A LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Um caminho entre o acesso à justiça e a hipossuficiência organizacional

JOÃO PAULO LORDELO

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***lelivros.love*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



A LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA:

UM CAMINHO ENTRE O ACESSO À JUSTIÇA E A HIPOSSUFICIÊNCIA ORGANIZACIONAL

JOÃO PAULO LORDELO

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), com período sanduíche na Universidade de Santiago de Compostela (ES). Especialista em Direito do Estado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor em diversas instituições de ensino superior, pós-graduação e cursos preparatórios para concursos. Ex-Defensor Público Federal (2010-2014), é Procurador da República (MPF) na Bahia. Editor do site http://www.joaolordelo.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 O DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL METODOLOGIA JURÍDICA E A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA 14

2.1 O PROCESSO NO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL 14

2.1.1 Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo 14

2.1.1.1 Aspectos Gerais 14

2.1.1.2 Críticas ao Neoconstitucionalismo e ao Neoprocessualismo 20

2.1.2 Instrumentalidade do Processo e Relação Circular entre o Processo e o Direito Material 24

2.1.3 O Processo na Perspectiva dos Direitos Fundamentais 27

2.1.4 A Reconstrução da Teoria Geral do Processo 30

2.2 A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA 32

2.2.1 Acesso à Justiça como Garantia e Direito Fundamental 32

2.2.2 Acesso à Justiça como um Direito Humano: a Luta pela Cidadania e o Movimento Mundial de Acesso à Justiça 37

2.2.2.1 O Desenvolvimento do Acesso à Justiça no Direito Internacional 38

2.2.2.2 O Acesso à Justiça como um Direito Humano 41

2.2.3 Limites ao Acesso à Justiça 43

2.2.4 As Três Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth 45

3 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL 49

3.1 OS MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA 49

3.2 BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO BRASIL 52

3.3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA 56

3.3.1 A Defensoria Pública na Constituição de 1988 56
3.3.2 Funções Típicas e Atípicas 57

4 O PROCESSO COLETIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA 61
4.1 CONCEITO E DISTINÇÕES 61
4.2 BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS 64
4.2.1 Histórico no Mundo 64
4.2.2 Histórico no Brasil: o Microssistema Brasileiro de Processo Coletivo 67
4.3 FUNDAMENTOS DA TUTELA COLETIVA: ASPIRAÇÕES JURÍDICAS, SOCIAIS, ECONÔMICAS E POLÍTICAS 71
4.4 TUTELA COLETIVA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 74
4.4.1 A Tutela Judicial dos Direitos Sociais no Pensamento Jurídico Brasileiro Contemporâneo 74
4.4.2 Macrojustiça e Microjustiça nas Demandas Envolvendo Direitos Sociais: o Modelo Teórico dos Custos do Direito e a Importância do Processo Coletivo 77
4.5 MODELOS DE TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS 81
4.5.1 Modelo das *Verbandsklagen* (Tradicional da Europa-Continental) 82
4.5.2 Modelo das *Class Actions* (Norte-Americano) 83
4.5.3 O Código Modelo de Processos Coletivos 86
4.6 A LEGITIMAÇÃO COLETIVA 89
4.6.1 A Legitimação (ou Legitimidade) como Conceito Lógico-Jurídico 89
4.6.2 Teorias Explicativas 89
4.6.3 Natureza Jurídica 93
4.6.4 Modelos de "Representação" dos Direitos Metaindividuais no Direito Comparado 96
4.6.5 O Princípio da Adequada Representação e o Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva 100
4.6.5.1 O Controle Judicial no Direito Brasileiro 100
4.6.5.2 Fundamentos e Critérios para o Controle Judicial, à Luz do Direito Norte-Americano 102

5 A LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA E A TEORIA DA HIPOSSUFICIÊNCIA ORGANIZACIONAL 109

5.1 AS TRÊS GRANDES DISCUSSÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS 109
5.2 AMPLITUDE E LIMITES DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DAS SUAS MISSÕES CONSTITUCIONAIS 112
5.3 CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA 118
5.3.1 Limitações Subjetivas e Objetivas 119
5.3.2 A Legitimação da Defensoria Pública no Mandado de Segurança Coletivo 128
5.3.3 A Legitimação da Defensoria Pública nas Ações de Improbidade Administrativa 131
5.3.4 A Legitimação da Defensoria Pública nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade 134

6 CONCLUSÃO 138

REFERÊNCIAS 142

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho situa-se no estudo dos fundamentos e amplitude da legitimação da Defensoria Pública na tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Objetiva-se realizar uma investigação sobre os critérios para a aferição da legitimação coletiva do órgão assistencial, numa perspectiva neoconstitucionalista, com base no princípio do acesso à justiça e no conceito de hipossuficiência organizacional.

