respectivo Estado, trata das hipóteses de atuação ordinária da Defensoria Pública, qual seja, atuação na qualidade de agente com capacidade postulatória para representar a parte em juízo.

No presente caso, porém, a Defensoria Pública não está na qualidade de representante com capacidade postulatória, mas sim como parte legítima conferida pela legislação. E, sendo legítima, será legítima para demandar na justiça do respectivo Estado ou em qualquer Estado da Federação.

Retomaremos essa ideia quando tratarmos da possibilidade de a Defensoria Pública do Estado atuar com Justiça Federal, bem como da possibilidade de a Defensoria Pública da União atuar com Justiça Estadual.

competência concorrente". Entendendo também que se trata de competência concorrente: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 255; ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 426. O autor Antonio Gidi entende que, de lege lata, a solução é essa, mas sustenta, de lege ferenda, "que a melhor solução para essas lides de âmbito nacional seria a propositura da demanda na Capital da República, pelo Ministério Público Estadual ou Federal, ou qualquer dos legitimados do art. 82, independentemente de terem âmbito nacional, perante a Justiça Federal ou mesmo o STJ. Uma outra hipótese admissível seria a propositura da ação perante a Justiça Federal em qualquer Estado Federado" (*Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 224-225). Entendendo que é hipótese de competência concorrente apenas quando a ação tiver objeto dano regional, sendo a competência para julgar o dano nacional apenas do foro do Distrito Federal (GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 878).

4.13.3. Ação coletiva e ação individual

No caso de ação coletiva e ação individual, jamais haverá litispendência.

Em se tratando de ações de direito difuso ou coletivo *stricto sensu* não é possível identificar a litispendência, tendo em vista que o indivíduo não é legitimado para tutelar essa espécie de direito¹⁰¹⁹, mas somente aqueles entes previstos no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC. Assim, jamais existiria identidade entre ações. É o que prevê expressamente o art. 104, 1ª parte do CDC: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais”.

No caso da ação coletiva para defesa de direito individual homogêneo, embora também só tenham legitimidade os entes previstos no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC, como se trata na essência de direito individual, o indivíduo, por meio de uma ação individual, poderá tutelar seu direito (porém não o de outros indivíduos). Em se tratando de legitimação extraordinária, a regra é que, embora não haja identidade formal entre o substituído e quem o substitui, há, sim, identidade. É por essa razão, por exemplo, que, se o Ministério Público, legitimado para a defesa do interesse do menor, ajuizar uma ação de alimentos contra o suposto pai, não poderá o menor ajuizar ação similar, justamente por existir o pressuposto processual negativo da litispendência.

Contudo, no caso da ação coletiva, o CDC permitiu expressamente a convivência das ações coletivas e das ações individuais. Isso porque, visou-se sempre garantir e preservar o direito do indivíduo socorrer-se pessoalmente do judiciário, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Quanto ao direito individual homogêneo, é necessário fazer uma importante observação: existindo uma ação coletiva acerca de um direito individual homogêneo, o indivíduo que propôs uma ação individual terá dois caminhos, nos termos dos arts. 103 e 104 do CDC.

¹⁰¹⁹ Vale destacar que a ação individual aqui não pode ser confundida com ação popular, ajuizada pelo cidadão. Nesse caso, entendemos que pode ocorrer litispendência se idêntica a causa de pedir e o pedido, uma vez que, na ação popular, o cidadão tem legitimidade para tutelar direito transindividual.

O primeiro: poderá continuar com sua ação individual e, nesse caso, eventual sentença de procedência na ação coletiva não irá beneficiá-lo. Trata-se, pois, de uma exceção da regra da coisa julgada *erga omnes*¹⁰²⁰.

O segundo: poderá suspender a ação individual, no prazo de 30 dias, até o término da ação coletiva, e, nesse caso, a sentença de procedência na ação coletiva irá beneficiá-lo. Se esta, ao final, for de improcedência, terá o indivíduo a possibilidade de prosseguir com a ação individual. Sendo possível a retomada da ação, independentemente do término da ação coletiva, e, nesse caso, também não será beneficiado com eventual sentença de procedência no processo coletivo¹⁰²¹.

O prazo de 30 (trinta) dias para requerer a suspensão deve ter como termo *a quo* a ciência, nos autos, da existência da ação coletiva.

Questiona-se: se a ação individual for patrocinada pela Defensoria Pública e a ação coletiva tiver como legitimado ativo a Defensoria Pública, o termo *a quo* pode/deve ser iniciado da propositura da ação coletiva ou será necessário um ato formal? Entendemos ser necessária uma peça, assinada pelo indivíduo, que tem conhecimento da propositura da ação coletiva. Isso porque o fato de ter uma ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública não implica a ciência inequívoca do indivíduo, ainda que este seja representado pela Defensoria Pública.

É importante destacar que não existe prazo predefinido para manutenção da suspensão no processo individual. Este deverá ficar suspenso até o término do processo coletivo, não importando o tempo necessário para tanto¹⁰²².

Ademais, é certo que o indivíduo poderá ainda ajuizar uma ação individual mesmo depois de ajuizada a ação coletiva, sendo, nesse caso, também possível a suspensão do processo individual para se beneficiar da sentença coletiva¹⁰²³.

Poderíamos questionar outra situação: a Defensoria Pública é procurada por um indivíduo hipossuficiente visando à propositura de uma ação em que exista uma ação coletiva tutelando exatamente o direito que aquele indivíduo pretende.

¹⁰²⁰ ALVIM ARRUDA; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda, et al. *Código do consumidor comentado*, cit., p. 488, nota 2.

¹⁰²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 943; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 205.

¹⁰²² Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 943.

¹⁰²³ “Para a lei é indiferente saber qual ação foi proposta em primeiro lugar. Não é juridicamente relevante se o consumidor propôs a sua ação individual depois da propositura da ação coletiva. Incide normalmente o dispositivo, ainda que o consumidor tenha proposto a sua ação coletiva, e ainda que consciente, extra-autos, da existência desta” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 199).

Embora não exista a possibilidade de denegação, existe a necessidade de fortalecer o instituto das ações coletivas, buscando um dos seus principais objetivos, qual seja, a diminuição de demandas idênticas, evitando-se também julgados contraditórios. Seria esse argumento suficiente para fundamentar uma denegação de atendimento?

Entendemos que não. Porque o sistema processual coletivo, como visto, preserva e garante o direito individual de se socorrer ao Judiciário. A negativa de atendimento por parte da Defensoria Pública, com tal justificativa, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constitucionalmente garantido no art. 5º, XXXV, da CF.

Ademais, é preciso considerar que, lamentavelmente, as demandas coletivas possuem tramitação mais lenta no processo judiciário, quando comparadas às demandas individuais.

Por outro lado, é dever do órgão informar a existência da ação coletiva e as implicações da propositura de uma ação individual quanto à coisa julgada.

Entre a ação individual e a coletiva existirá conexão ou continência quando a ação individual tratar do mesmo fato danoso da ação coletiva, uma vez que haverá identidade de causa de pedir.

Entretanto, ao contrário do que ocorre no direito processual individual, não será indicada a reunião de todos os processos quando a reunião, em razão do número elevado, impedir a efetiva prestação jurisdicional. É necessário verificar que o instituto da conexão foi criado para conferir harmonia entre os julgados e maior economia processual, sempre pensando no acesso efetivo à justiça. O instituto, portanto, não pode ser utilizado quando vai de encontro com as finalidades da sua criação.

4.13.4. Banco de dados de ações coletivas

Nesse item destacamos um tema de muita importância: a criação de um banco de dados nacional de ações coletivas, com as respectivas decisões (liminares ou finais) obtidas. Esse banco de dados poderia evitar a propositura de demandas coletivas idênticas. Ademais, todos os legitimados coletivos poderiam verificar as ações em curso, podendo atuar como litisconsortes ativos facultativos ulteriores.

Também os legitimados e os indivíduos teriam acesso às demandas coletivas já julgadas favoravelmente, viabilizando liquidações e execuções.

Enquanto esse banco de dados não existe por força de lei, seria interessante que cada legitimado montasse um banco de dado próprio, respeitando um modelo único e previamente estabelecido (contendo informações essenciais sobre cada processo, bem como seu andamento). E, depois, que houvesse o compartilhamento com os demais órgãos legitimados, formando um único banco de dados.

4.14. Da Possibilidade da Atuação da Defensoria Pública Estadual na Justiça Federal, da Atuação da Defensoria Pública da União na Justiça Estadual e da Possibilidade de Formação de Litisconsórcio entre as Defensorias Públicas Estaduais ou entre Defensoria Estadual e Defensoria Pública da União

Essa discussão surgiu, inicialmente, em relação ao fato de os Ministérios Públicos Estaduais e Federais atuarem na Justiça Federal e na Estadual, respectivamente.

Kazuo Watanabe, por outro lado, entende ser possível a atuação do Ministério Público Federal na Justiça Estadual e a atuação do Ministério Público Estadual na Justiça Federal, desde que:

a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição¹⁰²⁴.

Pedro da Silva Dinamarco também declara não existir qualquer vício na atuação do Ministério Público Federal na Justiça Estadual e vice-versa, e lembra que a Lei Orgânica do Ministério Público prevê a atuação do Ministério Público da União para a defesa das populações indígenas, do meio ambiente e do patrimônio cultural independentemente da competência¹⁰²⁵.

João Batista de Almeida defende que o Ministério Público Federal apenas poderá atuar quando a Justiça Federal for a competente para o processamento e

¹⁰²⁴ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 833. Nelson Nery Junior também destaca que é possível o Ministério Público dos Estados poder ajuizar, sozinho, ação civil pública na justiça federal e vice-versa (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 1018).

¹⁰²⁵ Dispõe o art. 37, II, da Lei Orgânica do Ministério Público Federal: “Ministério Público Federal exercerá as suas funções: (...) II – nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional”. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 78.

juízo da ação coletiva, assim como o Ministério Público Estadual apenas poderá atuar quando a Justiça Estadual for a competente¹⁰²⁶. No mesmo sentido, posiciona-se Marcelo Abelha¹⁰²⁷, que excepciona apenas a regra contida no art. 109, § 3º da CF¹⁰²⁸.

Ao revés, Teori Zavaski entende que caberá ao Ministério Público da União atuar na Justiça Federal, e o Ministério Público Estadual e o Distrito Federal ajuizar demandas de competência da Justiça Estadual e distrital¹⁰²⁹.

Vejamos essa situação no caso da Defensoria Pública.

Como visto no capítulo anterior, o art. 14 da Lei Complementar n. 80/94, determina a atuação da Defensoria Pública da União nas Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. Já a atribuição das Defensorias Públicas do Estado, conforme prescrição do art. 108 da Lei Complementar n. 80/94, diz respeito à defesa dos hipossuficientes nos âmbitos judicial, extrajudicial e administrativo do respectivo Estado.

Assim, quando exerce suas funções tradicionais de defesa dos hipossuficientes econômicos, deve o exercício respeitar a divisão administrativa da Defensoria Pública, de sorte que a Defensoria Pública da União possui capacidade postulatória para a defesa dos necessitados nas Justiças Federal, do Trabalho e Militar, e as Defensorias Públicas estaduais possuem capacidade postulatória para a defesa dos necessitados nas respectivas Justiças Estaduais.

Assim, a Defensoria Pública não tem capacidade postulatória para representar determinado indivíduo, por exemplo, em ação previdenciária em face do INSS, tendo em vista que a ação tramitaria na Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.

No caso da tutela coletiva, porém, trata-se de uma atuação atípica da Defensoria Pública. Nesse caso, a Defensoria Pública não tem apenas capacidade postulatória, mas é parte legítima para o ajuizamento de ação coletiva na defesa de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

¹⁰²⁶ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 97-103. Afirma o autor: “Quanto ao fato de a lei outorgar legitimação ao ‘Ministério Público’, como fez nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, sem delimitar ramo ou segmento, tal não permite concluir que a legitimação tenha sido entregue a uma instituição nacional, uma e indivisível. Nada disso. O legislador apenas não quis ser redundante, preferindo não explicitar, no texto legal específico, aquilo que está consolidado na Constituição e demais leis” (*Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 101).

¹⁰²⁷ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 82.

¹⁰²⁸ Dispõe o parágrafo: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

¹⁰²⁹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 140.

Ademais, a lei conferiu, hoje expressamente, à Defensoria Pública o poder/dever da tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Note-se que a atribuição foi à instituição da Defensoria Pública, que é una e indivisível, sem se atentar para as divisões administrativas e funcionais existentes: Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, bem como Defensorias Públicas estaduais¹⁰³⁰.

Assim, a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação coletiva não precisa respeitar a atribuição ordinária da atuação em cada justiça.

Desta feita, se alguma Defensoria Pública Estadual verificar a necessidade de ajuizar ação coletiva para a defesa, por exemplo, do direito à moradia de população de baixa renda em face da União, poderá ajuizar a demanda perante a Justiça Federal, independentemente da ação conjunta da Defensoria Pública da União; pois nesse caso trata-se de legitimidade, e não de capacidade postulatória.

Vejamos outra situação em que a atuação da Defensoria Pública, como parte legítima na Justiça Federal. Em um procedimento administrativo instaurado na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, faz-se necessária a requisição de cópias de documentos que estão em poder da Infraero¹⁰³¹. Essa instituição, porém, de forma reiterada, não atende à requisição a ela formulada. Nesse caso, será necessário impetrar mandado de segurança para impor o dever daquela instituição de enviar os documentos solicitados. Como a Infraero é autarquia federal, deve a medida constitucional ser ajuizada na Justiça Federal, também nos termos do art. 109, I, da CF.

Caso se entendesse impossível a atuação da Defensoria Pública estadual na Justiça Federal haveria um direito violado sem uma ação correspondente para tutelá-lo. Situação que se mostra inconcebível.

Nesse último caso, a legitimidade da Defensoria Pública é ordinária, enquanto no caso da legitimidade para ação coletiva, é autônoma, para a condução do processo. Embora de naturezas distintas, tratam-se de legitimidades que não podem ser confundidas com capacidade postulatória.

Por fim, vale mencionar que a Defensoria Pública do Estado tem legitimidade para ajuizar demanda coletiva na Justiça Federal, porém não poderia uma associação sem fins lucrativos ser representada pela Defensoria Pública Estadual em uma demanda coletiva nessa mesma Justiça, pois, nesse caso, faltar-lhe-ia capacidade postulatória.

¹⁰³⁰ Nesse sentido escreve Nelson Nery Junior, ao tratar da legitimidade do Ministério Público (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 1019).

¹⁰³¹ Sobre a prerrogativa do poder de requisição, ler item 3.8.3.4.

Tal conclusão mostra-se de suma importância em termos práticos. Isso porque, conforme analisado no capítulo anterior, lamentavelmente, a Defensoria Pública da União possui um quadro muito restrito de membros, de sorte que a assistência jurídica integral e gratuita na Justiça Federal mostra-se insuficiente. Assim, no caso das demandas coletivas, é fundamental o reconhecimento da legitimidade das Defensorias Públicas Estaduais na Justiça Federal.

Quanto à questão da formação de litisconsórcio entre Defensorias Públicas, é importante trazer à tona a mesma questão imposta ao Ministério Público, tendo em vista que ambas as instituições são dotadas dos princípios da unidade e da indivisibilidade.

Como já abordado, o princípio da unidade e da indivisibilidade incide apenas em cada instituição estadual e na instituição de âmbito federal. O que significa que cada Defensoria Pública ou Ministério Público estadual é uno e indivisível, como o é a Defensoria Pública da União e o Ministério Público Federal¹⁰³².

No art. 82 do CDC, havia um parágrafo (§ 2º) que afirmava o seguinte: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, na defesa dos interesses e direitos de que cuida este Código”. Esse dispositivo foi vetado¹⁰³³.

João Batista Almeida entende, ao contrário da maioria da doutrina nacional, que o referido veto foi correto, pois em sua opinião os Ministérios Públicos da União e os dos Estados têm sua atuação delimitada em simetria com a Justiça – Estadual ou Federal – perante a qual exercem suas atribuições¹⁰³⁴.

É importante notar, porém, que o art. 113 do CDC introduziu o § 5º no art. 5º da LACP com o seguinte teor: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”. Esse dispositivo, ao contrário do outro, não

¹⁰³² Sobre o tema, ler item 331

¹⁰³³ Motivou-se o veto dessa forma: “Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F., art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF., arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54. Por outro lado, somente pode haver litisconsórcio (art. 82, § 2º) se a todos e a cada um tocar qualidade que lhe autorize a condução autônoma do processo. O art. 128 da Constituição não admite o litisconsórcio constante do projeto”.

¹⁰³⁴ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 103.

foi objeto de veto. Por essa razão, parte doutrina afirma que o veto ao § 2º do art. 82 foi inócuo, tendo em vista o princípio da perfeita integração da LACP e do CDC¹⁰³⁵.

Entende-se perfeitamente possível a formação de litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público¹⁰³⁶.

A jurisprudência parece aceitar a formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos:

Processual civil – Ação civil pública – Litisconsórcio facultativo entre ministério público federal e estadual – Possibilidade – § 5º, do art. 5º da Lei 7.347/85 – Inocorrência de veto – Pleno vigor. 1. O veto presidencial aos arts. 82, § 3º, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º, do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito. 2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, art. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual. 3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados. 4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital. 5. Recurso provido¹⁰³⁷.

A mesma solução pode ser estendida a eventual formação de litisconsórcio entre Defensorias Públicas, uma vez que os princípios institucionais da unidade e indivisibilidade não impedem a formação do litisconsórcio entre os órgãos da instituição¹⁰³⁸.

Ademais, conforme já nos posicionamos, entendemos perfeitamente possível a atuação de uma Defensoria Pública Estadual na Justiça Estadual de outro Estado da

¹⁰³⁵ Nesse sentido: Kazuo Watanabe. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 832; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis Leis civis comentadas*, cit., p. 248. Em sentido contrário: ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 104. O autor entende que se trata de “um evidente cochilo no exercício do poder de veto, uma vez que as razões determinantes da extirpação do § 2º do art. 82 do CDC são as mesmas a fundamentar o veto ao art. 113, que deu nova redação ao artigo da LACP”.

¹⁰³⁶ Nesse sentido: “Acreditamos, porém, que, como os entes federativos podem agir em litisconsórcio, nada obsta a que seus órgão dotados de autonomia funcional possam fazer o mesmo” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 90). Em sentido contrário, afirmando que não é possível o litisconsórcio entre Ministério Público: ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, cit., p. 103-106.

¹⁰³⁷ STJ, 1ª T., REsp 382659/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 2.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 322, v.u.

¹⁰³⁸ Entendendo pela possibilidade de formação de litisconsórcio entre Defensorias Públicas (Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados): ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva, cit., p. 97; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas, cit., p. 172.

Federação, tendo em vista que se trata de legitimidade, e não de capacidade postulatória da Defensoria Pública.

Pensemos em um exemplo: um determinado programa de transmissão em rede nacional de televisão realiza atos de evidente discriminação da figura da mulher. O Núcleo de Especializado de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o Núcleo Especial de Direito da Mulher e de Vítimas de Violência do Estado do Rio de Janeiro podem, conjuntamente em litisconsórcio ativo e facultativo, promover uma ação coletiva em face da emissora de televisão que veiculou o referido programa. A ação poderá ser ajuizada na capital do Estado de São Paulo ou do Rio de Janeiro (competência concorrente), a critério dos autores.

Quanto à atuação em litisconsórcio com a Defensoria Pública da União, da mesma forma é possível, tendo em vista a legitimidade da Defensoria Pública do Estado demandar como parte na Justiça Federal.

Pedro da Silva Dinamarco afirma que: “se o Ministério Público estadual ajuizar isoladamente ação civil pública em situações em que a atribuição for do Ministério Público Federal, o processo deverá ser extinto, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade de parte”¹⁰³⁹. Não concordamos com a posição do autor, porque, ou se tem legitimidade ou não se tem. A legitimidade não se constrói com a formação de litisconsórcio.

Como afirmamos, quanto à legitimidade, pode a Defensoria Pública do Estado ajuizar demanda coletiva na Justiça Federal, com a Defensoria Pública da União ou não, e vice-versa.

4.15. Outras Ações Coletivas em Sentido Amplo

Conforme já anotado anteriormente, também são tidas como ações coletivas, aquelas que possuem formato específico que tutelem direito coletivo *lato sensu*, como é o caso do mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, *habeas data* coletivo e ação popular.

Embora também sejam de natureza coletiva, tendo em vista a extrema peculiaridade, não serão abordadas as ações direta de constitucionalidade / inconstitucionalidade.

¹⁰³⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, cit., p. 236.

4.15.1. Mandado de segurança coletivo

4.15.1.1. Conceito

Mandado de segurança é o remédio jurídico constitucional que tem como objetivo proteger o direito individual ou o direito coletivo líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* que tenha sido lesado ou ameaçado de lesão por ato da autoridade pública ou de agente delegado (art. 5º, LXIX, CF). O cabimento do mandado de segurança, portanto, é residual.

O mandado de segurança individual tem previsão constitucional desde a Constituição de 1934 e, desde então, possui as mesmas características apresentadas atualmente. Já o chamado mandado de segurança coletivo só foi expressamente previsto na Constituição de 1988 (art. 5º, LXX, CF).

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, o mandado de segurança coletivo não se trata de outra figura ao lado do mandado de segurança tradicional, mas apenas hipótese de legitimação para a causa. Ademais, complementam:

O MSC nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o MS tradicional por meio de tutela jurisdicional coletiva. O adjetivo “coletivo” se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão deduzida em si mesma. O MSC se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual. O que é coletivo não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio de MSC, mas sim a ação¹⁰⁴⁰.

No mesmo sentido se posiciona Gregório Assagra de Almeida, afirmando que sempre foi possível a tutela de direitos coletivos, tendo em vista que o dispositivo constitucional do mandado de segurança jamais apresentou uma limitação em relação ao direito que seria por ele tutelado. Assim, seria possível a defesa por meio de mandado de segurança de direito individual e de direito coletivo. Nas palavras do autor:

Os requisitos de admissibilidade de mandado de segurança para a tutela de qualquer direito (individual ou coletivo em sentido amplo) estão no art. 5º, LXIX, que tem perfeita consonância com a garantia incondicional do acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 139.

¹⁰⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., 2003, p. 273.

Dessa forma, a previsão do inc. LXX consagrou as regras de legitimação coletiva para o mandado de segurança, dando a alguns entes a possibilidade de também entrarem com o mandado de segurança para tutela coletiva¹⁰⁴².

Compartilhamos desse entendimento, porém, destacamos que o mandado de segurança coletivo não se caracteriza única e exclusivamente pela legitimidade diferenciada, independentemente do objeto que é tratado por ele.

Parece-nos que o mandado de segurança coletivo é assim caracterizado em razão da combinação da legitimidade diferenciada com seu objeto, que deve ser, obrigatoriamente, um direito coletivo *lato sensu*.

Nesse sentido, assevera José Afonso da Silva:

O conceito de mandado de segurança coletivo assenta-se em dois elementos: um, institucional, caracterizado pela atribuição da legitimação processual a instituições associativas para a defesa de interesses de membros ou associados; outro, objetivo, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos¹⁰⁴³.

4.15.1.2. Objeto

Na doutrina muito se questiona acerca da possibilidade de o mandado de segurança coletivo tutelar direitos coletivos em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*, inclusive os direitos difusos.

Uma primeira opinião destaca a impossibilidade de tutelar direitos difusos, uma vez que estes são tuteláveis por meio da ação civil pública.

Hely Lopes Meirelles afirma o seguinte:

Somente é possível manejar o mandado de segurança quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do

¹⁰⁴² Nesse sentido: *Recurso ordinário em mandado de segurança – Concurso público. Magistério estadual – Limitação de idade – Impossibilidade. Ausência de critério razoável – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 1. A Constituição Federal não fez qualquer distinção entre o mandado de segurança coletivo e o individual, sendo certo que a única inovação se deu tão somente em relação à legitimação extraordinária para a impetração do mandamus (artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal). 2. Demonstrado o interesse coletivo, não há falar em impropriedade do mandamus, mesmo que os seus efeitos venham a beneficiar apenas parte dos membros do sindicato (...)* (STJ, 6ª T., RMS n. 6159/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 9.10.2001, DJ 25.2.2002, p. 443).

¹⁰⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 459.

mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública¹⁰⁴⁴.

Outro que também se posiciona contrário à tutela dos direitos difusos é Ovídio Batista da Silva, para quem “o mandado de segurança enquanto processo sumário documental não se coaduna e nem poderá, jamais, abrigar sob o manto de sua proteção alguma coisa que não seja, rigorosamente, um ‘direito subjetivo líquido e certo’”¹⁰⁴⁵.

Concordando com tal afirmação, Uadi Lammêgo Bulos assim conclui:

É justamente a certeza e liquidez do direito cuja verificação judicial só se faz possível através de prova documental que descarta a hipótese dos direitos difusos serem resguardados pelo mandado coletivo (...) os interesses difusos, por serem espalhados “desorganizados”, muito amplos, fluidos e amorfos, não podem ser comprovados, documentalmente, na petição inicial¹⁰⁴⁶.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se de diversas formas: pela impossibilidade da defesa de direitos difusos por meio do mandado de segurança coletivo, por afirmar a ilegitimidade do sindicato¹⁰⁴⁷; pela impossibilidade de utilizar o mandado de segurança coletivo como substituto da ação popular¹⁰⁴⁸, nos termos da orientação constante na Súmula n. 101 do STF¹⁰⁴⁹; pela impossibilidade, porém, em razão da ilegitimidade do partido político¹⁰⁵⁰. Entretanto, em outros julgados, afirmando genericamente a possibilidade¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*, cit., p. 27.

¹⁰⁴⁵ SILVA, Ovídio Batista da. *Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos?* *RePro* 60/137, out./nov. 1990.

¹⁰⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mandado de segurança coletivo: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: RT, 1996, p. 65.

¹⁰⁴⁷ “*Processual civil – Mandado de segurança – Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais de Minas Gerais – Defesa de interesses difusos. Ilegitimidade ativa. Súmula n. 101/STF. 1. Evidenciado o caráter difuso da impetração, fulcrada, essencialmente, na defesa dos interesses dos usuários das rodovias federais – universo de pessoas passíveis de ser atingidas pelos supostos efeitos nefastos do ato coator, impõe-se o reconhecimento da incapacidade postulatória do sindicato autor. 2. É vedada a utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação popular (Súmula n. 101/STF). 3. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito*” (STJ, 1ª Seção, MS 11399/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., j. 13.12.2006, DJ 12.2.2007, p. 216).

¹⁰⁴⁸ “*RMS – Constitucional – Mandado de segurança coletivo – Partido político – O Mandado de segurança coletivo visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante. Distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. O Partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade*” (STJ, 6ª T., RMS n. 2423/PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 27.4.1993, DJ 22.11.1993, p. 24374).

¹⁰⁴⁹ Afirma a Súmula n. 101 do STF: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

¹⁰⁵⁰ “*Mandado de Segurança coletivo – Associações. Legitimação ativa – Direitos individuais e difusos – Art. 5º, LXX, “b”, da CF/88. 1. Não se pode aceitar como óbice à legitimação ativa da associação o fato de, também, estar defendendo direitos individuais dos seus associados e, dentre os interessados, estarem pessoas estranhas aos seus quadros, pois, pelo alcance da norma contida no art. 5º, LXX, “b”, da CF/88, a hipótese não é de representação, mas de defesa dos interesses de seus filiados e, também, da categoria. 2. Precedentes do STJ e do STF. 3. Recurso provido*” (STJ, 5ª T., RMS n. 4821, rel. Min. Edson Vidigal,

No entanto, entendemos que o simples fato de ser possível tutelar direitos difusos por meio da ação coletiva não retira a possibilidade da utilização da via do mandado de segurança. Não se trata de procedimentos semelhantes, de sorte que a possibilidade de utilização de um meio não tem o condão de afastar a possibilidade de utilização do outro.

Assim, na hipótese de existir direito certo e líquido, a tutela dos direitos difusos por meio do *writ* se mostra mais eficaz, dado seu procedimento célere.

Vale destacar que a ação do mandado de segurança, como já visto, possui aplicabilidade subsidiária apenas em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, sendo que nos outros casos trata-se de uma ação concorrente. Razão pela qual se afirma a inconstitucionalidade da Súmula n. 101 do STF, tendo em vista a extensão do caráter residual do mandado de segurança coletivo também para ação popular¹⁰⁵².

Convém destacar que o art. 83 do CDC consagra o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva¹⁰⁵³ ao assim dispor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações

v.u., j. 21.2.1999, *DJ* 4.2.5.1999, p. 155).

¹⁰⁵¹ “Constitucional e processual civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Publicação de relatórios semestrais de despesas do Governo do Estado do Paraná – Função da ação mandamental: Defesa de direito líquido e certo – Impossibilidade de uso do writ para a proteção de interesses difusos e coletivos. 1. Mandado de segurança impetrado no intuito de declarar o direito do impetrante em conhecer informações requeridas para fins de fazer uso delas na instrução de ação popular, e que a Autoridade coatora promova a publicação dos relatórios semestrais das despesas realizadas com a propaganda e publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas do Governo do Estado do Paraná, desde 1995, nos termos do que determina a Constituição daquele Estado. 2. A ação mandamental consubstancia-se em um instrumento constitucional de defesa apenas de direito líquido e certo – direito subjetivo (art. 5º, LXIX, da CF/88) –, não podendo ser utilizado para a proteção de interesses difusos e coletivos, os quais são resguardados pelo mandado de segurança coletivo (art. 52, LXX, da CF/88), pela ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88) e pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85). 3. Recurso desprovido” (STJ, 1ª T., RMS n. 10900/PR, rel. Min. José Delgado, v.u., j. 16.3.2000, *DJ* 2.5.2001, p. 101 e AgRg no MS n. 266/DF, 1ª Seção, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.1989, *DJ* 19.2.1990, p. 1028, v.u.); “Mandado de segurança – Mandado de segurança individual – Mandado de segurança coletivo – Interesses difusos. I – O mandado de segurança individual visa a proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) e pela ação civil pública (Lei 7.347/85). II – Agravo regimental improvido” (STJ, 1ª Seção, AgRg no MS n. 266/DF, rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 12.2.1989, *DJ* 19.2.1990, p. 1028).

¹⁰⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 281.

¹⁰⁵³ Expressão utilizada por Gregório Assagra de Almeida em sua obra: *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 281. Também pode ser conhecido como princípio da não taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 127) ou princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 765).

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Esse dispositivo, ressalte-se, não enuncia um princípio vazio ou inócuo, mas sim uma norma autoaplicável¹⁰⁵⁴.

No que concerne à questão probatória, não se pode, *a priori*, determinar que os direitos difusos não são provados de plano. Como será visto no tópico que trata da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, a expressão “direito líquido e certo” diz respeito à questão dos fatos, e não à questão jurídica abordada pelo mandado.

Por exemplo, um diretor de escola, por meio de uma portaria, determina que a escola não receberá alunos com deficiência física. Nesse caso, bastará a cópia da portaria para demonstrar a violação a um direito difuso líquido e certo.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também sustentam a possibilidade de o mandado de segurança tutelar qualquer direito coletivo em sentido amplo¹⁰⁵⁵.

Também compartilha desse entendimento Ada Pellegrini Grinover, ao destacar que o mandado de segurança, sendo um procedimento criado na Constituição, tem eficácia potencializada e tem mais valor que os outros procedimentos criados por leis ordinárias; sendo assim, as normas devem ser interpretadas de forma ampla e nunca restritivamente.

Celso Agrícola Barbi complementa: “constituições se destinam a assegurar direitos contra o Poder Público, acho que só isso já é suficiente para nós interpretarmos a Constituição no sentido de que entre os objetos do mandado de segurança coletivo estão os interesses difusos”¹⁰⁵⁶.

Apenas para reforçar, também é importante a colocação de Gregório Assagra de Almeida sobre o mandado de segurança:

É uma ação de dignidade constitucional consagrada como garantia fundamental (art. 5º, LXIX, da CF). Assim, se o mandado de segurança é uma garantia constitucional fundamental, algumas consequências interpretativas lhe são inerentes. A primeira delas é a de que não é compatível interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade.

¹⁰⁵⁴ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 765.

¹⁰⁵⁵ NERY JUNIOR Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, cit., p. 139. Sérgio Ferraz também afirma a possibilidade de tutelar direitos difusos por meio do mandado de segurança coletivo (*Mandado de segurança (individual e coletivo)*). São Paulo: Malheiros, 1996, p. 81). No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 278.

¹⁰⁵⁶ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança coletivo. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 66.

Direitos e garantias constitucionais fundamentais, diferentemente das simples regras constitucionais, não são interpretáveis restritivamente. A segunda consequência interpretativa derivante é a de que a ele são aplicáveis todas as disposições processuais previstas para as tutelas jurisdicionais ordinárias, desde que sejam compatíveis com os seus pressupostos constitucionais e possam ser meios eficazes para garantia da efetividade¹⁰⁵⁷.

Conclui-se assim que o mandado de segurança coletivo faz parte do microsistema para a proteção dos direitos coletivos em sentido amplo. Ressalte-se que existem diversos julgados de relatoria do ministro Luiz Fux destacando o mandado de segurança coletivo como componente do microsistema da tutela de interesses coletivos¹⁰⁵⁸.

4.15.1.3. Legitimados ativos

A legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo está prevista no art. 5º, LXX, “a” e “b”, da CF.

A alínea “a” destaca a legitimidade do partido político com representação no Congresso Nacional¹⁰⁵⁹.

Na doutrina, muito se questiona se essa legitimidade ativa dos partidos é ampla e irrestrita, de sorte a possibilitar a defesa de todo e qualquer direito de qualquer cidadão, ou se essa legitimidade estaria restrita à defesa de seus filiados e sobre matéria político-partidária.

Ada Pellegrini Grinover afirma que a Constituição adotou uma redação sem restrições, devendo-se interpretar o dispositivo legal com a maior carga de eficácia possível. Assim, sustenta a autora que o partido político está legitimado a agir em

¹⁰⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 276.

¹⁰⁵⁸ “(...) A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se (...)” (STJ, REsp n. 510150/MA, rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 17.2.2004, DU 29.3.2004, p. 173). “A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encarta a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescribibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio (...)” (STJ, 1ª T., REsp n. 406545/SP, rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 21.11.2002, DJ 9.12.2002, p. 214).

¹⁰⁵⁹ Ter representação no Congresso Nacional significa possuir um deputado federal ou um senador filiado (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 287).

defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não¹⁰⁶⁰. Quando se tratar de matéria eleitoral, o partido político estará atuando na defesa de seus interesses institucionais para os quais fora instituído, sendo uma legitimação ordinária. Todavia, quando atuar na defesa de qualquer outro direito (como consumidor, ambiental etc.), agirá como substituto processual¹⁰⁶¹. Entendemos que, neste último caso, poderá ser legitimidade extraordinária (quando se tratar de direito individual homogêneo) ou legitimidade autônoma para a condução do processo (quando se tratar de direitos essencialmente coletivos – difusos e coletivos).

Lúcia Valle Figueiredo também destaca a redação sem restrições da CF: “Devemos buscá-las, as restrições, no contexto constitucional, na principiologia constitucional e na própria razão de existência dos partidos políticos”¹⁰⁶². A autora destaca que:

A Constituição deu-lhe (aos partidos políticos) meios de defesa, como a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo (art. 103, VIII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e, cremos, a legitimação, mesmo na ação civil pública, em defesa dos direitos fundamentais (art. 129, III), a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas.

E conclui: “Por isso acreditamos caber aos partidos políticos legitimação mesmo para ação civil pública, ainda que a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) expressamente não disponha”¹⁰⁶³.

Outros sustentam que o partido político estaria legitimado para a impetração de mandado de segurança coletivo que tutele qualquer direito humano fundamental¹⁰⁶⁴. Essa posição se baseia no art. 1º da Lei n. 9.096/95, que assim dispõe: “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

Athos Gusmão Carneiro, por seu turno, sustenta que deve existir vinculação com as finalidades da instituição, de sorte que o partido político somente seria legitimado

¹⁰⁶⁰ Nesse mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança coletivo, p. 67.

¹⁰⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA (CEPEI)*, 4/120, 1990.

¹⁰⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança, cit., p. 42.

¹⁰⁶³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança, cit., p. 44.

¹⁰⁶⁴ Nesse sentido: BULOS, Uadi Lammêgo, *Mandado de segurança coletivo*, cit., p. 49-50; ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 600.

para a defesa de direitos relacionados direta ou indiretamente à finalidade institucional do partido¹⁰⁶⁵.

Os Tribunais Superiores (STF e STJ), quanto ao tema de legitimidade dos partidos políticos, posiciona-se de forma muito restritiva, afirmando a legitimidade apenas nos casos de defesa de filiados do partido e quando se tratar de questão político-partidária¹⁰⁶⁶.

A alínea “b” do art. 5º, LXX, da CF, por sua vez, traz a competência da organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano e que atua em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Lúcia Valle de Figueiredo sustenta que o sindicato apenas estaria legitimado a agir quando em defesa da classe enquanto tal, e não em defesa de interesses individuais dos filiados ao sindicato, quando não ligados à classe ou categoria¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 316, p. 41, out./nov./dez. 1991.