O estudo das ações coletivas consiste em um dos temas mais instigantes do direito, suscitando debates incessantes no campo do direito processual nacional e estrangeiro.

No que concerne à análise específica da legitimidade coletiva, são intensificadas as dissonâncias doutrinárias, sobretudo em razão da ausência de consenso sobre a sua natureza jurídica, bem como sobre a permissibilidade e os critérios do controle judicial da chamada "representação adequada"[1].

Outrossim, em que pese haver previsão expressa da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, disposta no art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, é pulsante, na doutrina e nos tribunais pátrios, o debate acerca da amplitude da atuação do órgão na defesa dos direitos transindividuais.

Em agosto de 2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o STF (ADI nº 3943), em relação ao aludido dispositivo, alegando violação aos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, *caput*, da Constituição Federal.

Em breve síntese, sustenta o CONAMP que a norma objeto da ADI, ao atribuir legitimação coletiva ativa à Defensoria Pública, afetaria a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Constituição lhe confere. Demais disso, afirma que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira.

Desta forma, objetiva-se, com o ajuizamento da ADI nº 3943, a declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85, ou, alternativamente, sua interpretação conforme a Constituição, para que, sem redução do texto, seja excluída da referida legitimação a tutela dos interesses ou direitos difusos, uma vez que, por disposição legal, seus titulares são pessoas indeterminadas, cuja individualização e identificação é impossível, impossibilitando a aferição de sua carência financeira. Aguarda-se o julgamento

no Supremo Tribunal Federal.

De uma maneira geral, é possível afirmar que três são as grandes discussões sobre a legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas.

A primeira discussão reside em saber qual seria a real dimensão das finalidades institucionais do órgão. Tal indagação está diretamente relacionada com a concretização do princípio da adequada representação (ou do controle judicial da legitimação coletiva).

Nos Estados Unidos, onde foi desenvolvido o modelo das *class actions*, qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos pode propor ação coletiva. Contudo, para tanto, existe um forte controle judicial da "adequada representação", devendo o Judiciário verificar se o acionante é pessoa idônea o suficiente para tutelar o direito em tratativa. Trata-se da chamada *adequacy of representation*.

No Brasil, não existe disposição geral expressa a respeito do tema. Em razão desse fato, era bastante comum o questionamento sobre se, além do controle legislativo, também haveria um controle judicial da adequada representação. Atualmente parece existir um certo consenso sobre a possibilidade de o Poder Judiciário considerar determinado autor incapaz de prosseguir na demanda, de acordo com a função institucional do legitimado coletivo.

A respeito das funções institucionais da Defensoria Pública, dispõe o art. 134 da Constituição da República que cabe ao órgão a assistência jurídica e a defesa, em todos os graus, dos "necessitados". Assim, a questão que se põe é saber justamente o sentido que deve ser conferido à expressão "necessitados", havendo na doutrina duas posições a respeito, uma restritiva e outra ampliativa.

A segunda grande discussão envolvendo a legitimação coletiva da Defensoria Pública recai sobre o seguinte questionamento: quais direitos metaindividuais podem ser protegidos pelo órgão? Neste ponto, também são variadas as correntes existentes, algumas chegando a negar a possibilidade de qualquer desses direitos serem defendidos pela Defensoria Pública, sob o argumento de que a atuação do órgão só tem lugar quando há sujeitos identificados, a fim de se saber se existe ou não hipossuficiência econômica.

Nese contexto, mostra-se importante a investigação sobre quais seriam os casos de "ausência de necessidade" nas situações jurídicas coletivas deduzidas, sobretudo nos casos envolvendo direitos de consumidores, usuários de serviços públicos, usuários de planos de saúde, e os que queiram implementar ou contestar políticas públicas.