¹⁰⁶⁶ “Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa ad causam de Partido Político. Impugnação de exigência tributária. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, 1ª T., RE n. 196184/AM, relatora Min. Ellen Gracie, por maioria, j. 27.10.2004, DJ 18.2.2005, p. 6). “Constitucional – Mandado de segurança coletivo – Partido político – Legitimidade – Carece o Partido Democrático Trabalhista de legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos titulares de benefícios de prestação continuada, prestados pelo INSS. A hipótese dos autos não cuida de direitos subjetivos ou interesses atinentes a finalidade partidária – Extinção do processo – Decisão por maioria – Precedentes do STJ (MS n. 197, 256 e 1235)” (STJ, 1ª Seção, MS n. 1252/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. para o acórdão, Min. Américo Luz, por maioria, j. 17.12.1991, DJ 13.4.1992, p. 4968). “Processual – Mandado de segurança coletivo – Partido político – Ilegitimidade – Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles” (STJ, 1ª Seção, MS n. 197/DF, rel. Min. José Jesus Filho, rel. para o acórdão, Garcia Vieira, por maioria, j. 8.5.1990, DJ 20.8.1990, p. 7950). “RMS – Constitucional – Mandado de segurança coletivo – Partido político – O Mandado de segurança coletivo visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante. Distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade” (STJ, 6ª T., RMS n. 2423/PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 27.4.1993, DJ 22.11.1993, p. 24974). “Embargos declaratórios – Mandado de segurança coletivo – Partido Político. A exemplo dos sindicatos e das associações, também, os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como, por exemplo, os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal. Embargos rejeitados” (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS n. 197/DF, rel. Min. Garcia Vieira, por maioria, j. 11.9.1990, DJ 15.10.1990, p. 11).

¹⁰⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança coletivo*, cit., p. 36.

Esse, entretanto, não é o posicionamento do STF, que após diversos julgados¹⁰⁶⁸ editou a Súmula n. 630, que assim afirma: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

O STF¹⁰⁶⁹ e o STJ¹⁰⁷⁰ também entendem que é possível a interposição de mandado de segurança coletivo para uma parte dos membros do sindicato, independentemente da existência de relação nominal dos interessados¹⁰⁷¹ ou autorização expressa¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ “Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. C.F., art. 5º, LXX, “b”, I. – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. C.F., art. 5º, LXX. II. – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação. III. – O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. IV. – R.E. conhecido e provido” (RE 193382/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.6.1996, DJ 20.9.1996, p. 34547, v.u.). “Mandado de segurança coletivo – Legitimação – Natureza do interesse. O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia está relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso é concluir pela existência do indispensável nexos” (STF, 2ª T., RE n. 157234/DF rel. Marco Aurélio, v.u., j. 12.6.1995, DJ 22.9.1995, p. 30608).

¹⁰⁶⁹ “Administrativo. Mandado de segurança coletivo. Curso de especialização na atividade da inteligência da polícia civil do Estado do Espírito Santo. Legitimidade ativa do sindicato. Art. 5º, LXX, a, da Constituição Federal. I. O Sindicato tem legitimidade ativa para ajuizar mandado de segurança em nome de seus filiados impedidos de participar do processo seletivo. Conflito inexistente com os demais filiados que participaram do concurso. 2. Recurso conhecido e provido” (STF, 2ª T., RE n. 284993/ES, relatora Min. Ellen Gracie, v.u., j. 15.2.2005, DJ 4.3.2005, p. 36).

¹⁰⁷⁰ Nesse sentido: “Recurso ordinário – Mandado de segurança coletivo – Substituição processual – Sindicato – Defesa dos direitos de uma parte de seus representados – Desnecessidade de autorização expressa – Possibilidade – Retorno dos autos. I – Já está pacificado no âmbito desta e. Corte e no c. Supremo Tribunal Federal que a entidade de classe tem legitimidade ativa, na qualidade de substituto processual, para pleitear direitos de parte da categoria, independentemente de autorização destes. II – Precedentes desta e. Corte e do Excelso Pretório. Recurso ordinário provido para, afastando a preliminar de ilegitimidade ativa, determinar que a Corte de origem prossiga no julgamento do mandamus” (STJ, 5ª T., RMS n. 19278/GO, rel. Min. Felix Fischer, v.u., j. 6.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 216). Só não seria possível se, ao beneficiar uma parcela dos seus filiados, prejudicasse outra: “Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Impetração coletiva – Sindicato – Concurso público – Edital – Nulidade – Lei 10506/02 – Remoção – Prejuízo de parcela dos sindicalizados – Exceção – Ilegitimidade – Na hipótese, onde eventual concessão da ordem impetrada por entidade sindical possa trazer prejuízo para uma parcela dos sindicalizados, é de ser confirmada a decisão que extinguiu o feito por ilegitimidade ativa. Recurso desprovido” (STJ, 5ª T., RMS n. 19935/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., j. 15.9.2005, DJ 17.10.2005, p. 321).

¹⁰⁷¹ “Direito administrativo – Processual civil – Servidor público estadual – Mandado de segurança coletivo – Sindicato – Legitimidade ativa ad causam – Defesa dos interesses da categoria – Autorização – Relação nominal dos associados – Desnecessidade – Ofensa ao art. 535 do CPC – Não-ocorrência – Recurso especial conhecido e improvido. I. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no

Existe divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da exigência da pré-constituição de um ano para o sindicato. Sérgio Shimura¹⁰⁷³, Pedro Lenza¹⁰⁷⁴, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰⁷⁵ afirmam a necessidade de pré-constituição. Em sentido contrário, com base na interpretação gramatical e lógica do texto constitucional, Gregório Assagra de Almeida¹⁰⁷⁶.

No tocante à legitimidade da associação, é importante destacar que são exigidos dois requisitos para a configuração da legitimidade da associação: a) que esteja regularmente constituída¹⁰⁷⁷; e b) que esteja funcionando por pelo menos um ano.

acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o art. 3º da Lei 8.073/90, em consonância com o art. 5º, XXI e LXX, da Constituição Federal, autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em Juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, razão por que torna-se desnecessária a autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 3. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, 5ª T., REsp n. 780660/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u., j. 6.9.2007, DJ 22.10.2007, p. 353).

¹⁰⁷² “Processual – Sindicato – Legitimidade – Mandado de segurança coletivo – Interesses coletivos – Interesses individuais – Autorização – Desnecessidade – Art. 5º, XXI, da CF – Não incidência. I – Quando pedem Mandado de Segurança coletivo, em favor de seus associados, os sindicatos não os representam, mas os defendem, como substitutos processuais. Por isso, não dependem de autorização dos substituídos; II – A defesa dos associados, pelo sindicato, envolve, tanto os interesses coletivos, quanto os individuais da categoria; III – A legitimação do sindicato, para requerer Mandado de Segurança coletivo, em defesa de seus membros, tem como pressuposto, apenas, a circunstância de a entidade estar ‘legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano’. IV – A restrição estabelecida pelo Art. 5º, XXI, da Constituição Federal não incide em relação ao sindicato” (STJ, 1ª T., RMS n. 16137/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 26.8.2003, DJ 10.11.2003, p. 155).

Em sentido contrário: “Processual civil – Mandado de segurança coletivo – Impetração – Sindicato – Rol dos associados e beneficiários – Necessidade. Em mandado de segurança requerido por sindicato de classe é imprescindível a delimitação, na inicial, de quais e quantos associados serão beneficiados pela concessão da ordem, por tratar-se de defesa de direitos coletivos. Processo extinto” (STJ, 1ª Seção, MS n. 6307/DF, rel. Min. Garcia Vieira, v.u., j. 22.9.1999, DJ 25.10.1999, p. 33).

¹⁰⁷³ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 92.

¹⁰⁷⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 414. O STJ já se posicionou também nesse sentido: “Mandado de segurança coletivo – Ilegitimidade ad causam do impetrante – Aplicação do art. 5, inciso LXX, da Constituição. I – Para requerer mandado de segurança coletivo, é indispensável que a organização sindical comprove achar-se legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. II – Mandado de segurança não conhecido” (STJ, 1ª Seção, MS n. 960/DF, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 8.10.1991, DJ 28.10.1991, p. 15216).

¹⁰⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 248.

¹⁰⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 604. Nesse sentido: “Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento. Acórdão que, interpretando desse modo a norma do art. 5º, LXX, da CF, não merece censura. Recurso não conhecido” (STF, 1ª T., RE n. 198919/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., j. 15.6.1999, p. 43).

¹⁰⁷⁷ A decisão do STJ indica que no mandado de segurança coletivo o requisito da pré-constituição deve ser provado desde logo, tendo em vista a impossibilidade de instrução probatória no rito especial do mandado de segurança: “Agravado regimental em recurso ordinário – Mandado de segurança coletivo – Associação dos oficiais de justiça de Santa Catarina – Ausência de prova de existência jurídica da impetrante – Dilação probatória para comprovação da legitimidade ativa – Impossibilidade – Decisão monocrática lastreada em jurisprudência corrente – Agravado improvido. 1. Não cabe a revisão da decisão monocrática, quando resta refletida, nesta, jurisprudência corrente da Corte. 2. Inexiste direito líquido e

O prazo exigido para a associação existe para que não seja criada uma associação unicamente para propor mandado de segurança coletivo, uma associação *ad hoc*.

Como já visto, o requisito de pré-constituição também é exigido da associação para legitimação em qualquer ação coletiva (art. 82, IV, do CDC e art. 5º, V, “a”, da LACP).

No caso concreto, poderíamos sustentar a dispensa deste pré-requisito aplicando analogicamente o § 1º do art. 82 do CDC, que dispõe: “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Tal exceção se justifica pelo respeito ao princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional. Gregório Assagra de Almeida também afirma a possibilidade: “essa dispensa possui amparo em lei e no princípio constitucional da razoabilidade, já que é ampliativa à admissibilidade do mandado de segurança como garantia constitucional fundamental”¹⁰⁷⁸.

Também se discute a necessidade da pertinência temática nesse caso, de sorte que as associações somente poderiam defender interesses ligados à sua finalidade institucional. Vale mencionar que a pertinência temática é exigida expressamente no art. 82, inc. IV, do CDC, sendo, portanto, necessária para toda e qualquer ação coletiva ordinária.

Celso Agrícola Barbi, que sustenta uma posição ampla no caso dos partidos políticos, limita a legitimidade das associações no que concerne às suas finalidades¹⁰⁷⁹.

No caso do mandado coletivo, não se trata de uma representação, mas sim de uma legitimidade direta para agir, seja autônoma, para a condução do processo (no caso de direitos essencialmente coletivos – difuso ou coletivo *stricto sensu*), seja extraordinária (no caso de direito individual homogêneo). E, tendo em vista a abrangência da legitimidade da associação quando da defesa dos interesses coletivos,

certo a respaldar a pretensão da ordem se a Impetrante não faz, com a inicial, prova de sua existência jurídica, para postular, legitimamente, em nome de seus substituídos processuais. 3. Não se admite a dilação probatória, para a comprovação da legitimidade ativa em sede de mandado de segurança. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, 6ª T., AgRg no RMS n. 16417/SC, rel. Min. Paulo Medina, v.u., j. 18.8.2005, DJ 12.9.2005, p. 369).

¹⁰⁷⁸ ALMEIDA, Gregório de Assagra, *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 604-605. Em sentido contrário se manifestam: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 248. Para os autores: “Para impetrar MS coletivo, a associação deve estar constituída há pelo menos um ano, porque esta exigência se encontra no texto constitucional (CF 5º LXX b), vedado à lei ordinária dispensá-la”; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 89.

¹⁰⁷⁹ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança coletivo, cit., p. 70.

seja por meio de mandado de segurança coletivo, seja por ação coletiva ordinária, conforme já dito, não deve ser atendido o disposto no art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, acrescentado pela MP n. 2.180/2001.

Por essa razão, a nosso ver, também não se deve exigir a autorização expressa dos filiados ou associados¹⁰⁸⁰ ou qualquer relação nominal ou endereços dos associados.

O STF já se posicionou no sentido de não exigir a autorização no caso do mandado de segurança coletivo. Entendimento este sumulado: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (Súmula n. 629).

4.15.1.4. Ampliação dos legitimados ativos

A legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo está expressamente prevista no dispositivo constitucional que trata da matéria.

Em um primeiro momento, tal legitimação pode soar como taxativa, de sorte que apenas os entes previstos nas alíneas do inc. LXX do art. 5º da CF seriam legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo.

Entretanto, com base nos princípios da inafastabilidade da jurisdição, bem como na efetividade da tutela coletiva, essa não deve ser a interpretação.

O art. 83 do CDC é claro ao informar que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Ora, se são admitidas todas as ações, não há razão para retirar a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo dos outros legitimados coletivos, tendo em vista que o mandado de segurança é um meio processual de suma eficácia.

Assim, sustentamos que esse rol do inc. LXX do art. 5º da CF é meramente exemplificativo, e não taxativo. De forma que os outros legitimados previstos no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC também são legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo.

¹⁰⁸⁰ Nesse sentido: FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)*, cit., p. 43. “ARMS – Constitucional – Processual civil – Mandado de segurança coletivo – Legitimidade ativa – Indispensável a anuência dos membros da ‘organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída’. Não se trata de mera formalidade. Quando o pedido é julgado procedente, lógico que inexistirá qualquer prejuízo. A hipótese contrária, todavia, conduz a resultado diverso. O associado poderia deduzir outros argumentos, tidos como secundários na impetração” (AGrg no MS n. 3867/DF, 3ª Seção, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 6.4.1995, DJ 3.6.1996, p. 19185).

Sobre o tema, defendendo a expansão da legitimidade do mandado de segurança para a tutela de direitos coletivos, sustenta Gregório Assagra de Almeida:

O mandado de segurança é uma garantia constitucional fundamental. Com efeito, não lhe é compatível interpretação restritiva. Assim, o rol dos legitimados ativos coletivos do art. 5º, LXX, da CF, é meramente exemplificativo, de sorte que também poderão impetrar mandado de segurança para a tutela dos direitos ou interesses coletivos todos os entes com legitimação ativa coletiva arrolados nos arts. 82, do CDC, e 5º da LACP. O art. 5º, LXX, da CF, só dispõe, de forma exemplificativa, sobre legitimação coletiva para a impetração de mandado de segurança. Nada mais estabelece sobre o mandado de segurança, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto ao seu objeto material propriamente dito¹⁰⁸¹.

Sérgio Ferraz afirma a legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos difusos¹⁰⁸². Lúcia Valle de Figueiredo também afirma que cabe ao Ministério Público a impetração de mandado de segurança coletivo para a defesa dos direitos indisponíveis, mesmo sem expressa previsão no art. 5º, LXX, da CF¹⁰⁸³.

Vale destacar que a Defensoria Pública também se mostra um importante legitimado coletivo, sempre na busca de implementar sua missão constitucional de

¹⁰⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 605.

¹⁰⁸² FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)*, cit., p. 81.

¹⁰⁸³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Mandado de segurança*, cit., p. 43. Em diversos julgados, o STJ parece entender ser o Ministério Público legitimado, uma vez que cita esse instrumento processual como um dos possíveis para serem tutelados pelo MP: “*Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade ativa do Ministério Público – Reajustes de prestações – Sistema financeiro de habitação – CF, art. 129, III, Lei 7.347/85 – Lei 8.625/93 – Utilização da TR como índice de correção monetária dos contratos do SFH – Decisão liminar proferida em sede de ação civil pública mantida pelo Tribunal de origem – Ausência de pronunciamento definitivo quanto ao mérito. 1. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 2. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 3. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. 4. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 5. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 6. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam, os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos (...)*” (STJ, 1ª T., REsp n. 586307/MT, rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 14.9.2004, DJ 30.9.2004, p. 223).

assistência jurídica dos hipossuficientes, sendo necessário o reconhecimento da legitimidade dessa instituição para a impetração do mandado de segurança coletivo¹⁰⁸⁴.

Sobre o tema da extensão dos legitimados ativos para a impetração de mandado de segurança coletivo, vale mencionar que os Tribunais Superiores já se posicionaram contrários à concessão da legitimidade ativa para o mandado de segurança ao Estado-membro e ao Município por ausência de previsão legal¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ Reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de mandado de segurança coletivo: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 218).

¹⁰⁸⁵ “Mandado de segurança. Questão de legitimação ativa: impetração por estado-membro contra ato do presidente da República que aprovou projeto incentivado de indústria petroquímica, a instalar-se em outra unidade da Federação, sob alegação de prejuízo ao polo petroquímico a instalar-se no estado impetrante. Carência da ação. Um empreendimento federal, na área da competência exclusiva da União, não se localiza, juridicamente, em nenhum território estadual, mas sim em ponto do território federal unitário, em relação ao qual a alusão ao topônimo do Estado-membro – e.g., polo petroquímico do Rio de Janeiro – tem alcance de mera indicação geográfica de localização: do que resulta que o planejamento e a execução federais de um empreendimento da União, malgrado por ela situado na área territorial de um determinado Estado-membro, assim como não dependem de autorização, nem de intermediação de órgãos estaduais, também, de outro lado, e salvo norma expressa em contrário (v.g., CF, art. 20, parágrafo 1), não conferem direito algum a unidade federada respectiva (ressalva, no ponto, do voto-vista). II. Mandado de segurança coletivo: questão de legitimidade extraordinária de Estado-membro em defesa de interesses da sua população. Ao Estado-membro não se outorgou legitimação extraordinária para a defesa, contra ato de autoridade federal no exercício de competência privativa da União, seja para a tutela de interesses difusos de sua população – que é restrito aos enumerados na lei da ação civil pública (L. 7.347/85 –, seja para a impetração de mandado de segurança coletivo, que é objeto da enumeração taxativa do art. 5., LXX, da Constituição. Além de não se poder extrair mediante construção ou raciocínio analógicos, a alegada legitimação extraordinária não se explicaria no caso, porque, na estrutura do federalismo, o Estado-membro não é órgão de gestão, nem de representação dos interesses de sua população, na órbita da competência privativa da União. III. Assistência: interesse jurídico: verificação a partir da hipótese de vitória do adversário do assistente. Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se ela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante” (STF, Tribunal Pleno, MS n. 21059/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.9.1990, DJ 19.10.1990, p. 11486). “Mandado de segurança coletivo – Resolução do BACEN que concede benefícios a agricultores que tiveram perda na safra 2003/2004, em razão de fenômenos climáticos – Portaria interministerial que relaciona os municípios e as culturas abrangidas – Pretendido reconhecimento de ilegalidade do ato, em vista da não-inclusão da cultura de milho, a obstar o benefício aos agricultores que semearam a referida cultura – Impetração de mandamus coletivo pelo município – Ilegitimidade reconhecida – Pleito deduzido também pelo sindicato dos agricultores da localidade – Informações prestadas no sentido de que carecem de legitimidade as autoridades apontadas como coatora – Insubistência – Legitimidade passiva dos senhores ministros de estado, que assinam as portarias interministeriais. – Não há falar em ilegitimidade das autoridades apontadas como coadoras, uma vez que o ato combatido provém dos Senhores Ministros de Estado da Fazenda e do Desenvolvimento Agrário (Portarias Interministeriais ns. 110 e 164). – No que se refere ao Município de Paim Filho, sua ilegitimidade para a propositura de mandado de segurança coletivo se apresenta pela simples leitura do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição da República. Se pode observar que a CF não conferiu ao Município de Paim Filho a prerrogativa de representar a categoria de agricultores quando da impetração de mandado de segurança coletivo. – O Sindicato dos Trabalhadores detém legitimidade para propor o presente writ em nome dos trabalhadores rurais do Município de Paim Filho, pois está a representar e defender o interesse dos agricultores daquela localidade. Na mesma linha de raciocínio, confira-se AgRg MS 8.692-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22.04.2003, e RMS 16.137-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 10.11.2003. – Em virtude do fenômeno climático da estiagem, o agricultor, para ter reconhecido o direito ao benefício estabelecido na Resolução n. 3.194/2004, deveria comprovar, entre outras exigências, a perda superior a 50% da produção, estar situado em município que havia decretado

4.15.2. Mandado de injunção coletivo

4.15.2.1. Conceito

Afirma o art. 5º, LXXI, da CF: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Trata-se de uma previsão inédita no ordenamento brasileiro¹⁰⁸⁶.

Nas palavras de Pedro Lenza, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional¹⁰⁸⁷.

O cabimento dessa medida judicial depende da existência de dois pressupostos: norma constitucional dependente de integração (norma constitucional de eficácia limitada e aplicabilidade diferida) e ausência de regulamentação. A falta da lei infraconstitucional integradora deve inviabilizar o exercício de direito de liberdade ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Embora esteja expressamente previsto que os direitos, liberdades e prerrogativas sejam inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, há na doutrina quem entenda que a tutela por meio do mandado de injunção pode ser de qualquer direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Explica Nelson Nery Junior:

Quando a norma diz “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”, estão aí

situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecido pelo Governo Federal (cf. art. 1º, incisos I e II, da Resolução n. 3.194/2004 – fl. 77). – In casu, carecem os autos de elementos esclarecedores no sentido de quais agricultores semearam a cultura do milho e, bem assim, a efetiva demonstração da perda da produção, nos termos exigidos pelo ato administrativo. O que se pode inferir, todavia, é que os agricultores das culturas de soja e feijão cumpriram essa exigência, pois, reiterar-se, tiveram reconhecido o direito ao denominado rebate. – Acolho a preliminar de ilegitimidade ativa do Município de Paim Filho e rejeito em relação à ilegitimidade ativa do Sindicato. Não prospera, de igual modo, a pretendida ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras. No mérito, denego a segurança” (STJ, 1ª Seção, MS n. 9904/DF, rel. Min. Franciulli Neto, v.u., j. 13.12.2004, DJ 23.5.2005, p. 133).

¹⁰⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 169.

¹⁰⁸⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 763.

abarcados todos os direitos e também todas as liberdades constitucionais. A segunda parte da norma (“e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”), por referir-se a prerrogativas que são também direitos e liberdades constitucionais, não é, contudo, supérflua. Parece indicar que aquelas expressões se referem à falta de regulamento não de preceito constitucional, mas da própria lei¹⁰⁸⁸.

É importante destacar que o mandado de injunção não pode servir como objeto de discussão do mérito da norma integradora; ou seja, se esta já existir, ainda que seja insatisfatória, ausente estará um pressuposto básico para o cabimento desse instrumento¹⁰⁸⁹.

Como a Constituição não discrimina nem restringe a tutela pela via do mandado de injunção, esse instrumento pode adquirir natureza coletiva, quando for objeto do mandado direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)¹⁰⁹⁰.

Ademais, é importante lembrar que o mandado de injunção, por ser uma garantia constitucional fundamental, não é compatível com interpretação restritiva¹⁰⁹¹.

Também merece destaque o art. 83 do CDC, que prevê o cabimento de qualquer medida que possa propiciar a tutela efetiva e adequada do consumidor, estendendo para a tutela de qualquer direito coletivo, em razão do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115.

¹⁰⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 450. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 170.

¹⁰⁹⁰ Gregório Assagra de Almeida afirma que se trata de uma ação constitucional ambivalente, já que poderá tutelar tanto direito individual puro, quanto direitos coletivos *lato sensu* (*Manual das ações constitucionais*, cit., p. 625/630-632. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 461-462; FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*, cit., p. 253. Aceitando a tutela por meio do mandado de injunção de direito coletivo *stricto sensu*, porém não direitos difusos: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144. Há decisões do STF e do STJ admitindo o MI coletivo: STF, MI 102/PE, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.2.1998, *DJ* 25.10.2002, p. 25, por maioria de votos; STF, Tribunal Pleno MI 472/DF, rel. Min. Celso Mello, j. 6.9.1995, *DJ* 2.3.2001, p. 3, v.u.; STJ, Corte Especial, MI 19/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.5.1990, *DJ* 11.6.1990, p. 5347, v.u.

¹⁰⁹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 624. Ademais, complementa o autor: “em matéria de tutela jurisdicional constitucional dos direitos e interesses massificados não é razoável interpretação restritiva, pois, além desse tipo de interpretação estar na contramão do processo de evolução das tutelas jurisdicionais coletivas, ele divorcia-se do espírito do Estado Democrático de Direito” (*Manual das ações constitucionais*, cit., p. 631). Nelson Nery Junior também afirma que o mandado de injunção deve ser interpretado de forma ampliativa (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 115.

¹⁰⁹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 634.

4.15.2.2. Natureza do provimento concessivo

No que concerne ao provimento concessivo do mandado de injunção, há algumas correntes. Gregório Assagra de Almeida resume de forma sistemática a polêmica na doutrina acerca do tema:

Poderá o mandado de injunção assumir, no plano do seu provimento concessivo, natureza: a) constitutiva geral (o Poder Judiciário elabora a norma regulamentadora geral para tornar viável o exercício do direito para todos); b) constitutiva individual (concretista individual – o Poder Judiciário torna viável o exercício do direito com a implementação da norma regulamentadora somente para aquele caso deduzido no jurisdicionalmente); c) declaratória (não-concretista – o Poder Judiciário declara a omissão legislativa com a comunicação ao poder competente); d) mandamental (o Poder Judiciário dá a ordem para que o órgão do poder competente elabore a norma que está tornando inviável o exercício do direito constitucional)¹⁰⁹³.

A posição concretista pode ser subdividida em concretista direta e concretista intermediária. Naquela o Poder Judiciário implementa diretamente o direito, enquanto nesta é fixado um prazo de 120 dias para a elaboração da norma e, somente após esse prazo, se permanecer a inércia do Poder Legislativo, poderá o Poder Judiciário fixar as condições necessárias para o exercício do direito em questão.

Pedro Lenza afirma posição concretista individual intermediária, em que, julgado procedente o mandado de injunção, “o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito”¹⁰⁹⁴.

É certo que na doutrina¹⁰⁹⁵ e na jurisprudência¹⁰⁹⁶ não há consenso.

¹⁰⁹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 625.

¹⁰⁹⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 764.

¹⁰⁹⁵ Adotando a tese declaratória: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, cit., p. 220; BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 243. Adotando a teoria concretista individual: FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*, cit., p. 244; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, cit., p. 157. Adotando a teoria concretista individual intermediária: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 766; MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, cit., p. 177. Afirmando o caráter mandamental: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*, cit., p. 139.

¹⁰⁹⁶ O STF já afirmou o mandado de injunção de natureza meramente declaratória: “Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal. – Esta Corte, ao julgar a ADIN nº 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação. – Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo

Entendemos mais correta a corrente constitutiva individual ou concretista individual em que o Poder Judiciário torna viável o exercício do direito com a implementação da norma regulamentadora somente para aquele caso deduzido no jurisdicionalmente, independentemente da concessão de prazo para o órgão competente para regulamentar. Isso porque concordamos com José Afonso da Silva, que nos ensina:

O mandado de injunção não tem a função de pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, a dizer: como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislativo não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para ação de inconstitucionalidade, por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constringido a

*constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte” (STF, Tribunal Pleno, MI 584/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 29.11.2001, DJ 22.2.2002, p. 36, v.u.). Também existe um julgado em que, além de declarar a mora do Congresso Nacional, estabeleceu-se o prazo de 6 (seis) meses para suprir a omissão: “Mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (STF, Tribunal Pleno, MI 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 2.8.1991, DJ 27.3.1992, p. 3800, por maioria de votos). Pedro Lenza informa que, no julgamento do MI 712, o ministro Eros Grau reconheceu a possibilidade de exercício de direito de greve pelo servidor público, até que a matéria seja regulamentada por lei, aplicando-se, no caso, por analogia e até que a matéria seja regulamentada, a lei que regulamenta o direito à greve na iniciativa privada (*Direito constitucional esquematizado*, cit, p. 766-767).*

legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar a sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia¹⁰⁹⁷.

Tais considerações são importantes para afirmar a impossibilidade de confusão entre os institutos do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. De sorte que não é argumento negar a tutela, por meio do mandado de injunção, de direito difuso, por se confundir com ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁹⁸. Isso porque aquela visa à concretização de um direito constitucional difuso, de forma concreta, por titulares indeterminados, enquanto esta visa apenas a declaração da omissão e a consequente comunicação ao órgão competente para suprir a omissão por meio de expedição da norma regulamentadora genérica¹⁰⁹⁹.

4.15.2.3. Legitimidade

Inicialmente é importante destacar que inexistente lei específica que trata do procedimento do mandado de injunção. Por essa razão, entende-se que o procedimento do mandado de injunção é o mesmo do mandado de segurança, com aplicação subsidiária do CPC¹¹⁰⁰.

Sendo o mandado de injunção de natureza coletiva, afirmam Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria Andrade Nery, que devem ser respeitadas as regras da jurisdição coletiva, estabelecidas na LACP e CDC¹¹⁰¹. Por essa

¹⁰⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 450-451.

¹⁰⁹⁸ Flávia Piovesan afirma a impossibilidade da tutela de direitos difusos por mandado de injunção, tendo em vista que se admitisse haveria confusão com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, cit., p. 126).

¹⁰⁹⁹ Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 631.

¹¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada e legislação extravagante*, cit., p. 139; MEIRELLES, Hely Lopes *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, cit., p. 217; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 172. Em sentido contrário, manifestam-se Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria Andrade Nery: “*tratando-se de mandado de injunção para a defesa de direitos individuais, parece-nos que o mais acertado seria a adoção do procedimento ordinário, que é a regra geral do sistema (...)*” (*Direito processual ambiental brasileiro*, cit., p. 251).

¹¹⁰¹ FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*, cit., p. 249-251. No mesmo sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 645.

razão, são legítimos para a impetração do mandado de injunção coletivo todos aqueles previstos no art. 5º da LACP e art. 82 do CDC¹¹⁰².

Assim, confirmada a legitimidade da Defensoria Pública para a interposição do mandado de injunção coletiva.

Destaque-se que embora seja seguido o rito do mandado de segurança, não há identidade dos legitimados previstos para a interposição do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF). É possível, porém, sustentar a aplicação analógica dos legitimados ativos do mandado de segurança coletivo para interposição de mandado de injunção.

Por exemplo: o partido político, como já visto, é legitimado para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, porém não está arrolado para o ajuizamento das ações coletivas ordinárias. Seria então ele legitimado para o ajuizamento de mandado de injunção? Aplicando-se analogicamente o inc. LXX do art. 5º seria sim. O mesmo acontece com a entidade sindical. Foi essa a posição afirmada em um julgado do STF¹¹⁰³.

Por outro lado, há um julgado do STJ que dispensou o requisito da pré-constituição, previsto na alínea “b” do art. 5º, LXX, da CF, para impetrar o mandado de injunção¹¹⁰⁴. Vale fazer aqui importantes observações. A primeira: como já visto, na

¹¹⁰² Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 634.

¹¹⁰³ “I – Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5., LXX, da Constituição; Legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3., da Constituição, que fixou limites aos juros reais. II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – E de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; Vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidencia da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. III. Juros reais (CF, art. 192, par. 3.): passados quase cinco anos da constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia – Conforme já assentado pelo STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, Sanches) – Declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. IV. Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): Descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando – por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g, MI 283, Pertence, RTJ 135/882) – Não seja possível cominar consequências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada” (STF, Tribunal Pleno, MI 361/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, rel. para acórdão Sepúlveda Pertence, j. 8.4.1994, DJ 17.6.1994, p. 15707, por maioria de votos).

¹¹⁰⁴ : “Mandado de injunção. Legitimação para requerê-lo. Competência do STJ. Registro de entidade sindical. Constituição, art. 8. I – Instrução normativa n. 05, de 15.02.90, da antiga ministra do trabalho, e instrução normativa n. 9 de 21-03-90, do atual ministro do trabalho e da previdência social. Precedentes do STJ sobre o assunto. I – Tem legitimidade para requerer mandado de injunção o titular de direito constitucional que, em razão de omissão normativa, tenha o seu exercício inviabilizado. II – Para requerer mandado de injunção, não é preciso que a pessoa jurídica tenha sido constituída há pelo

doutrina se questiona a necessidade ou não da pré-constituição da entidade sindical para a interposição do mandado de segurança coletivo.

A segunda: a legitimidade coletiva baseia-se na legitimidade prevista no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC. E, dessa forma, deve-se questionar se a entidade sindical seria legítima para o ajuizamento de ação coletiva e, por conseguinte, legítima para a interposição de mandado de injunção.

Entendemos, como assevera Gregório Assagra de Almeida, que, embora o rol dos legitimados ativos previsto no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC seja taxativo, deve ser interpretado de forma ampliativa, respeitando o espírito da efetividade da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais. Dessa forma, legitimando as entidades sindicais para a propositura de ação coletiva¹¹⁰⁵.

Entretanto, não nos parece que foi esse o raciocínio do julgado transcrito. A legitimidade do sindicato parece advir da representatividade prevista no art. art. 5º, XXI, da CF. Da mesma forma o STF, ao admitir a interposição do mandado de injunção coletivo por entidade sindical, também em razão da representatividade da entidade¹¹⁰⁶.

4.15.3. *Habeas data* coletivo

4.15.3.1. Conceito

O *habeas data* surgiu com a CF de 1988. Dispõe o art. 5º, LXXII, “a” e “b”:

Conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

menos um ano, pois o inciso LXX da constituição refere-se ao mandado de segurança coletivo e não ao mandado de injunção. III – Compete ao superior tribunal de justiça processar e julgar mandado de injunção no caso de a omissão normativa ser atribuída a ministro de estado (Constituição, arts. 105, I, h e 102, I, q). IV – No caso, o pedido apresenta a índole de segurança e não de injunção; de outra parte, não ha mais omissão normativa da autoridade ministerial; finalmente, a haver omissão, e ela de natureza legal, o que exclui a competência desta corte em tema de injunção. V – Processo que se declara extinto, com o consequente arquivamento dos autos” (STJ, Corte Especial, MI 19/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.5.1990, DJ 11.6.1990, p. 5347, v.u.).

¹¹⁰⁵ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 247-248; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*, cit., p. 91.

¹¹⁰⁶ Existem vários acórdãos do STF reconhecendo a legitimidade do sindicato para interposição de mandado de injunção denominado coletivo: STF, Tribunal Pleno, MI 472/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.9.1995, DJ 2.3.2001, p. 3, v.u.; STF, Tribunal Pleno, MI 102/PE, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, j. 12.2.1998, DJ 25.10.2002, p. 25, por maioria de votos; STF, Tribunal Pleno, MI 689/PB, rel. Min. Eros Grau, j. 7.6.2006, DJ 18.8.2006, p. 19, v.u.).

Esse instrumento possui íntima relação com o direito à informação previsto no art. 5º, XXXIII, também da CF:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Como o mandado de segurança e o mandado de injunção, o *habeas data* é uma ação constitucional. E, como tal, deve ser interpretado de forma ampliativa, buscando sempre a extração da máxima efetividade.

O *habeas data* sempre é relacionado às informações pessoais do impetrante. Contudo é possível pensar a expressão “informação relativas à pessoa do impetrante” não apenas no âmbito privado, mas também no âmbito público. Assim, tal expressão pode ter como objeto informações coletivas, desde que interfira de alguma forma, ainda que reflexamente, na pessoa do impetrante. É o caso, por exemplo, do cidadão participativo na gestão pública que deseja informações acerca de procedimentos, por exemplo, de um projeto urbanístico de revitalização da área em que reside. Embora não seja uma informação que diga respeito à personalidade do cidadão, trata sim de uma informação relativa a ele. Nesse passo, leciona Cássio Scarpinella Bueno:

O *habeas data* não se volta, apenas e tão somente, à tutela da intimidade do impetrante. Qualquer informação que esteja em poder de terceiros e que esteja ou possa vir a ser disponibilizada para conhecimento público pode ser obtida, retificada ou anotada por este procedimento. São estes os contornos, amplos sem dúvida, que lhe deu o art. 5º, Inc. LXXII, da Constituição Federal¹¹⁰⁷.

Quando se tratar de direito pessoal relativo à pessoa do impetrante, é caso de direitos individual, que pode ser tutelado de forma coletiva (individuais homogêneos). No entanto, com essa visão mais ampla do objeto do *habeas data*, tem-se a tutela de direitos difusos ou coletivos, conforme o caso.

O fato é que é possível a tutela coletiva por meio do *habeas data*. Nunca é demais lembrar o que dispõe o art. 83 do CDC que prevê o cabimento de qualquer medida que possa propiciar a tutela efetiva e adequada do consumidor, estendendo para

¹¹⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Habeas data. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p.50.

a tutela de qualquer direito coletivo, em razão do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum¹¹⁰⁸.

Assim, não se justifica excluir o instrumento do *habeas data* da tutela coletiva. Vale mencionar que existia uma disposição expressa acerca do cabimento do *habeas data* na tutela dos direitos dos consumidores. Afirmava o art. 86 do CDC: “Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores”. Esse dispositivo, entretanto, sofre veto. Ocorre, todavia, que a doutrina afirma a ineficácia do veto¹¹⁰⁹.

Na jurisprudência, conforme nos mostra Samuel Francisco Mourão Neto¹¹¹⁰, nega-se a possibilidade do *habeas data* coletivo em razão de se entender que a ação é personalíssima:

Processo civil. *Habeas data*. *Habeas data* é ação personalíssima que visa a obter informações cujo acesso depende da iniciativa do interessado. Nem pode ser veiculado por substituição processual nem por ação coletiva. Apelação improvida (TRF, 4ª Região, HD 409112, rel. Ari Pargendler, j. 15.8.1991).