Por fim, a terceira grande discussão parte do seguinte questionamento: proferida sentença coletiva em ação movida pelo órgão, aqueles supostamente não necessitados podem se beneficiar dela?

Indubitavelmente, os questionamentos acerca da temática em tratativa, cada vez mais, se tornam complexos e desafiadores. Tal constatação aponta para a necessidade de desenvolvimento de pesquisas e trabalhos científicos objetivando investigar e se posicionar diante dos questionamentos suscitados, através de uma postura em sintonia com o Estado Constitucional de Direito, em atenção a uma maior efetividade dos direitos fundamentais e à maximização do acesso à justiça.

Neste sentido, pretende-se reunir elementos conceituais necessários a uma análise teórica e dogmática mais clara da legitimidade no processo coletivo brasileiro, para então se posicionar acerca do controle judicial da legitimidade coletiva da Defensoria Pública.

Destarte, inicia-se o presente trabalho pela exposição do direito processual na atual metodologia jurídica, em sintonia com a universalidade do acesso à justiça. Pretende-se compreender os valores que permeiam a ciência do processo, a partir do paradigma neoconstitucionalista.

Prossegue-se, então, para o estudo da razão de ser da Defensoria Pública no Brasil, analisando-se seu histórico e diplomas normativos. Tal análise é necessária, para que se possa definir o espectro de atuação do órgão, de acordo com suas funções típicas e atípicas.

Ato contínuo, passa-se à análise do processo coletivo no Estado Constitucional, investigando-se a estrutura do processo coletivo brasileiro, sua origem e influências, sobretudo no que concerne ao requisito da legitimação do substituto processual.

Por fim, encerra-se o presente trabalho, propondo-se respostas aos questionamentos inicialmente suscitados, delimitando-se os contornos da atuação coletiva da Defensoria Pública, inclusive em ações coletivas específicas, a exemplo do mandado de segurança coletivo e da ação de improbidade administrativa.

2 O DIREITO PROCESSUAL NA ATUAL METODOLOGIA JURÍDICA E A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

Vivencia-se, no pensamento jurídico atual, uma nova fase, caracterizada sobretudo pelas transformações metodológicas que ocorreram a partir da segunda metade do século XX, período posterior à Segunda Guerra Mundial. Cuida-se do chamado neoconstitucionalismo, também denominado neopositivismo, que inaugurou uma série de mudanças nos variados campos da Teoria Geral do Direito e da Ciência do Direito Constitucional.

Por óbvio, a Teoria do Processo, enquanto excerto (ou teoria parcial) da Teoria Geral do Direito[2], também se influenciaria por tais mudanças, que merecem uma análise particularizada, dadas as suas implicações no campo do processo coletivo.

2.1 O PROCESSO NO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL

São diversos os influxos do neoconstitucionalismo na Teoria do Processo, que reúne os conceitos jurídicos fundamentais relacionados ao processo. Serão analisadas, a seguir, as principais contribuições.

2.1.1 Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo

2.1.1.1 Aspectos Gerais

A origem do termo “neoconstitucionalismo” tem sido associada a alguns expoentes da Escola de Gênova, indicando uma nova perspectiva de olhar e discutir o direito, em suas dimensões ontológica, fenomenológica e epistemológica, ou seja, suas formas de aplicação, identificação e cognição[3].

De maneira mais precisa, três são os sentidos em que o termo pode ser utilizado:

a) como referência a sistemas jurídicos caracterizados pela existência de um catálogo constitucional expresso de direitos fundamentais, suplementado por uma variedade de dispositivos legais destinados a garantir a sua implementação e proteção;

b) como referência a um novo paradigma de cognição e aplicação do direito;

c) como referência a um modelo axiológico-normativo ideal do direito, para o qual o direito positivo deveria tender[4].

Não se desconhecem as críticas feitas aos termos “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”. Ambos são demasiadamente vagos e ambíguos. Apesar disso, são reconhecidas premissas comuns, a partir das teorias trazidas por autores como Robert Alexy, Gustavo Zagrebolsky, Ronald Dworkin e Carlos Nino, nas últimas décadas[5]. Embora não seja abordado com a mesma importância na Alemanha ou nos Estados Unidos, o tema é objeto de pauta de muitos autores na Itália e Espanha, o que atraiu a doutrina brasileira, sobretudo a partir da divulgação da obra “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell, jurista mexicano[6].