Processo civil e constitucional – *Habeas data* – Legitimidade recursal – Ministério público. 1 – O Ministério Público, embora obrigatória a sua intervenção no *habeas data*, não tem legitimidade para impetrá-lo, por se tratar de direito personalíssimo. 2 – Preliminar acolhida. Recurso não conhecido. Decisão unânime (TJDF, Ap. Civ. 2002011055468-2, rel. Des. Haydevalda Sampaio, j. 22.3.2004, v.u.).

O citado autor, porém, rebate afirmando que o direito que se busca nem sempre é personalíssimo. E acrescenta:

Ainda que de direitos personalíssimos se trate, não há porque sejam violados pelo exercício de ação coletiva (*habeas data* ou qualquer outra), não atentando a pretensão de acesso ou de retificação contra direitos fundamentais (...) nenhum prejuízo acarreta a impetração coletiva aos titulares dos direitos fundamentais, inclusive quando tenha por objeto viabilizar o acesso a informações e, por outro lado, em nenhum passo os colocará em situação indesejada: quem quiser, aproveita-se da sentença e concretiza o acesso; quem não quiser remanesce na

¹¹⁰⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 634.

¹¹⁰⁹ “O ‘*habeas data*’ é uma ação constitucional com os requisitos indicados no próprio texto constitucional e por isso é irrecusável sua utilização toda vez que estes requisitos estiverem presentes” (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 780). No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Leis civis comentadas*, cit., p. 253.

¹¹¹⁰ MOURÃO NETO, Samuel Francisco. *Arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados de consumidores) e habeas data (individual e coletivo)*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_samuel.pdf, p. 50. Acesso em: 12 fev 2009.

mesmíssima situação que se encontrava antes da impetração, isto é, com dados pessoais arquivados, mas sem divulgação nos autos do processo”.

Assim, eventual sentença de procedência em *habeas data* que tutele direito individual homogêneo será sempre genérica. De tal sorte que o indivíduo, provando que se encontra na situação, buscará a execução da sentença.

4.15.3.2. Objeto

É preciso verificar se é possível tutelar por meio de *habeas data* coletivo todo e qualquer direito coletivo *lato sensu*.

Renato Afonso Gonçalves destaca que, em vista da modernidade,

a honra e a imagem das pessoas têm sido cada vez mais afrontadas pelo consumismo selvagem de uma sociedade de massas na qual as relações são cada vez mais coletivizadas; e estando claro que o que determina se um direito é difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se ingressa com a demanda judicial, temos que o *habeas-data* é instrumento da jurisdição coletiva¹¹¹¹.

E complementa exemplificando:

Tomemos fato hipotético em que determinado órgão de controle de crédito possui em seu sistema de informações os dados de 100 pessoas filiadas a determinada associação sindical. Essa agência de controle de crédito resolve repentinamente, por divergências meramente políticas, sugerir aos seus clientes que não mais aceitem cheques dessas 100 pessoas. Deste fato exemplificativo podemos obter várias situações, quais sejam: 1. Cada uma das 100 pessoas poderia individualmente impetrar *habeas-data* visando à exclusão dos dados e o cancelamento da negativação, pois estão sendo afrontados dispositivos constitucionais – incs. IV e VIII do art. 5º, além de se tratar de dados sensíveis, reservados à esfera de intimidade dessas pessoas e, portanto, intocáveis. 2. Os 100 executados, por intermédio de associação criada, poderiam impetrar *habeas-data* e estaríamos aqui diante de direitos individuais homogêneos, pois os interesses possuem origem comum; 3. O sindicato ao qual são filiadas as 100 pessoas poderia impetrar *habeas-data* visando a saber se tal órgão possui ou não informações de outros filiados, pois tem interesse na preservação da imagem de sua categoria, e estaríamos diante de direitos coletivos; 4. O Ministério Público também poderia

¹¹¹¹ GONÇALVES, Renato Afonso. *Banco de dados nas relações de consumo* – a manipulação de dados pessoais, os serviços de restrição ao crédito e o *habeas-data*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 109.

impetrar o remédio constitucional para que com a exclusão não houvesse mais discriminação de ordem política, e estaríamos assim diante de direitos difusos¹¹¹².

Assim, para o autor, o *habeas data* coletivo pode ter como objeto direito individual (item 1), bem como as três espécies de direito coletivo *lato sensu*: difuso (item 4), coletivo (item 3) e individual homogêneo (item 2).

No caso descrito no item 2 – tutela de direitos individuais homogêneos –, anteriormente já foi afirmado que tal possibilidade não viola direitos personalíssimos, uma vez que a sentença será genérica, apenas afirmará a todos os interessados o direito de acesso à informação, para que, depois desse reconhecimento, cada indivíduo possa aproveitar-se da ordem judicial concessiva.

Ademais, “a impetração do *habeas data* coletivo pela associação cogitada (ou, mesmo, pelo próprio sindicato), não quer significar que o objeto da ação não sejam informações relativas ‘à pessoa do impetrante’, pois nesse contexto a “pessoa do impetrante” há de ser buscada no conceito de *parte material* ou *parte substancial* (isto é, as cem pessoas que tiveram contra si lançadas restrições pessoais)”¹¹¹³.

Samuel Francisco Mourão Neto, entretanto, não concorda com a conclusão referente ao item 3 e 4 e afirma o não cabimento desse remédio constitucional para a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Isso porque “nunca se terá, nesses casos, objeto que se refira diretamente a informações pessoais (acesso ou retificação) do impetrante: não há direito difuso ou coletivo de acesso ou de retificação de informações pessoais”¹¹¹⁴.

Concordamos com a posição ora transcrita, de sorte que o *habeas data* coletivo, na visão tradicional de proteger acesso ou retificação de informações pessoais, isto é, direito individual, pois divisível, somente pode ter como objeto direito individual homogêneo.

Entretanto, se o *habeas data* tiver como objeto informação de âmbito público referente às pessoas indeterminadas ou pertencentes a um grupo poderá o instrumento constitucional ter como objeto direito difuso ou coletivo *stricto sensu*.

¹¹¹² GONÇALVES, Renato Afonso. *Banco de dados nas relações de consumo*, cit., p. 148.

¹¹¹³ MOURÃO NETO, Samuel Francisco. *Arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados de consumidores) e habeas data (individual e coletivo)*, cit., p. 52.

¹¹¹⁴ MOURÃO NETO, Samuel Francisco. *Arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados de consumidores) e habeas data (individual e coletivo)*, cit., p. 57-59.

4.15.3.3. *Legitimados*

Quando tutelar direito coletivo, o *habeas data*, como qualquer ação ordinária ou constitucional, será uma ação coletiva e, como tal, respeitará, além das regras específicas para o procedimento do *habeas data*, constante na Lei n. 9.507/97, as regras estabelecidas na LACP e no CDC.

Tendo em vista a aplicação do microsistema no *habeas data* coletivo, serão legítimos para a impetração do *habeas data* coletivo os legitimados arrolados nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Sendo, portanto, legitimada a Defensoria Pública para propositura de *habeas data* coletivo.

Tendo em vista buscar a máxima efetividade à tutela coletiva, os legitimados para interposição do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), que não estão previstos como legitimados para ações coletivas ordinárias (partido político e entidades sindicais), por analogia, também podem ser legitimados para a propositura do *habeas data* coletivo.

4.15.4. O requisito da recusa administrativa

Trata-se de uma questão muito discutida acerca do cabimento do *habeas data*, seja ele coletivo ou individual, o requisito da recusa administrativa.

Prevê o art. 8º da Lei n. 9.507/97:

A petição inicial deverá ser instruída com prova: I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

A despeito da posição pacífica dos Tribunais Superiores, há na doutrina quem critique tal dispositivo, tendo em vista a afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹¹¹⁵.

¹¹¹⁵ Neste sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 146. Alexandre de Moraes que afirma que não se deve exigir em todas as hipóteses a prova de recusa do órgão competente ao acesso às informações, mas somente nas hipóteses em que o impetrante optou por recorrer primeiramente à instância administrativa (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, cit., p. 145-146).

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

5.1. Conflito de Interesses e Formas de Composição

O conflito de interesses ocorre quando a intensidade do interesses de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, situação em que a atitude de uma tende à exclusão da outra¹¹¹⁶.

Entendendo que interesse é razão entre sujeito e objeto, permeável pela necessidade humana, para configurar conflito de interesses, não basta um mesmo objeto ter razão com mais de um sujeito, é necessário que a satisfação de um interesse implique a não satisfação do outro¹¹¹⁷. Assim, para constituir um conflito de interesses, é necessário o choque de pretensões manifestadas.

Vicente Greco Filho, ao contrário, afirma que entender o conflito de interesses como divergência concreta, luta etc. é restringir demais a atuação do direito, tornando inexplicáveis fenômenos como o da jurisdição voluntária¹¹¹⁸.

Conflito de interesses pode ser entendido como uma pretensão resistida. Pretensão não é sinônimo de interesse, mas sim a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. A resistência, elemento essencial para que o conflito ocorra, é uma pretensão que se opõe à primeira, isto é, recusa à regra de subordinação¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 4.

¹¹¹⁷ “A existência de uma vontade e de outra, dela divergente, apenas presumível, possibilidade e não realidade, não basta para a configuração de um conflito”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 13.

¹¹¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 12-13. O autor afirma que seria mais adequado falar em “convergência de interesses” sobre bens.

¹¹¹⁹ Vejamos alguns conceitos de conflito de interesses destacados pela doutrina: “O conflito de interesses pressupõe, ao menos duas pessoas, com interesse pelo mesmo bem. Existe quando a intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tende à exclusão da outra quanto a este” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 4); “Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 20).

Vale ressaltar que a pretensão e a resistência (pretensão opositora) devem ser emanadas de pessoas distintas, sendo, necessariamente, um conflito intersubjetivo¹¹²⁰.

Merece destaque o fato de que o conflito de interesses não envolve aspectos apenas jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos. De sorte que a interdisciplinariedade é fundamental para a compreensão do tema¹¹²¹.

A existência de conflito de interesses gera instabilidade social. Por isso, a procura de soluções não importa exclusivamente aos indivíduos envolvidos, mas à sociedade como um todo. Nesse sentido, assim disserta Sérgio Bermudes sobre a composição do conflito:

Não interessa apenas aos litigantes, que se empenham na prevalência da sua vontade. Embora esse aspecto do conflito seja o que se destaca a olho nu, é inquestionável a existência de um interesse da sociedade em que o conflito não se instaure, ou em que, ocorrendo, se solucione. Esse interesse público na debelação dos conflitos possui maiores dimensões porque a lide perturba a paz social, constituindo um entrave à realização do direito, cujo fim último é aquele estado ideal, traduzido nos três *praecepta juris* romanos antes referidos: a sociedade na qual todo o homem viva honestamente, cada um recebendo o seu, sem prejuízo para ninguém: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”¹¹²².

Também é importante pontuar a existência de uma nova visão sobre o tema, que destaca a importância da existência do conflito como forma de “crescimento e de desenvolvimento da personalidade, por gerar vivências e experiências valiosas para o indivíduo em seu ciclo de vida”¹¹²³.

A composição do conflito pode acontecer de três formas básicas: autotutela, autocomposição ou heterocomposição.

A autotutela caracteriza-se da seguinte forma:

Pelo emprego da própria força dos litigantes se descobre outro meio de composição ou prevenção da lide. Trata-se da autodefesa ou autotutela (tutela, tudo o que defende ou protege; *de tueri*, olhar, ameaça; logo, defender com força, através da qual um dos contendores subjuga o outro, para satisfazer a sua pretensão. Do uso das mãos ao tacape da ameaça a toda sorte de atos de brutalidade física ou psíquica, o homem sempre se valeu da sua força para alcançar seus propósitos. O emprego da força bruta, comum nos grupos primitivos, foi-se metamorfoseando, sofisticando, requintando, através dos

¹¹²⁰ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, cit., p. 9.

¹¹²¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 25.

¹¹²² BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, cit., p. 13.

¹¹²³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 33.

tempos, e, se ainda não abandonado de todo, como revela a observação do panorama social, o homem se prevalece de métodos menos ostensivos mas igualmente eficazes para alcançar os bens do mundo (...) Cedo, o homem compreendeu a monstruosidade do uso da força para a satisfação de pretensões e criou norma proibindo este método. Porque ainda se faz uso dele, a norma jurídica proibitiva substitui, haja vista o art. 345 do Código Penal, que pune quem fizer justiça com as próprias mãos, para satisfazer pretensão, “embora legítima”¹¹²⁴.

No mesmo sentido, manifesta-se Açalá-Zamora Y Castilho:

La “autodefensa”, que comina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que explícita o implícitamente los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como “regla” aunque la consientan en situaciones “excepcionales”, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto¹¹²⁵.

O direito moderno, portanto, em regra, veda a autotutela, porém a admite em casos excepcionais, quando o Estado reconhece a impossibilidade de ele compor o conflito¹¹²⁶.

Resta então a autocomposição e a heterocomposição. Note-se que em ambas as expressões está presente o termo “composição”.

Composição, na terminologia jurídica, é admitida nos mesmos sentidos etimológicos “ação de ajuntar, de construir, disposição, arranjo, acordo, convenção”¹¹²⁷.

Vale mencionar que outros termos também são utilizados no tratamento das controvérsias, como resolução, solução etc. Sobre a utilização dos termos, assim informa Fernanda Tartuce:

O termo “composição” revela-se mais adequado na abordagem do tema do que a expressão “solução”. Em vez de uma finalização “artificialmente criada” resolvendo (pretensamente)

¹¹²⁴ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, cit., p. 15-16. No mesmo sentido: “*la autodefensa*”, que comina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que explícita o implícitamente los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como ‘regla’ aunque la consientan en situaciones ‘excepcionales’, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto”.

¹¹²⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas acerca de la acción. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. Tomo I, p. 26).

¹¹²⁶ “*Son los excepcionales casos de ‘autodefensa’ o ‘autotutela’ que el Estado reconoce como solución cuando su propia actividad no lleva, o puede llegar tarde*” (VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 2).

¹¹²⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I e II, p. 216.

a controvérsia com a imposição de um desfecho por um ato isolado, a composição indica a reorganização e estruturação do conflito em uma nova disposição. Tem, pois, aptidão para importar em uma resposta de cuja formulação participem concretamente os envolvidos na situação controvertida. Tal situação pode colaborar para o alcance de uma saída efetivamente pacificadora e com maior chance de adesão das partes quanto à sua observância¹¹²⁸.

Na autocomposição, os sujeitos do conflito são os responsáveis pelo fim da contenda, seja individual, seja em conjunto. Assim:

Por meio da autocomposição, os próprios sujeitos do conflito lhe colocam fim, mediante ajustes que podem inclusive acarretar prejuízos para uma das partes (no caso de renúncia de direitos) ou para ambas (no caso de transação, em que, diante de dúvida em torno da solução do litígio, todos os conflitantes “abrem mão” de parte do que eventualmente poderia ser seu de direito¹¹²⁹.

A autocomposição, portanto, pode ocorrer de duas formas: (a) unilateral, por meio da abdicação de uma das partes (renúncia da pretensão ou renúncia da resistência); ou (b) bilateral, por meio da transação¹¹³⁰. A transação é bilateral, pois é de sua essência que haja concessões recíprocas das partes¹¹³¹.

¹¹²⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 37.

¹¹²⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

¹¹³⁰ SÁ, Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12. Sobre o tema, disserta Sérgio Bermudes: “A abdicação (adbitatio, abandono, renúncia: de ad, prefixo indicativo de afastamento, e dicare, divulgar, dizer) da pretensão, ou da resistência, contemporânea do homem, é um dos meios de solução da lide” (...) “Parece não existir informação antropológica indicativa de que a abdicação da pretensão ou da resistência seja fenômeno aparecido somente numa etapa da evolução das relações sociais, negando que o homem já nascesse dotado de razão e de ânimo pacífico. Evidentemente, a lide não chegará sequer a se instaurar, se as pessoas envolvidas, havendo apresentado sinais de pretensão ou resistência, das quais cogitaram, renunciarem à sua esboçada atitude. A renúncia ao exercício da pretensão ou da resistência constitui modalidades de abdicação (...) A transação (transactio, ato de passar, de acomodat, de transigere, de trans, através, de um lugar a outro, e, agere, impelir, fazer andar, levar; logo, o que vai e vem: toma lá, dá cá) que envolve abdicação parcial, aproximando-se dela por isso mesmo, consiste na composição, ou na prevenção da lide, mediante mútuas concessões que se fazem os litigantes. O Código Civil a define, no seu art. 1025: ‘É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas’. As partes da lide atual ou iminente abrem mão de uma parcela das respectivas pretensões, preferindo, por razões de ordem diversa, a satisfação apenas parcial delas ao conflito. A transação é o acordo das posições divergentes (palavra que, significativamente, procede de coração, cor em latim, tomando o substantivo com símbolo do sentimento e da vontade)” (Introdução ao processo civil, cit., p. 14).

¹¹³¹ “Por concesiones recíprocas debe entender-se el sacrificio que cada uno de los interesados haga de parte de sus derechos o pretensiones, o la prestación que cada una de ellas realice o se obligue a realizar a favor de otra, y por tratarse de un acto jurídico bilateral, es menester que medie el consentimiento de ambas partes, pues si no llegado a un acuerdo total sobre los puntos que deba comprender, no existe transacción (...) Por lo tanto, mientras exista una reciprocidad de sacrificios, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, no el mayor o menor fundamento de los derechos respectivos” (VARGAS, Abraham Luis. Transacción. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos

Pode-se dizer que a autocomposição é gênero de que são espécies a renúncia, o reconhecimento e a transação¹¹³². Vale destacar que as duas formas de autocomposição podem ocorrer sem a existência de processo judicial ou no decorrer do processo, por meio da desistência da ação, reconhecimento do pedido contido na ação ou transação judicial.

É muito importante lembrar que essa autocomposição, principalmente no caso da renúncia, deve ser realmente espontânea e não ocorrer simplesmente em razão do desconhecimento da existência do direito ou da inacessibilidade da justiça¹¹³³. As partes que não conseguem se autocompor podem se valer de um terceiro imparcial para auxiliar na composição do conflito, constituindo formas de heterocomposição¹¹³⁴.

Essa heterocomposição pode ocorrer por meio do tradicional processo judicial, e, extrajudicialmente, por três formas básicas: conciliação, mediação e arbitragem.

Vale destacar a importante diferença entre as quatro formas de heterocomposição. Na conciliação e na mediação, ao contrário da jurisdição e da arbitragem, o terceiro não impõe uma composição da controvérsia, apenas facilita o diálogo entre as partes, para que elas, conjuntamente, encontrem a melhor forma de compor o conflito¹¹³⁵.

Sobre o tema ressalta Ada Pellegrini Grinover:

Tribunais, 2005, p. 784-785).