Em síntese, cuida-se de um pensamento difuso, caracterizado por discursos antipositivistas, contrários à supremacia da lei, que defendem a sua subordinação formal e material à Constituição. É também marcado pelo repúdio à separação entre direito e moral, cabendo à Constituição albergar os valores que servem de base aos princípios materiais a serem seguidos pelo legislador. Este mesmo diploma passa a ser dotado de uma força invasiva geral, constituindo um valor em si[7].

A gênese do neoconstitucionalismo está associada ao papel proeminente assumido pelos direitos fundamentais desde o final da Segunda Guerra, no âmbito dos sistemas jurídicos internos dos Estados e também do Direito Internacional dos Direitos Humanos[8]. De fato, é inegável a crescente centralidade jurídica e política da tutela dos direitos fundamentais, a partir da segunda metade do século XX. Ao fim da Segunda Guerra, o tema ingressou na agenda internacional, culminando na elaboração da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem. No âmbito interno, diversos países passaram a adotar um modelo constitucional centrado nos direitos fundamentais, destacando-se, inicialmente, Itália e Alemanha.

No Brasil, como afirma a doutrina, o fenômeno começou a se desenvolver tardiamente, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito embora já existisse, desde a Constituição de 1981, o controle de constitucionalidade no país, a cultura jurídica em geral não concebia os princípios constitucionais como algo dotado de força normativa, em especial suas normas programáticas, consistindo, até então, em meras declarações sem imperatividade. Não se quer dizer com isso que a Constituição era concebida como um estatuto de menor valor, mas sim que diversas disposições suas eram concebidas como meras diretrizes, sem carga normativa.

Todas as mudanças que se sucederam nessa nova forma de pensar têm origem na importância atribuída aos direitos fundamentais, objetivando estabelecer mecanismos para a sua implementação e proteção. A partir de tal

preocupação, surge uma crescente demanda por reformas nos campos da identificação, aplicação e cognição do direito[9].

Como sintetiza Humberto Ávila, especialmente em razão das contribuições jurídico-filosóficas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, o neoconstitucionalismo, fundado na ideologia pós-positivista, foi responsável por diversas mudanças estruturais do sistema jurídico, destacando-se: princípios em vez de regras; ponderação no lugar de subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo; Constituição em substituição à lei (ou maior ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).[10]

Dentre as variadas mudanças do pensamento jurídico que se sucederam nas últimas décadas, merecem destaque aquelas que afetaram diretamente a Ciência do Direito Constitucional, a Teoria da Norma e a Hermenêutica Jurídica.

No campo do Direito Constitucional, três são as principais mudanças, como destaca Fredie Didier Jr.:

> a) reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser concebida como principal veículo normativo do sistema jurídico, havendo a transição de um modelo de Estado fundado na lei para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)[11];
>
> b) expansão e consagração dos direitos fundamentais, sob as dimensões subjetiva (situações jurídicas de vantagem) e objetiva (normas que orientam a produção de outras normas);
>
> c) expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional, através de técnicas de controle de constitucionalidade[12].

Por óbvio, tais mudanças repercutiram no âmbito do processo, através do que se chama de constitucionalização do direito processual. Tal fenômeno se caracteriza por três grandes manifestações.

A primeira delas consiste na previsão, no rol dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, de normas jurídicas de natureza processual, lideradas pela cláusula geral do devido processo legal (*due processo of law*), ponto de partidas dos demais princípios processuais.

A segunda consiste na chamada “tutela constitucional do processo”, uma concepção metodológica centrada nos valores constitucionalmente consagrados, objetivando a conformação dos institutos de direito processual aos princípios que derivam da ordem constitucional[13]. A título exemplificativo, extrai-se daí a necessidade de adequação e flexibilização dos ritos processuais às peculiaridades

da matéria e das pessoas envolvidas em determinada relação jurídica.

Por fim, as mudanças havidas na Ciência do Direito Constitucional resultaram no fortalecimento da *jurisdição constitucional*, "voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*)"[14]. Como consequência, há a chamada judicialização da política e das relações sociais, com ampla concentração de poder na função jurisdicional. Assim, ao clássico princípio da separação de poderes é agregada uma interpretação mais flexível, capaz de transpor os rígidos limites da tradição francesa, em aproximação ao sistema de freios e contrapesos da tradição norte-americana.