¹¹³² “(...) *la autocomposición es género del cual cabe que se reconozcan varias especies, dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo, para hablar así de: a) la renuncia; b) el reconocimiento; y c) la transacción*” (LARA, Cipriano Gómez. *Teoría general del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 35).

¹¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 279.

¹¹³⁴ Nesse sentido afirma José Ovalle Favela: “*En la heterocomposición la solución al conflicto es calificada da ‘imparcial’ porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero sin interés propio en la controversia*”, e acrescenta, afirmando quais são as formas de heterocomposição: *mediação, conciliação e arbitragem* (FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. México: Harla, 1991, p. 23).

¹¹³⁵ Por essa razão, há quem considere a conciliação e a mediação como formas de autocomposição facilitada (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 65). Outros denominam de autocomposição assistida (COSTA, Alexandre Araújo. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Coord.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. , Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004. (Série Grupo de Pesquisas, n. 1, v. 3.) p. 173). Outros, ainda, consideram como formas intermediárias em relação à autocomposição e à heterocomposição: “*la función del conciliador se limita a ‘proponer’ posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo o caso, a la voluntad de las partes. Estas pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador. Por ello, en la conciliación, al igual que en mediación, la solución del litigio depende, finalmente de la voluntad de las partes. Esta es la razón por la que se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición*” (FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*, cit., p. 23).

Heterocomposição só tem credibilidade quando conduzida por pessoas qualificadas, que apliquem à solução de litígios critérios equitativos. Não se caracterizam verdadeiros “equivalentes jurisdicionais” perante situações de fato, que só aparentemente solucionam a controvérsia, estimulando em contrapartida a litigiosidade social em meios altamente conflitivos¹¹³⁶.

O presente estudo, a partir de agora, terá como foco os meios extrajudiciais de composição de conflito, tendo em vista ser o uso desses meios parte integrante da “terceira onda” para o efetivo acesso à justiça, conceito trazido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹³⁷.

Trata-se da busca pela desformalização das controvérsias:

Buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação¹¹³⁸.

É importante mencionar ainda a ressalva realizada pela referida autora:

O que ficou claro é que nem todas as controvérsias são idôneas a ser solucionadas pelas vias conciliativas extrajudiciais, sendo a esse propósito de grande importância as pesquisas empíricas de caráter sociológico, destinadas a destacar os litígios cuja natureza melhor se coaduna com os equivalentes jurisdicionais e para cuja solução o processo não configura instrumento necessário nem o mais adequado¹¹³⁹.

Ademais, algumas formas alternativas, como são a conciliação e a mediação, “não somente solucionam os conflitos, como têm a virtude de pacificar os conflitantes”, solução muito indicada para relações jurídicas continuativas, como o direito de família e vizinhança¹¹⁴⁰. Isso porque, a mediação e a conciliação, como mecanismos apaziguadores, são métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos¹¹⁴¹.

Os meios alternativos de composição de conflitos também foram lembrados na 5ª Secção do citado documento *100 Reglas*. Assim afirma a regra n. 43:

Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un

¹¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo, cit., p. 279.

¹¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 71 e 81-87.

¹¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 179.

¹¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo, cit., p. 281.

¹¹⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, cit., p.132.

¹¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 72.

tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

Já a regra 44 determina:

En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

Também a regra 47 trata do tema:

Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

5.1.1. Conciliação

A conciliação é uma forma de composição de conflito que conta com a participação de um terceiro imparcial, que tem como papel escutar os litigantes para investigar a melhor forma de acordo para a situação posta. O conciliador pode atuar de maneira incisiva para a celebração do acordo, “expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia”¹¹⁴².

Assim, o conciliador, ao tomar iniciativas, fazer recomendações e advertências, apresentar sugestões, na busca da obtenção do acordo, assume uma autoridade hierárquica¹¹⁴³.

Note-se que a função primordial do conciliador é buscar um acordo que evite a propositura de demanda judicial para resolver a controvérsia. Ao conciliador, porém,

¹¹⁴² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 66.

¹¹⁴³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 38. No mesmo sentido: COSTA, Alexandre Araújo. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*, cit., p. 181.

jamais caberá a possibilidade de impor coercitivamente a forma de composição de conflito¹¹⁴⁴.

Vale destacar que conciliação é um termo utilizado de forma equívoca, que pode indicar tanto a forma de composição de conflito extrajudicial como o acordo obtido em juízo, por exemplo¹¹⁴⁵. Há quem entenda que o termo conciliação se refere apenas ao acordo entre as partes obtido perante o Poder Judiciário¹¹⁴⁶.

No entanto, conforme anteriormente assinalado, entendemos que a conciliação pode ocorrer antes ou durante o processo judicial¹¹⁴⁷.

A conciliação judicial, com o passar dos anos, assumiu papel de destaque no procedimento judicial. São vários os dispositivos do CPC que fazem referência à conciliação¹¹⁴⁸. Primeiro, nos termos do art. 125, inc. IV, do CPC¹¹⁴⁹, é dever do magistrado promover a tentativa de conciliação a qualquer tempo. Ademais, nos Juizados Especiais a conciliação possui ainda mais evidência¹¹⁵⁰.

Muito cuidado deve tomar o julgador quando exercer o papel de conciliador, conforme ensina Vicente Greco Filho:

O juiz, na conciliação, deixa de ser figura passiva que aplica o direito no caso concreto e deve exortar as partes para que cheguem a um acordo antes que se inicie a instrução da causa.

¹¹⁴⁴ Nesse sentido: FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*, cit., p. 23; TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 66.

¹¹⁴⁵ Nesse sentido: “Aquí, como en muchos otros pasajes de nuestra terminología procesal, varias cosas diferentes se llaman del mismo modo. La conciliación es tanto acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable, como el avenimiento que puede ser el resultado de ese acuerdo. Así, se habla de la citación a conciliación, de la audiencia de conciliación, del acta de conciliación (aun cuando sea de inútil tentativa), etc. Pero también, decimos, se llama conciliación, al acuerdo o avenencia de las partes. Cuando ha habido acuerdo, se dice que se ha obtenido la conciliación” (COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. Tomo I, p. 229).

¹¹⁴⁶ Nesse sentido: “A ‘conciliação’ nada mais é do que uma transação obtida em juízo, pela intervenção do juiz junto às partes, antes de iniciar a instrução da causa. Uma vez efetivado o acordo, lavra-se o termo e o juiz profere sentença homologatória, que extingue o processo, também, com solução de mérito” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.1, p. 36.

¹¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública, cit., p. 857); GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas, cit., p. 12; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 48.

¹¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. cit., p. 112.

¹¹⁴⁹ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Inciso incluído pela Lei n. 8.952/94.

¹¹⁵⁰ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação; Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei; Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação”.

Não deve, porém, o magistrado influenciar as partes com prognóstico de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso. Mantendo, portanto, sua imparcialidade e sem se adiantar sobre o mérito da causa, o magistrado observa às partes o interesse de uma solução amigável e, conseqüentemente, mais rápida¹¹⁵¹.

O presente estudo agora tratará da conciliação extrajudicial, ou seja, aquela realizada por órgão não jurisdicional como um fenômeno de desformalização da controvérsia, servindo como um substitutivo do processo judicial, rompendo a “cultura demandista”¹¹⁵².

Ada Pellegrini Grinover destaca aspectos fundamentais da conciliação extrajudicial:

a) a recuperação de controvérsia, que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea, sobretudo no campo da denominada “Justiça menor” em matéria de tutela do consumidor, de acidentes de trânsito, de questões de vizinhança e de família, das ligadas ao crédito etc; b) a racionalização da distribuição da Justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos de mediação, ainda que facultativos; c) o reativar-se de formas de participação do corpo social na administração da Justiça; d) a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica, elementos políticos de particular importância na conscientização das pessoas carentes. Tudo, aliado à convicção de que o método contencioso de solução de controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, indicando a necessidade de atentar para os problemas sociais que revelam a existência desses problemas.

E conclui: “a função primordial da conciliação: a pacificação social”¹¹⁵³.

No mesmo sentido, manifestam-se Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao afirmar que, além de evitar a sobrecarga dos tribunais, as conciliações

são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais

¹¹⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 234-235.

¹¹⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública, cit., p. 857.

¹¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 246.

profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado¹¹⁵⁴.

Embora seja possível e recomendável a conciliação extrajudicial, no Brasil, trata-se de um fenômeno eminentemente judicial¹¹⁵⁵.

A ausência da conciliação extrajudicial se dá por diversas razões.

Inicialmente, porque a utilização de meios que não sejam a via jurisdicional para a composição dos conflitos exige uma substancial modificação do operador do direito e das partes conflitantes.

Kazuo Watanabe afirma que se instalou em nós a “cultura da sentença”, que deve ser paulatinamente substituída pela “cultura da pacificação”¹¹⁵⁶. Deve-se substituir, no espírito de todos os agentes, a postura beligerante por um posicionamento conciliador¹¹⁵⁷.

Ademais, há, em larga escala, falta de órgãos públicos no Brasil destinados à realização de conciliação.

A Defensoria Pública tem um papel fundamental para alterar esse quadro atual, destacando que, conforme visto no capítulo 4, é função institucional da Defensoria Pública promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes¹¹⁵⁸.

Assim, cabe à instituição conscientizar aquele que a procura para demandar em juízo em seu favor sobre as vantagens da obtenção da composição por meio da conciliação.

Ainda que a parte de início desconheça o caminho da conciliação, já que procurar a Defensoria Pública tem como objetivo o ajuizamento de ação judicial, tal desconhecimento acaba sendo sanado, porque é o mesmo órgão que realiza as atividades judicial e extrajudicial.

A Defensoria Pública institucionalmente tem o dever de orientar seus membros que deve o defensor público, sempre que for possível, convocar a outra parte para a composição do conflito, por meio da conciliação, antes da propositura de demanda

¹¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 81-82.

¹¹⁵⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 66.

¹¹⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação.. In: SALETTI, Achille (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 685. 4-690.

¹¹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública, cit., p. 860.

¹¹⁵⁸ “*Por lo general el conciliador es un ‘órgano público’ creado especialmente a fin de solucionar, en forma amistosa, los conflictos jurídicos, para evitar que deriven proceso judicial. O también, si producen durante este, para suprimir o terminar el proceso ya iniciado*” (VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*, cit., p. 4).

judicial. A instituição deverá fomentar no espírito dos defensores públicos a “cultura da pacificação”, por meio de cursos de extensão para aperfeiçoamento dessa atividade.

Nesse contexto, é importante lembrar as considerações realizadas no Capítulo 3 referente às diferenças entre a atuação do defensor público e do advogado.

Primeiro, porque na atividade do defensor público, ao contrário da atividade exercida pelo advogado, jamais se norteia pelo interesse econômico. Enquanto o advogado depende dos honorários advocatícios, ao defensor público é defeso a percepção de valores a esse título, conforme expressa vedação legal (arts. 46, III; 91, III; e 131, III, todos da Lei Complementar n. 80/94). Assim, para o defensor público, se o conflito for resolvido em uma audiência de conciliação extrajudicial ou se for resolvido em Tribunais Superiores, não haverá qualquer relevância econômica. Para o advogado, ao revés, que depende do pagamento dos honorários advocatícios, em princípio, se empenhará para resolver a questão pela via jurisdicional.

Ademais, como o defensor público inicialmente não tem qualquer relação de confiança com aquele que procura a Defensoria Pública, dado o princípio do defensor natural, terá o defensor público a condição de neutralidade para exercer a função de conciliador das partes. Ao contrário do advogado particular, que é procurado pela parte e pago por ela para defendê-la, não sendo possível sua atuação neutra, necessária para promover a conciliação entre as partes conflitantes.

Assim, é fundamental que o defensor público que venha a exercer a função de conciliador, ao ser procurado pela parte, restrinja a orientação jurídica acerca do procedimento conciliatório. Caso contrário, isto é, se a orientação jurídica for aprofundada quanto à matéria de fundo, a imparcialidade do defensor público restará prejudicada. Tal fato, entretanto, não afasta a possibilidade da ocorrência do procedimento conciliatório perante a Defensoria Pública, pois o procedimento poderá ser presidido por outro defensor público que não realizou qualquer orientação jurídica para as partes.

Pode-se pensar na seguinte questão: na hipótese de a parte, mesmo após advertência acerca das vantagens da tentativa prévia da conciliação, recusar-se a participar do procedimento, pode a Defensoria Pública negar o patrocínio da causa em juízo? Entendemos que não. Primeiro porque as causas de recusa de patrocínio da ação pelo defensor público estão expressamente previstas na legislação¹¹⁵⁹, e a recusa só

¹¹⁵⁹ Arts. 44, XII; 89, XII; e 128, XII, todos da Lei Complementar n. 80/94.

pode ocorrer em duas hipóteses: quando a ação for manifestamente incabível ou for inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio.

Cabe, então, outra questão: poderia a lei da Defensoria Pública prever a conciliação prévia como requisito para a propositura da ação judicial ou tal previsão fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição?

É certo que, ao contrário de alguns países em que a conciliação prévia é obrigatória¹¹⁶⁰, no Brasil, a conciliação é facultativa. Entretanto, entendemos possível essa previsão, tendo em vista que tal disposição não afasta a jurisdição, apenas a condiciona a uma tentativa prévia de conciliação. Além disso, vale lembrar que não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição a necessidade de o indivíduo, para receber a tutela jurisdicional, cumprir diversos requisitos, denominados pressupostos processuais e condições da ação.

Nesse sentido afirma Carlos Alberto de Salles:

Não nos parecem os pressupostos ou condições da ação ser ontologicamente diferentes de requisitos que poderiam ser estabelecidos, impondo às partes lançar mão, previamente, de meios alternativos de solução de controvérsias (...), para ter acesso à prestação jurisdicional estatal. Note-se, a propósito, tratar apenas de um requisito, não propriamente de uma exclusão da apreciação judicial¹¹⁶¹.

No mesmo sentido posiciona-se Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, quando trata da necessidade de prévia submissão da demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, quando esta existir na localidade em que se originou o conflito, nos termos do art. 625-D da CLT¹¹⁶². Segundo o autor:

¹¹⁶⁰ O Uruguai é um exemplo de país que coloca a conciliação prévia como requisito para o ajuizamento de demanda judicial. Afirma o art. 255 da Constituição do Uruguai: “*No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley*”. Sobre o tema da conciliação prévia, assim disserta Eduardo J Couture: “*Cuando dentro de nuestro régimen se habla de la necesidad de la conciliación, como requisito previo al proceso, no sólo se tiene en cuenta la posibilidad de la transacción: deben entrar, también, en la cuenta del legislador, el desistimiento y el allanamiento. Son numerosos los casos de la vida forense, en los cuales el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación; y no son, tampoco, casos de laboratorio, aquellos en los cuales el actor, enterado en el acto de la conciliación de las defensas que le opondrá el demandado, prefiere ahorrarse el juicio a tener que seguirlo en condiciones desventajosas. Presentadas las cosas en estos términos, resulta ya bastante más claro, que es posible la avenencia en las acciones en las cuales está prohibida la transacción*” (*Estudios de derecho procesal civil*, cit., p. 231).

¹¹⁶¹ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 782-783.

¹¹⁶² Dispõe o artigo: “*Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria*”.

A prévia passagem do conflito pelas Comissões de Conciliação Prévia não inviabiliza de modo algum sua apreciação pela via jurisdicional. Isso porque, caso não haja acordo, as partes poderão levar o litígio ao conhecimento do Poder Judiciário mediante reclamação trabalhista¹¹⁶³.

Vale registrar que deve ser previsto um prazo para que a Defensoria Pública realize a conciliação, que deve ser um prazo exíguo, que, ao ser comparado com o longo período enfrentado pelos litigantes em processo judicial, de fato não represente um óbice ou um fator de retardo para a prestação jurisdicional¹¹⁶⁴.

A Defensoria Pública, ao promover a conciliação, tendo em vista ser um órgão público, deve tomar todos os cuidados para que a parte leiga não confunda sua atuação com a atuação do Poder Judiciário. As partes muitas vezes desconhecem as diferenças entre juiz e defensor público, portanto é muito importante que o defensor público, ao promover a conciliação, enfatize o fato de que, naquele momento, caberá às partes a decisão final de aceitar ou não o acordo eventualmente formulado.

Ao finalizar a conciliação na Defensoria Pública, obtido o acordo, deve ser ele formalizado e colocado a termo.

O defensor público, quando for o caso, deverá sujeitar o acordo à homologação judicial. Nesse caso, terá o acordo eficácia de título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, V, do CPC¹¹⁶⁵. Destaque-se que todos os casos que envolvam direito de menor, por ser indisponível, devem ser objetos de homologação para ter efeitos executivos. Assim, os acordos referentes à pensão alimentícia, por exemplo, sempre devem ser homologados pelo juiz.

Tratando-se de causa cível, em que as partes são maiores e capazes, o acordo escrito obtido na conciliação terá força executiva se assinado pelo defensor público, nos termos do art. 585, II, do CPC¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 99.

¹¹⁶⁴ A sessão de conciliação a ser realizada na Comissão de Prévia de Conciliação, nos termos do art. 625-F, deve ser realizada em dez dias, sob pena de ser considerada frustrada, possibilitando o ingresso no Poder Judiciário.

¹¹⁶⁵ “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...) V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”. Inciso incluído pela Lei n. 11.232/2005.

¹¹⁶⁶ “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”. Vale destacar que não basta o referendo, é imprescindível a assinatura do devedor, tendo em vista a exigência expressa do art. 568, I, do CPC (SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 464).

É importante destacar que o defensor público não deve exercer juízo sobre a justiça do acordo, mas apenas sobre a viabilidade jurídica do acordo firmado. Assim, se as partes chegarem a um acordo que, a juízo do defensor público, não tem viabilidade jurídica, ele tem o dever de orientar as partes. Na hipótese de as partes insistirem em manter o acordo nos mesmos termos, o defensor público pode se recusar a formalizar o acordo por escrito.

Essa recusa deve ser formalizada, aplicando-se à hipótese o dispositivo que trata da prerrogativa da recusa do defensor público em não patrocinar a ação em vista de o acordo ser manifestamente incabível. Assim, ao decidir por não assinar o acordo, é dever funcional do defensor público comunicar o fato ao defensor público-geral, apontando as razões de seu ato. Destaque-se, portanto, que, como qualquer decisão administrativa, deve o ato do defensor público constituir-se de fundamentação.

Caso entenda de modo diverso, isto é, pelo ajuizamento da medida judicial, caberá ao defensor público-geral designar outro defensor público para fazê-lo, respeitando a independência funcional daquele que se recusou a propor a medida judicial.

A composição extrajudicial por meio da conciliação também se destina aos hipossuficientes econômicos. Entendemos, entretanto, que há a possibilidade de promover a composição extrajudicial ainda que uma das partes não seja hipossuficiente econômica, uma vez que impedir essa composição apenas postergará o conflito, prejudicando a parte hipossuficiente, destinatária da assistência jurídica.

5.1.2. Mediação

A mediação é uma forma de composição de conflito que também conta com a participação de um terceiro imparcial, que busca o restabelecimento da comunicação entre as partes litigantes para que elas, conjuntamente, após a reflexão provocada pela mediação, encontrem a melhor forma de composição do conflito.

Note-se que o mediador é apenas um facilitador de diálogo e, ao contrário do conciliador, não possui uma postura ativa de tomar iniciativa, fazer recomendações e advertências, apresentar sugestões, na busca da obtenção do acordo. Por isso diz-se que, além da atuação imparcial, o mediador tem uma atuação neutra diante do conflito¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁷ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 80.

Fernanda Tartuce conceitua mediação como a

técnica pela qual uma terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as pessoas em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, construam, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa¹¹⁶⁸.

Nas palavras de Malvina Ester Muszkat: “A mediação de conflitos tem como finalidade buscar acordos entre pessoas em litígio por meio da transformação da dinâmica adversarial, comum no tratamento de conflitos, para uma dinâmica cooperativa, improvável nesse contexto”¹¹⁶⁹.

Vale mencionar também o conceito de mediação contido no art. 1º do Projeto de Lei n. 4.827/98, que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos: “Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”.

É muito importante destacar que o mediador, da mesma forma que o conciliador, não pode impor uma solução¹¹⁷⁰. E mais, o próprio processo de mediação também não pode ser imposto, sendo estritamente necessário que as partes queiram se submeter a seu processo¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 69-70.

¹¹⁶⁹ MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos: em famílias e organizações*. São Paulo: Summus, 2005, p. 13.

¹¹⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 65.

¹¹⁷¹ PAASHAUS, Gustavo Cintra; CAETANO, Luiz Antunes. *Do juízo arbitral – Arbitragem e mediação hoje*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2006, p. 183; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*, cit., p. 85. Vale mencionar que na Argentina o processo de mediação prévio é obrigatório na maioria dos processos judiciais. Afirmam os arts. 1º e 2º da Lei n. 24.573/ 95: “*Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente Ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. – Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia. Art.2. – El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: 1. Causas penales. – 2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador. – 3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación. – 4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte. – 5. Amparo, hábeas corpus e interdictos. – 6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación. – 7. Diligencias preliminares y prueba anticipada. – 8. Juicios sucesorios y voluntarios. – 9. Concursos preventivos y quiebras. – 10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo*”.

Tendo em vista a semelhança entre os institutos da conciliação e da mediação, alguns doutrinadores entendem a conciliação como uma espécie de mediação¹¹⁷². Outros há que entendem ser a mediação gênero da qual a conciliação é espécie¹¹⁷³. Há, ainda, aqueles que consideram a mediação uma forma de obter a conciliação¹¹⁷⁴.

Entretanto, concordamos com a posição daqueles que entendem ser tais institutos diferentes¹¹⁷⁵. Fernanda Tartuce sistematiza as diferenças: a) quanto à extensão da atuação – enquanto o mediador busca fazer com que as partes elaborem suas próprias respostas, o conciliador as auxilia em sua formulação, podendo até propor o conteúdo do acordo; b) quanto à forma de realização – a mediação exige várias sessões para que o mediador consiga fazer com que as partes protagonizem uma saída consensual; na conciliação, em regra, é realizada apenas uma única sessão na qual o conciliador insta as partes a se comporem; c) quanto aos objetivos – na conciliação o objetivo é o acordo, na mediação o objetivo é finalizar a dinâmica adversarial entre as partes, sendo o acordo uma consequência da real comunicação entre as partes¹¹⁷⁶.

Não se deve, porém, exigir que seja necessariamente um defensor público ou pessoa formada em direito ou em qualquer curso superior¹¹⁷⁷. É fundamental apenas que seja treinada para exercer a função de mediador. Essa formação deve ter conteúdo multidisciplinar, com temas de assistência social, psicologia, direito e comunicação.

O mediador deve atuar com base nos seguintes princípios: a) imparcialidade: o mediador é um terceiro imparcial, que não pode ter qualquer interesse em como será solucionado o conflito, não pode privilegiar ou prejudicar qualquer uma das partes, não pode agir com base em preconceitos e tendências; b) independência: o mediador não pode ter influências externas quando da atuação na mediação; c) competência: a despeito de não existir uma formação convencional para o ato de mediar, não significa que o ofício de mediador não seja profissional; na atuação como mediador, deve atuar

¹¹⁷² Nesse sentido, afirma Carlos Eduardo de Vasconcelos: “A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo” (*Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, cit., p. 38).

¹¹⁷³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça*, cit., p. 81.

¹¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*, cit., p. 211.

¹¹⁷⁵ Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et. al (Coord.). *Mediação um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários – CJE, 2003, p. 58 *apud* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 72.

¹¹⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 72-73.

¹¹⁷⁷ O art. 2 do Projeto de Lei n. 4.827/98 descreve o seguinte: “Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. Parágrafo 1º. – Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam as exigências deste artigo. Parágrafo 2º. – No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo”.

com competência; d) diligência: é fundamental para desenvolver as atividades inerentes à mediação, visando a resolução do conflito de forma consensual pelas partes; e) sigilo: é fundamental que o procedimento da mediação seja realizado sigilosamente para que as partes desenvolvam confiança no mediador, facilitando a intenção da mediação, que é a solução do conflito.

A Defensoria Pública é um campo propício para o exercício da técnica de mediação. Conforme visto no Capítulo 3, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo prevê Centros de Atendimento Multidisciplinar como órgão auxiliar da Defensoria Pública, os quais contam com profissionais e estagiários das áreas de psicologia, serviço social, engenharia, sociologia, estatística, economia, ciências contábeis e direito, entre outras.

Os defensores públicos, bem como os servidores públicos, podem ser treinados para exercer uma mediação de qualidade na Defensoria Pública.

Vale destacar que a existência de pessoas formadas em campos diferentes é de suma importância para uma melhor mediação, pois é ideal que mediação seja conduzida por um mediador e por um co-mediador com formações diferenciadas¹¹⁷⁸.

É importante destacar que, quando o defensor público estiver atuando como mediador, terá de se conscientizar de que a atuação no exercício da mediação é muito diferente da atuação processual – naquela desenvolve-se um mecanismo não adversarial, completamente diferente da atuação contenciosa¹¹⁷⁹.

A presença do defensor público no processo de mediação deve ser avaliada pelo mediador. É importante dizer que, se houver uma reunião conjunta, deve sempre participar dois profissionais, um para cada parte, a fim de não gerar eventual ideia de desigualdade.

Tendo em vista que a mediação é um processo mais profundo, quando comparado à conciliação, deve a mediação ser reservada a conflitos familiares mais agudos.

As demais observações sobre a conciliação também se aplicam à mediação.

5.1.3. Arbitragem

¹¹⁷⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*, cit., p. 77.

¹¹⁷⁹ LOPES, Vitor Carvalho. Dos mediadores. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria geral da mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69-70.

A arbitragem é a forma de composição de conflitos em que as partes elegem um terceiro imparcial para compor o conflito experimentado pelas partes. Nesse caso, o terceiro pode impor às partes a forma de composição encontrada por ele. A decisão do árbitro tem força vinculativa em relação às partes.

Assim, as partes têm faculdade de escolher se desejam ou não se submeter ao procedimento arbitral. Depois de escolhido, tem o árbitro poder para vincular as partes.

Na definição de Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial¹¹⁸⁰.

A arbitragem, ao contrário da mediação, possui legislação própria desde 1996. Trata-se da Lei n. 9.307/96.

Vale destacar que a constitucionalidade da lei foi questionada perante o STF em vista do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹¹⁸¹.

Constitucionalidade também afirmada pela doutrina nacional:

De fato a Lei 9.307/1996 não colide com a garantia constitucional supramencionada. A prestação jurisdicional

¹¹⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33.

¹¹⁸¹ Vejamos a ementa do julgado referente ao tema: “*Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri) (...) 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário” (STF, Tribunal Pleno, Se-AgR 5206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004, p. 29, por maioria de votos).*

constitui um direito dos jurisdicionados, mas não um dever de levar ao conhecimento do Poder Judiciário qualquer contenda que se desenvolva entre as pessoas físicas ou jurídicas¹¹⁸².

A arbitragem constitui um meio mais célere para dirimir conflitos¹¹⁸³.

Ademais, a arbitragem pode contar com pessoas que tenham conhecimento específico sobre a demanda, uma vez que as partes têm possibilidade de escolher o árbitro¹¹⁸⁴.

É importante destacar que a utilização possui duas restrições. Uma de caráter objetivo e outra de caráter subjetivo, ambas previstas no art. 1º da Lei n. 9.307/96.

A restrição subjetiva destaca que somente “pessoas capazes de contratar” são aptas para utilizar o procedimento arbitral.

Já a restrição objetiva impõe que a arbitragem apenas pode dirimir conflitos relativos a direito patrimonial.

Vale mencionar que a arbitragem, no direito brasileiro, passou a ser mais valorizada após a Lei n. 9.307/96, que passou a considerar a sentença arbitral, independentemente de homologação de título executivo judicial¹¹⁸⁵.

A questão que se impõe é a possibilidade de a Defensoria Pública organizar, na sua estrutura, como uma das formas de composição de conflitos, a arbitragem.

Inicialmente, poderíamos entender pela impossibilidade, tendo em vista que o Estado já fez sua escolha quanto à forma estatal de composição de conflito: a via jurisdicional.

Ademais, há doutrinadores que, quanto ao conceito de arbitragem, afirmam ser “meio privado de solução de conflito”¹¹⁸⁶.

Entendemos, entretanto, que há possibilidade de arbitragem em órgãos públicos. Primeiro, porque, o fato de o Estado ter como meio de composição de conflito a via jurisdicional, não impede que seus órgãos tenham outras formas de composição de conflito, como a conciliação, a mediação e também a arbitragem. É importante destacar que, embora a decisão arbitral tenha força vinculativa como na jurisdição, ao contrário

¹¹⁸² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 97.

¹¹⁸³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 97.

¹¹⁸⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional, cit., p. 97.

¹¹⁸⁵ Inc. IV do art. 475-N do CPC.

¹¹⁸⁶ Nesse sentido: SCAVONE JUNIOR. Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19; ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171.

desta, em que a parte não pode escolher se deseja ou não se submeter, na arbitragem, a parte só se submeterá à arbitragem se assim decidir. E, segundo, porque o termo “meio privado” apenas indica que esse meio de solução foi escolhido pelas partes, e não imposto pelo Estado.

Sobre a possibilidade de um órgão do Estado implementar a arbitragem, assim posiciona-se José Ovalle Favela:

Puede ocurrir también que se encomiende a un órgano del Estado la función de actuar como árbitro para resolver determinados tipos de litigios. Tales son los casos, por ejemplo, de la Procuraduría Federal del Consumidor, que por ley puede fungir como árbitro en los conflictos entre los consumidores y los comerciantes, industriales o proveedores (art. 59, fracción VIII, inciso c, de la Ley Federal de Protección al Consumidor. (...)) En estos casos, los órganos del Estado sólo pueden desempeñar su función arbitral cuando las partes estén de acuerdo a someter sus conflictos arbitraje de dichos órganos; y al ejercer su función arbitral, éstos no podrán hacer uso de facultades de imperio, por lo que para poner obtener cumplimiento de sus determinaciones deberán solicitar la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado competentes¹¹⁸⁷.

Evandro Zuliani¹¹⁸⁸ sustenta a instalação da arbitragem especificamente na área de direito do consumidor e nos órgãos públicos integrantes do sistema de proteção e defesa do consumidor.

A Defensoria Pública do Estado do Pará, em 2006, inaugurou o Núcleo de Mediação e Arbitragem (NMA), que tem como objetivo oferecer serviços de conciliação, mediação e arbitragem à população carente do bairro do Jurunas, onde o núcleo foi instalado.

Para o funcionamento de um Centro de Arbitragem da Defensoria Pública é necessário prévia elaboração do seu regulamento.

Vejamos algumas questões que deverão ser tratadas nesse documento.

Quanto à escolha do procedimento arbitral realizada pela Defensoria Pública, pode ser prevista em cláusula ou em compromisso arbitral. As partes escolhem o procedimento arbitral por meio da convenção de arbitragem, que pode ser definida como “a expressão da vontade das partes interessadas, manifestadas numa mesma

¹¹⁸⁷ FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*, cit., p. 25-26.

¹¹⁸⁸ ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. In: BONFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76.

direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios”¹¹⁸⁹.

Essa convenção, nos termos do art. 3º da Lei de Arbitragem, pode ser por meio da cláusula arbitral ou por compromisso arbitral¹¹⁹⁰. A diferença entre os institutos está no momento da opção das partes pela arbitragem. Na cláusula arbitral, o conflito ainda não ocorreu, ele é apenas virtual, ou seja, sua elaboração é prévia em relação ao conflito que pode surgir em decorrência de uma relação jurídica. No caso do compromisso arbitral, o conflito já se instaurou, ele é concreto, de sorte que a elaboração do compromisso é posterior em relação ao conflito.

Nos dois casos, será uma redação simples, tendo em vista que se trata de uma arbitragem institucional, em que as regras processuais estão previstas no Regulamento do Centro de Arbitragem da Defensoria Pública. Vejamos um exemplo de cláusula arbitral:

Qualquer litígio originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será definitivamente resolvido por arbitragem, de acordo com o Regulamento do Centro de Arbitragem da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por árbitro único, indicado de acordo com citado Regulamento.

Além da forma, o documento deverá prever o requisito da hipossuficiência da parte para a submissão do conflito à Câmara Arbitral da Defensoria Pública. É importante destacar que poderá submeter a lide quando uma das partes for considerada hipossuficiente econômica, não necessitando que ambas sejam. No procedimento arbitral, porém, apenas poderá ser representado por defensor público aquela parte que afirmou a hipossuficiência econômica.

Outro ponto que deverá ser abordado é a questão dos árbitros. Insta observar que os árbitros, conforme determina o § 4º do art. 13 da Lei da Arbitragem, no exercício de suas funções, devem agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

O Centro de Arbitragem da Defensoria Pública deverá contar com um grupo de árbitros, que poderão ser defensores públicos ou pessoas estranhas à carreira, desde que tenham reconhecida capacitação técnica. É importante que se diga que o fato de ser

¹¹⁸⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*, cit., p. 171.

¹¹⁹⁰ José Ovalle Favela destaca que el “acuerdo arbitral” também pode se dar por meio da: “cláusula arbitral” e “compromiso arbitral” (*Teoría general del proceso*, cit., p. 24).

árbitro defensor público, no processo em que outro membro da Defensoria Pública postula como representante da parte, não é fato bastante para gerar o impedimento.

Ademais, como inexistente em lei o procedimento arbitral, deverão constar no referido documento a forma pela qual deve ser o pedido inicial interposto, a forma de convocação da outra parte, os prazos, a possibilidade ou não de recurso etc.

Para exercer a arbitragem, é possível e até recomendável que a Defensoria Pública estabeleça convênios com outras instituições que realizem procedimento arbitral.

5.2. Atividades Proativas da Defensoria Pública

Conforme visto, uma das barreiras para o acesso à justiça diz respeito à capacidade das partes, que pode ser abordada sob dois prismas: a) quanto aos recursos financeiros para suportar os custos e a demora das lides e b) quanto à “capacidade jurídica” pessoal, que é a capacidade de reconhecer um direito e, a partir disso, propor uma ação ou exercer uma defesa¹¹⁹¹.

Assim, não basta a instituição da Defensoria Pública estar de portas abertas para receber a população carente para prestar orientação e representá-la judicialmente. É necessário mais.

É necessário que as pessoas sejam informadas e conscientizadas acerca de seus direitos, bem como da forma pela qual deve ser ele exercido. É certo, portanto, que “o acesso à justiça pressupõe que as pessoas tenham noção de seus direitos ou, numa fórmula consagrada, percebam que têm direito a ter direitos”¹¹⁹².

Sobre a importância dessa conscientização, destaca Silvana Cristina Bonifácio Souza que “o acesso ao Direito, portanto, passa pela conscientização dos direitos de cada cidadão, criando nele o espírito de luta por esses direitos”¹¹⁹³.

Já tivemos a oportunidade de tratar acerca da abrangência do direito à assistência jurídica previsto na CF, bem como sobre a importância da escolha constitucional da Defensoria Pública como instituição competente para prestar assistência jurídica.

¹¹⁹¹ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 21-22.

¹¹⁹² WEIS, Carlos. *Direitos humanos e Defensoria Pública*, cit., p. 5.

¹¹⁹³ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*, p. 46.

Nesse contexto, insere-se a obrigação da Defensoria Pública em atuar na educação de direitos. Mais do que educar e conscientizar as pessoas carentes, tem a Defensoria Pública a função de orientar e estimular lideranças e agentes comunitários, objetivando multiplicar o conhecimento¹¹⁹⁴.

A despeito de a Lei Complementar n. 80/94 silenciar sobre o dever dessa atuação, a Lei Complementar paulista n. 988/2006 afirma ser atribuição institucional da Defensoria Pública do Estado: “informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais”. Da mesma forma, prevê a função de promover trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de maneira integrada e multidisciplinar (art. 5º, inc. VI, alínea “j”).

O documento denominado *100 Reglas* destaca a importância do tema. Afirma a regra 16: “Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia”. E, sobre o que denominou cultura jurídica, afirmam as regras 26 e 27, respectivamente:

Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Sobre o tema, já propôs Augusto Tavares Rosa Marcacini:

Compete ao prestador de assistência jurídica promover com certa periodicidade palestras para a população, ou orientações coletivas para pessoas com o mesmo tipo de problemas jurídicos. O uso dos meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão, muito poderia contribuir neste sentido, seja dedicando programas especificamente voltados

¹¹⁹⁴ “Um programa de educação em direitos humanos deve visar, em primeiro lugar, a qualificação dos próprios agentes educadores, tanto instituições – ONG’s, Igreja, governos, escolas, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais etc. – quanto pessoas” (FREI BETTO. *Educação em direitos humanos*. Disponível em: <http://www.eurooscar.com/Direitos-Humanos/direitos-humanos9.htm>. Acesso em: 12 mar 2009.

para o esclarecimento e a informação da população, seja inserindo em novelas as explicações jurídicas corretas sobre temas de interesse geral da população¹¹⁹⁵.

Além da participação em palestras, essa conscientização pode ser feita por meio de cartilhas temáticas, com linguagem simples e direta, dos temas que mais afetam a população carente.