No âmbito da Teoria da Norma, o neoconstitucionalismo é responsável, dentre outras mudanças, pela afirmação da natureza jurídica normativa dos princípios jurídicos, ao lado das regras, pelo desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais e pela reconfiguração do papel da jurisprudência como fonte do direito[15].

No âmbito da hermenêutica jurídica, consagra-se a denominada "nova interpretação constitucional", que se liga ao desenvolvimento de "algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição"[16]. Tal transformação não resulta no abandono do método clássico (subsuntivo), típico da aplicação das regras jurídicas, nem mesmo dos elementos tradicionais já consagrados (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). Ao revés, sem excluí-los, acrescenta a crença de que "as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar"[17]. É reconhecida, portanto, a natureza criativa da interpretação e aplicação do direito, atribuindo-se ao intérprete uma postura ativa (e, consequentemente, responsável). A partir de tais constatações, desenvolveram-se diversas mudanças, a exemplo da consagração dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da distinção dos conceitos de texto e norma jurídica, sendo esta concebida como o produto da interpretação daquele.

A grande maioria dos autores brasileiros se refere a tais mudanças de maneira entusiástica. Há, contudo, alguns que as criticam com veemência. Daniel Sarmento destaca os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social e "os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no 'jeitinho' uma de suas marcas distintivas [...]"[18].

Como sobredito, todas as transformações promovidas pelo neoconstitucionalismo à Ciência do Direito Constitucional e à Teoria do Direito influenciaram o direito processual, resultando em uma nova fase de seu estudo, denominada *neoprocessualismo*. Através dela, o processo é concebido como um instrumento de promoção da justiça, da liberdade e dos direitos sociais e coletivos.

O desenvolvimento acelerado da teoria e prática do processo coletivo no Brasil se deve justamente às preocupações diretamente relacionadas com o fenômeno do neoconstitucionalismo, mais precisamente a promoção do acesso à justiça e a preocupação com a efetividade do processo.

No âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, o atual estágio metodológico do processo é denominado "formalismo valorativo", expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, consistente no resgate da dimensão tópico-problemática para o direito, dos valores como substrato deontológico dos direitos fundamentais e da compreensão do processo como direito fundamental, como alude Hermes Zaneti Jr.[19]

Cuida-se de uma visão do direito processual centrada na sua capacidade emancipatória, nos valores consagrados pela Constituição da República e na eticidade do processo. Por ela, o processo não se resume a mera técnica, simples forma, devendo ser construído e aplicado de acordo com a(s) ideologia(s) eleita(s) pelo sistema. Assim, a forma processual é concebida como garantia, e não obstáculo à justiça.

2.1.1.2 Críticas ao Neoconstitucionalismo e ao Neoprocessualismo

São crescentes as críticas feitas ao neoconstitucionalismo e, nos últimos anos, direta ou indiretamente também ao neoprocessualismo. Com efeito, merecem destaque as críticas exploradas por Daniel Sarmento e J. J. Calmon de Passos.

Segundo Daniel Sarmento, três são as críticas comumente levantadas contra o neoconstitucionalismo:

a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático;

b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa;

c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia política do cidadão e da autonomia privada do indivíduo[20].

A primeira objeção parte do pressuposto de que o neoconstitucionalismo teria um foco muito centrado no Poder Judiciário, depositário de grandes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios que existem nas constituições atuais. Assim, esse viés judicialista correria o risco de ser antidemocrático, na medida em que os juízes não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.

De fato, a democracia corresponde, em poucas palavras, à forma de governo criada pelo povo e para o povo (autogoverno popular). Vê-se, todavia, que o seu significado não se limita a um modelo de eleições livres, com sufrágio universal e possibilidade de alternância no poder. Em realidade – e existe um razoável consenso nesse sentido -, a o regime democrático também pressupõe a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, além da necessidade de proteção das minorias. Assim, sem lesar a forma de governo assumida pela Constituição, o ativismo judicial, que se revela como consequência do neoconstitucionalismo, embora possa assumir um caráter contramajoritário, não é antidemocrático.

A segunda objeção ataca o neoconstitucionalismo sob a alegação de que este possibilitaria o decisionismo judicial. Ocorre que o objetivo maior dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade consiste justamente em imprimir uma argumentação racional sólida e participativa nas decisões judiciais. Um dos principais eixos do pensamento neoconstitucional consiste na valorização da razão prática no campo jurídico, com amplo desenvolvimento das teorias da argumentação, possibilitando a participação, o conhecimento e o controle das decisões judiciais. Assim, ao menos em teoria, não deve prevalecer tal crítica.

Por fim, a terceira objeção ataca o neoconstitucionalismo por entender que a irradiação das normas constitucionais em todo o ordenamento suprimiria a autonomia da vontade. Cuida-se, mais uma vez, de uma crítica que não merece ser acolhida, tendo em vista que a incidência da Constituição nas relações privadas não afeta as opções existenciais da pessoa, que permanece protegida pela própria Constituição das ingerências do Estado e da sociedade[21].

Ultrapassadas tais questões, merecem atenção as críticas feitas por J. J. Calmon de Passos. O autor inicialmente situa o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como a posição adotada por praticamente todos os processualistas brasileiros, uns de forma mais aberta e comprometida, outros de forma mais discreta, sendo sinal dos últimos tempos a capitulação quase que generalizada de todos a essa perspectiva de compreensão do processo[22].

Em seguida, afirma que este paradigma está superado, sendo necessário que os juristas atentem para algo novo que já se fez presente e reclama teorização e disciplina: uma nova fase do capitalismo, denominada pós-industrial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social e da organização dos trabalhadores sob os aspectos financeiro, econômico e político.

No contexto da aludida crise, a nível macro, o poder econômico teria se colocado a salvo de qualquer controle dos Estados Nacionais, desprestigiando o Congresso e o crescente ativismo social. Além disso, a crescente concentração de riqueza e ampliação do número de excluídos exigiria do projeto emancipatório a inauguração de um terceiro estágio, o da fraternidade, centrado na dimensão ética dos indivíduos.

Conclui, afirmando que o neoconstitucionalismo seria uma ideologia antidemocrática e despolitizadora, na medida em que propõe o direito como fonte de libertação e o Judiciário como agente dessa transformação[23].

No particular, discorda-se, ao menos parcialmente, de tal posicionamento.

Inicialmente, no que concerne à suposta "ampliação do número de excluídos", resultado da fase pós-industrial do capitalismo, tal afirmação não parece encontrar respaldo nas recentes pesquisas oficiais realizadas no Brasil. A título exemplificativo, os resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2011), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), permitem concluir que a primeira década do século XX, no Brasil, foi caracterizada por uma nítida diminuição da desigualdade e redução da pobreza[24].

Além disso, de acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a queda da desigualdade se acelerou em 2012 e a renda das famílias brasileiras se encontra em alta. A renda individual média da população de 15 a 60 anos de idade subiu 4,89% de 2011 para 2012, contra taxa média de 4,35% ao ano entre 2003 e 2012. Já a desigualdade de renda domiciliar per capita caiu em 2012 a uma velocidade 40,5% maior que a observada de 2003 a 2011 na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), também do IBGE. Não bastasse isso, as rendas que mais crescem são as dos mais pobres e as de grupos tradicionalmente excluídos, como mulheres, negros e analfabetos. [25].

Desta forma, é possível verificar um nítido processo de crescimento econômico das classes menos abastadas, reduzindo-se o número de pessoas excluídas no Brasil.

Nos países considerados desenvolvidos, por seu turno, em que pese o

crescimento das taxas de desemprego nos últimos anos, tal fato se deve às recentes crises econômicas que, como cediço, sempre se manifestaram de forma cíclica em todas as fases da história do regime de produção capitalista. Além disso, tais países apresentam acentuado índice de desenvolvimento humano (IDH) e os níveis de desigualdade social são bastante inferiores àqueles encontrados no Brasil.

No que diz respeito aos supostos efeitos deletérios do neoconstitucionalismo sobre as pessoas, não se nega que o atual estágio centraliza seu foco no Poder Judiciário, depositário de grandes expectativas de concretização dos ideais emancipatórios. Não parece adequada, contudo, a afirmação de que se trataria de um movimento despolitizador, por propor o direito como fonte de libertação e o Judiciário como agente dessa transformação.