¹¹⁹⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*, cit., p 71.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça deve ser entendido como o mais básico dos direitos humanos. Deve ser entendido não apenas como o acesso ao Poder Judiciário, mas sim à ordem justa. Para tanto, alguns obstáculos devem ser transpostos.

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, principalmente após os estudos realizados no Projeto Florença, indicaram três obstáculos existentes para a universalização do acesso à justiça, bem como três “ondas”, visando à superação dos obstáculos indicados.

A primeira onda é a assistência judiciária. A CF de 1988, ao contrário das legislações anteriores, foi muito mais ampla ao prever não apenas a assistência judiciária, mas também a assistência jurídica, que deve ser entendida como o dever estatal de auxílio jurídico prestado ao hipossuficiente em sentido amplo, caracterizado pelo dever de: a) prestar informação e conscientização dos indivíduos acerca dos seus direitos; b) prestar orientação jurídica; c) realizar atividades extrajudiciais, buscando prevenir a constituição de conflito, como envio de ofício, elaboração de contratos etc.; d) buscar a composição extrajudicial dos conflitos; e) representar e defender os interesses do indivíduo em processos administrativos; f) representar e defender os interesses do indivíduo em processos judiciais; g) defender os interesses da coletividade.

O direito à assistência jurídica é um direito subjetivo do cidadão, inserido no rol dos direitos fundamentais. Tem fundamento no Estado Democrático de Direito, que se relaciona intrinsecamente com os princípios da dignidade humana, com o devido processo legal e o princípio da igualdade, todos consubstanciados na CF.

O dever do Estado de prestar assistência jurídica deve ser organizado em dois níveis: federal e estadual. Portanto é vedado ao Município implementar isoladamente tal direito.

A Defensoria Pública, por expressa previsão constitucional, é a instituição responsável por prestar assistência jurídica pelo Poder Público. Lamentavelmente, entretanto, contrariando a escolha constitucional, a assistência jurídica tem sido prestada pelo Poder Público e também por entes conveniados, em vista da falta de estrutura adequada da instituição da Defensoria Pública.

Embora a Defensoria Pública não tenha exclusividade na prestação de assistência jurídica, ela tem o monopólio de recebimento de recursos públicos para fins

de prestação de assistência jurídica. Isso porque não resta dúvida, conforme repisado neste trabalho, que o constituinte elegeu a Defensoria Pública como única entidade estatal, isto é, com recursos públicos para prestar o serviço de assistência jurídica.

A assistência jurídica não se confunde com o instituto da gratuidade da justiça, a qual pode ser concedida ainda que a parte seja assistida por advogado particular, independentemente de compromisso de exercer a atividade de forma gratuita.

Entretanto não é possível a assistência jurídica sem a concessão da gratuidade de justiça. Assim, se a parte for assistida pela Defensoria Pública ou por órgão conveniado, será vedado ao juiz indeferir a gratuidade da justiça, tendo em vista que cabe à Defensoria Pública prestar assistência jurídica, e, para esta ser prestada, é necessária a concessão da gratuidade de justiça.

O destinatário da assistência jurídica pode ser qualquer pessoa física, inclusive estrangeiro não residente, bem como pessoa jurídica.

A assistência jurídica é um direito não universal, sendo necessária a presença do requisito da hipossuficiência. A CF atual, ao utilizar-se de conceitos amplos, não restringiu assistência jurídica somente ao hipossuficiente econômico. Assim, a assistência jurídica integral e gratuita poderá ser prestada a titulares de outras insuficiências, que não apenas a econômica.

Quanto à hipossuficiência econômica, é caracterizada quando a situação econômica não permitir pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo do sustento da pessoa ou de sua família. Não é possível para sua determinação a utilização de critérios fixos, sob pena de violação frontal da CF. Ademais, quanto à comprovação acerca da hipossuficiência, deve prevalecer a mera declaração dessa característica. Existindo dúvida objetiva acerca dessa caracterização, poderá ser requisitada a comprovação.

Além da hipossuficiência econômica, a assistência jurídica pode ter como destinatário o hipossuficiente jurídico e o organizacional.

Na hipótese de não restar caracterizada a hipossuficiência, a assistência jurídica deve ser denegada por meio de um ato vinculado, devidamente fundamentado. Denegado o atendimento, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode este ser questionado judicialmente. Todavia não poderá o juiz determinar o atendimento, independentemente de ação judicial com essa finalidade, sob pena de violação da autonomia institucional da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, além de institucionalmente autônoma, também possui

autonomia financeira. A despeito de essas características serem expressamente previstas apenas às Defensorias Públicas do Estado, por uma interpretação sistemática do texto constitucional, devem ser estendidas também destinadas à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal.

A Defensoria Pública é una e indivisível. E, em sua atuação, existe o princípio do defensor público natural.

As atividades da Defensoria Pública podem ser divididas em típicas, quando é necessária, para a atuação, a caracterização da hipossuficiência econômica; e atípicas, quando é necessária, para a atuação, a caracterização de outra hipossuficiência, que não a econômica.

Entre as atividades típicas estão a promoção da composição extrajudicial das partes e o patrocínio de ações e defesas. Já entre as atividades atípicas estão a atuação do defensor público como curador especial, a atuação nos estabelecimentos policiais e penitenciários, a atuação em processos criminais, a atuação nos Juizados Especiais Cíveis, em demandas cujo valor da causa seja inferior a 20 (vinte) salários mínimos, bem como a atuação em defesa dos consumidores lesados.

A instituição da Defensoria Pública é formada por defensores públicos, cargos necessariamente providos por concurso público. A figura do defensor público não se confunde com a figura do advogado, sendo certo que a capacidade postulatória do defensor público advém da investidura no cargo, e não da inscrição na OAB.

Os defensores públicos, na qualidade de agentes políticos, possuem diversos deveres, vedações, garantias, prerrogativas e responsabilidades que não ferem o princípio da isonomia, pois são fundamentais para o exercício da efetiva assistência jurídica.

Também para atingir a assistência jurídica integral e gratuita, como determina a CF, a Defensoria Pública tem o dever de patrocinar demandas coletivas para a defesa de interesses coletivos *lato sensu*. A representação desses direitos foi apontada como o segundo obstáculo para o efetivo acesso à justiça. Assim, a legitimidade da Defensoria Pública para essas ações é, na verdade, uma perfeita integração das duas ondas assinadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

A legitimidade da Defensoria Pública já era extraída do microssistema antes da Lei n. 11.448/2007, que inseriu expressamente a Defensoria Pública no rol dos legitimados para ação coletiva (inc. II, art. 5º da LACP). Isso porque o CDC já previa a legitimidade de entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, ainda que

sem personalidade jurídica.

A atuação da Defensoria Pública como legitimado ativo para a propositura de ações coletivas deve ter como norte a função institucional da instituição preceituada na CF. Ocorre que, com a presença de conceitos indeterminados no texto constitucional, a atuação da instituição não se restringe aos hipossuficientes econômicos, mas se refere também aos hipossuficientes jurídicos, organizacionais etc. Tanto é verdade que a Defensoria Pública possui atividades típicas e atípicas. Assim, para a atuação da Defensoria Pública, inexistente qualquer necessidade de comprovação da condição de necessitado. Ademais, ao prever a legitimidade da Defensoria Pública, a legislação não realizou qualquer restrição. Previu a legitimidade de forma ampla e irrestrita, tal qual fez com o Ministério Público.

A escolha em promover ou não a ação coletiva é uma opção política da instituição, com base na configuração da hipossuficiência, seja econômica, jurídica, seja organizacional.

Mais que ser autora de demandas coletivas, deve a Defensoria Pública agir para fomentar a atuação das associações civis, principal legitimado à propositura de ações coletivas.

A coisa julgada nas ações propostas pela Defensoria Pública deve se operar da mesma forma que é feita em toda e qualquer demanda coletiva, ou seja, *erga omnes* ou *ultra partes*. Assim, independentemente da condição da parte, será beneficiada com a sentença de procedência em ação proposta pela Defensoria Pública.

A Defensoria Pública tem legitimidade ampla também para interposição de recurso e de ação rescisória em demandas coletivas, bem como para firmar compromisso de ajustamento de conduta. Ademais, também possui legitimidade ampla para liquidar e executar sentenças de procedências obtidas em demandas que tutelam direitos essencialmente coletivos. No entanto, no caso de liquidação e execução de sentença de procedência obtida em demanda na qual se tutela direito individual homogêneo, apenas será legítima a Defensoria Pública quando caracterizada a hipossuficiência, com exceção da liquidação e da execução fluida, ocasião em que a instituição terá ampla legitimidade.

Na hipótese de pendência de ação coletiva, não poderá a Defensoria Pública denegar atendimento em demanda individual. Além disso, o fato de a ação coletiva ter sido ajuizada pela Defensoria Pública não implica a presunção de conhecimento da demanda coletiva em processo individual para fins do pedido de suspensão do art. 104

do CDC.

Na tutela coletiva, a Defensoria Pública Estadual poderá atuar na Justiça Federal, e a Defensoria Pública da União poderá atuar na Justiça Estadual. Ademais, é perfeitamente possível a formação de litisconsórcio entre as Defensorias Públicas Estaduais, bem como litisconsórcio entre Defensoria Pública do Estado e da Defensoria Pública da União.

Tem a Defensoria Pública legitimidade para interpor as demais demandas coletivas: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo e *habeas data* coletivo.

Além da atuação nas demandas coletivas, tem a Defensoria Pública o dever de promover a composição extrajudicial dos conflitos de interesse por meio da conciliação, mediação e arbitragem. Também merece destaque a atuação proativa da Defensoria Pública para educação e conscientização de direitos.

Por todo o exposto, a instituição da Defensoria Pública caracteriza-se como um instrumento de destaque e de relevância na busca pelo efetivo acesso à justiça, sendo sua implementação adequada dever do Estado e fundamental para a consagração do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latim, 2005.
- _____. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALBUQUERQUE, Ana Rita V. Acesso à justiça: defensoria pública e a assistência jurídica gratuita (alguns obstáculos). *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, n. 16, p. 19, jul. 2000.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas acerca de la acción. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. Tomo I.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ALVARES, Anselmo Prieto. *A assistência jurídica gratuita e o direito das relações de consumo*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.
- ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! – Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ALVES, José Carlos da Silva. *O direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita: alcance e efetividade*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil, vol. 2: arts. 7º ao 45*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, vol. 1: Artigos 1º a 290*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958.
- ARAÚJO, José Aurélio de; CABRAL, Saullo Tassio Gato. A atribuição exclusiva do defensor público para aferir o direito à gratuidade de justiça. *Revista de Direito da*

Defensoria Pública, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 19, n. 21, p. 184-185, dez. 2006.

ARAÚJO, José Aurélio de. Da prerrogativa do Defensor Público não recorrer. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 12, n. 16, p. 133, jul. 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 1999.

ARMELIM, Donald. Acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 31, p. 171-182, jun. 1999.

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo, et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança coletivo. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V.

_____. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. São Paulo: Saraiva, 1994 (Temas de direito processual – Quinta série).

_____. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, p. 192, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.

_____. Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BEDAQUE, José Roberto dos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

BEGA, Carolina Brambila. *Câmara de indenização Vão 3054 (CI 3044): um modelo alternativo para resolução de conflitos coletivos*. Tese defendida no VII Encontro Nacional dos Defensores Públicos, Cuiabá/MS.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal na Constituição de 1988 e o direito comparado. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal 15 anos – mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.

BRITTO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Habeas data*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mandado de segurança coletivo: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: RT, 1996.

BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A dimensão da atuação da Defensoria Pública a partir do reconhecimento da sua legitimidade ativa para a propositura das ações transindividuais. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Honorários advocatícios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. O mandado de segurança coletivo e suas características básicas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 316, p. 41, out./nov./dez. 1991.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Acesso à justiça: defensoria pública e reforma do Judiciário. *Cidadania e Justiça*, São Paulo, n. 7, p. 52, jul./dez. 1999.
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A defensoria pública: um novo conceito de assistência judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, p. 303, mar. 1993.
- CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Assistência judiciária. *Revista dos Tribunais*, v. 758, p. 66-67, dez. 1988.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Os interesses coletivos e as instituições. Justiça e Democracia. *Revista Semestral de Informação e Debates*. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 1, primeiro semestre de 1996.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL; CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS; SECRETARIA DE PESQUISA E INFORMAÇÃO JURÍDICA. *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos juizados especiais federais*. Brasília: CJF, 2003.

- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Coord.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004. (Série Grupo de Pesquisas, n. 1, v. 3.)
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. Tomo I.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.
- CUNHA, Luciana Gross. *Juizado especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DEVISATE, Rogério dos Reis. Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 15, nº 19, p. 373, abril de 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Situações jurídicas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Podivm, 2009.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: Podivm, 2007. v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.
- _____. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas: de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002)*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- ENGLISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Trad. J. Baptista

- Machado. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2001.
- FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. México: Harla, 1991.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público. Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA, Olavo A. V. Alves. O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal 15 anos – mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais cíveis e criminais: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FIGUEIREDO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FONSECA, Rafael de Oliveira. Suspeição do defensor público. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 11, n. 18, p. 201, abr. 2003.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FREI BETTO. *Educação em direitos humanos*. Disponível em: <http://www.eurooscar.com/Direitos-Humanos/direitos-humanos9.htm>. Acesso em: 12 mar 2009.

GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A Defensoria Pública, o Estado e a cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 16, n. 19, p. 217, abr. 2004.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. *Assistência judiciária no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Renato Afonso. *Banco de dados nas relações de consumo – a manipulação de dados pessoais, os serviços de restrição ao crédito e o habeas-data*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. *Direito processual brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 165, nov. 2008.

_____. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA (CEPEI)*, 4/120, 1990.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2006.

LARA, Cipriano Gómez. *Teoría general del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

LEITE, Antonio José Maffezzoli; FRANCO, Alberto Silva. *Defensoria Pública, três anos: o órgão tem muito a mostrar neste aniversário, mas pouco a comemorar*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 14 jan. 2009. Opinião. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090114/not_imp306848,0.php.

LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da defensoria pública na reforma do judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A amplitude do acesso à ordem jurídica justa e a efetividade enquanto direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados (Identificação e superação dos obstáculos – “ondas renovatórias” e “pontos sensíveis”). In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). *Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestboock, 2001.

LIMA, Francisco Marque de. *Fundamentos constitucionais do processo* (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002.

LINHARES, Erick. *Juizados especiais cíveis: comentários aos enunciados do FONAJE* – Fórum Nacional de Juizados Especiais. Curitiba: Juruá, 2006.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Vitor Carvalho. Dos mediadores. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria geral da mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa. In: Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Daniela Calandra. A assistência judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 89, 2003.
- MASCARENHAS, Brenno. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Diagnóstico de uma transformação. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 6, n. 7, p. 69-70, jul. 1995.
- MASSOUD, Carolina Ormanes. Mudanças no Estatuto Constitucional da Magistratura. *Reforma do Judiciário comentada*. VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Inquérito civil e poder investigatório do MP. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *O Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos. Processo Civil coletivo*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. Execução por quantia certa contra devedor solvente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais – Lei 11.232/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Humberto Peña de; TEIXEIRA, José Fontenelle. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1994.
- _____. A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça, no Estado Democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MORAES, Silvana Campos. *Juizados de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 7, n. 7, abr. 1996.

- MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do estado de justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Defensoria Pública Geral, ano 6, nº 7, p. 28, jul. 1995.
- MOURÃO NETO. Samuel Francisco. *Arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados de consumidores) e habeas data (individual e coletivo)*. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_samuel.pdf, p. 50. Acesso em: 12 fev 2009.
- MUSZKAT, Malvina Ester. *Guia prático de mediação de conflitos: em famílias e organizações*. São Paulo: Summus, 2005.
- MUYLAERT, Leopoldo. Assistência judiciária integral gratuita versus assistência judiciária – atuação da defensoria pública junto aos juizados especiais cíveis. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 210, 1996.
- NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAASHAUS, Gustavo Cintra; CAETANO, Luiz Antunes. *Do juízo arbitral – Arbitragem e mediação hoje*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2006.

PEDROSA, Henrique E. G. *Juizados especiais cíveis sem advogado & Comentários às Leis 9.9099/95 e 10.259/01*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEDROSO, Borges Stéfano. *Defensoria e a reforma*. Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/sites/300/380/00000325.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2008.

PEREIRA, Marialdo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.) *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Reforma do Judiciário comentada*. VELOSO, Zeno e SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Robson Flores. *A assistência jurídica aos hipossuficientes...* 1994. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

- _____. *Competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 12 de fev. 2009.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. I, de 1669*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. Tomo V.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.
- RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados do Brasil. In: *Acesso à justiça e cidadania*. Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 32.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.1995*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIZZATTO NUNES. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROCHA, Jorge Luís. *História da defensoria pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SÁ, Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTIAGO, Nestor Araruna. *O novo artigo 306 do CPP e o Princípio do Defensor Natural*. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=2892>. Acesso em: 4 mar. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. O papel da defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça. *Apadep em Notícias*, ano 1, n. 7, p. 6, jan./fev. 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SANTOS, Eneidr. *Pode o juiz nomear advogado dativo para funcionar em procedimento criminal quando existe defensor público lotado ou designado no órgão de atuação?* Disponível em: http://www.jurisnet.adv.br/secoes/artigos/dativo_enedir.htm. Acesso em: 4 mar. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SÉGUIN, Elida. Defensoria Pública e a tutela do meio ambiente. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I e II.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada: (doutrina e jurisprudência de 21 Estados da Federação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Fontelle Teixeira de. Defensoria - pública política institucional: a falta de uma doutrina. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, n. 17, p. 68, 2001. Disponível em: <http://www.jfontenelle.net/publicados.htm>. Acesso em: 10 abr 2009.

SILVA, Ovídio Batista da. Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos? *RePro* 60/137, out./nov. 1990.

SOUZA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajudiciais do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Motauri Cioccheti. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Carentes de justiça. *Revista de direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, ano 13, n. 17, p. 135, jan. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2003. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (Estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Manual do juizado especial de pequenas causas: anotações à Lei n. 7.244, de 7.11.1984*. São Paulo: Saraiva, 1985.

VARGAS, Abraham Luis. Transacción. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

VIDIGAL, Maurício. *Lei de assistência judiciária interpretada: Lei n. 1.060, de 5-2-1950*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGOTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Marcos relevantes à compreensão da vocação do instituto da responsabilidade civil*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispêndência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José, et al (Coords.). *Mediação um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJF, 2003.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEIS, Carlos. Direitos humanos e Defensoria Pública. *Boletim IBCrim*, ano 10, n. 115, p. 5, jun. 2002.

_____. WEIS, Carlos. *Parecer sobre autonomia funcional, autonomia administrativa e independência funcional no âmbito da defensoria pública do Estado de São Paulo*. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2942>. Acesso em: 12 mai 2009.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Motomizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. In: BONFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.