Ora, o grau de participação popular nas decisões concernentes às políticas públicas é algo que diz respeito à história, ou seja, à cultura de um povo, independentemente do estágio metodológico em que se encontra o direito. É bem verdade que, em matéria de saúde pública, *v.g.*, a população brasileira em geral prefere ajuizar ações individuais para a satisfação de suas necessidades individuais, em detrimento da participação coletiva na luta por um sistema de saúde mais eficaz e inclusivo (daí a importância crescente do processo coletivo). Não existe um costume de participação em audiências públicas, manifestações populares ou mesmo ativismo político-partidário por parte dos cidadãos.

Em países desenvolvidos, o acentuado ativismo judicial não desestimula em nada a consciência do povo e a sua participação política. Mesmo na América Latina, são diversos os exemplos de manifestações de elevada participação política popular.

O mesmo pode ser dito em relação ao projeto emancipatório e seu deslocamento para o campo da fraternidade, centrada na dimensão ética dos indivíduos. Ora, como reconhece o próprio autor, a fraternidade jamais poderá ser institucionalizada heteronomicamente, tampouco a ética[26]. Trata-se, mais uma vez, de algo menos associado à metodologia jurídica, aproximando-se muito mais da consciência e das características culturais gerais de um povo.

2.1.2 Instrumentalidade do Processo e Relação Circular entre o Processo e o Direito Material

A construção do direito processual enquanto ciência é o resultado de um lento caminho percorrido.

Até o chamado *século das luzes* (séc. XVIII), prevalecia uma visão plana do ordenamento jurídico, em que a ação era concebida como o direito subjetivo lesado, a jurisdição como um sistema de tutela aos direitos, e o processo como procedimento, ou seja, a mera sucessão de atos, sob condução pouco participativa do juiz[27]. Cuida-se da fase do sincretismo ou praxismo jurídico, marcada pela fusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, como no processo romano. Neste período, a ação se confundia com o direito material violado, inexistindo preocupações científicas em torno do processo.

A partir do século XIX, o conceito tradicional e civilista de ação passou a ser questionado, sendo agora concebido como um instituto de natureza processual. Nesse contexto, a ação não é algo voltado ao adversário, mas sim ao Poder Judiciário, tendo como objeto a prestação jurisdicional.

Na Alemanha, diversamente do que se concebia na Itália e na França, a *actio* romana cedia à *Klage* ou *Klagerecht*, compreendida como o direito de queixa ou direito de ação, voltada contra o Estado.

Assim, chega-se à fase da autonomia da relação jurídica processual (ou processualismo), distinguindo-se do direito substancial em relação a seus sujeitos, pressupostos e objeto[28]. Não só a ação passou a ser vista como um objeto autônomo, mas o processo em si, o que lhe atribuiu autonomia científica, estabelecendo-se como ramo autônomo do conhecimento. Fundada estava a ciência do processo.

A postura autonomista permitiu chegar até à afirmação do caráter abstrato da ação, situação que certamente representa o mais elevado grau da autonomia processual.

Nos dias atuais, as preocupações em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação já não consistem mais o centro das atenções. Conforme afirma Cândido Rangel Dinamarco, “insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo”[29]. A forma e o conceito dos institutos fundamentais da ciência do processo parece ter alcançado um patamar satisfatório às demandas existentes, relevando-se a preocupação em torno da conotação deontológica do processo, ou seja, seu aspecto ético.

Assim, chega-se à terceira fase metodológica do direito processual, denominada instrumentalidade, não mais interessada em distinções de ordem conceitual, destituídas de preocupações teleológicas e éticas. Nega-se o objetivo puramente técnico do sistema processual, afirmando-se a sua permeabilidade aos

valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, e o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina[30].

Nesse contexto, as questões estritamente processuais merecem ser reduzidas ao limite do necessário para a consecução dos escopos do processo, em atenção à realidade jurídico-material.

A instrumentalidade tornou-se a bandeira dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, resultando em diversas reformas legislativas. Coube ao legislador constituinte estabelecer um volume considerável de normas no bojo da Constituição de 1988, elevando as garantias processuais ao patamar hierárquico máximo, ampliando seu potencial instrumental na defesa dos direitos fundamentais. No campo infraconstitucional, destacam-se também as reformas no centradas no alargamento da via de acesso ao Judiciário e na percepção e redução das diferenças entre as partes envolvidas nos conflitos. Também o processo penal foi afetado pela instrumentalidade, o que resultou no aprimoramento de mecanismos de garantia da ampla defesa e isonomia.

Registre-se, ainda, que o processo coletivo é o resultado desta nova fase, destacando-se o surgimento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que compõem o núcleo do microssistema do processo coletivo.

Mas as mudanças trazidas pelo instrumentalismo não se resumem às reformas legislativas. A preocupação com o aprimoramento do serviço jurisdicional prestado através do processo levou à conclusão de que também o intérprete deve estar imbuído do espírito instrumentalista, preocupando-se com os valores consagrados constitucionalmente, sua intensa infiltração e efetivação no sistema do processo.

O fato é que a jurisdição passou a ser concebida como uma das formas manifestação do poder estatal que deve concretizar os fins do Estado Constitucional. E a sua atuação se dá justamente através do processo, o que atrai atenção aos seus fins. Nesse sentido, cabe ao processo produzir decisões legítimas, adequadas aos direitos fundamentais.

Para alguns autores modernos, o processo não pode mais ser visto como uma relação jurídica processual. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, sequer é importante saber se realmente existe uma relação jurídica processual, eis que a sua existência revelaria apenas o aspecto interno e estático do processo, o que importa muito pouco, diante do estágio que o direito processual atingiu no

Estado Constitucional[31].

De fato, não se nega a existência de uma relação entre as partes e o juiz, mas parece ser completamente inútil a investigação sobre quantas relações são essas ou se elas derivam de situações jurídicas distintas.

Alguns autores aludem à existência de uma relação circular entre o direito material, o que corresponde à instrumentalidade do processo. Pela teoria circular, o processo consiste em um co-protagonista, ao lado do direito material, objetivando concretizá-lo. Isso não significa, todavia, que ao processo cabe um papel secundário, inferior. Ao revés, a relação existente é de complementaridade, e não subordinação: o direito material se realiza através do processo e, ao mesmo tempo, serve a este, dando-lhe um sentido. Essa relação de complementaridade é denominada por Francesco Carnelutti de teoria circular. Nesse sentido, leciona Hermes Zaneti Jr.:

> [...] o processo precisa, como instrumento que é, estar adequado ao direito material que pretende servir. Nessa ótica, os princípios da adequação e da instrumentalidade se completam [...]. Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual, por exemplo, possibilitando a alteração da demanda em seu curso [...].[32]

Observa-se, portanto, que o caminho da evolução histórica do direito processual passa por três fases muito bem definidas: sincretismo (ou praxismo), processualismo e instrumentalismo. A questão que se põe é saber se estaríamos então diante de uma nova fase do direito processual.

Com efeito, autores como Fredie Didier Jr. entendem mais adequado considerar a atual fase histórica do direito processual como uma quarta fase, denominada neoprocessualismo, consistente no estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com o novo modelo de repertório teórico anteriormente citado, oriundo do neoconstitucionalismo[33]. Assim, adotada essa linha, às conquistas do instrumentalismo devem ser acrescidas as transformações que recaíram nos campos da Teoria Geral do Direito e da Ciência do Direito Constitucional.

2.1.3 O Processo na Perspectiva dos Direitos Fundamentais

Como sobredito, as conquistas do instrumentalismo e do neoconstitucionalismo impõem o estudo do direito processual à luz dos direitos fundamentais. A jurisdição se realiza através do processo, que, por sua vez, deve estar atento aos fins do Estado Constitucional.

A relação entre o processo e os direitos fundamentais pode ser estabelecida através da dupla dimensão que tais direitos possuem. Com efeito, sob o aspecto subjetivo, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, ou seja, atribuem posições jurídicas vantajosas aos seus titulares (situação jurídica ativa). Por outro lado, sob a dimensão objetiva, consistem nos valores essenciais que a ordem jurídica consagrou e, portanto, possuem posição privilegiada na interpretação e aplicação do direito[34].

Estabelecidas tais premissas, é possível concluir que o processo deve satisfazer os direitos fundamentais nesses dois aspectos. Subjetivamente, deve ser adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais; objetivamente, deve ser estruturado de forma a respeitar tais direitos.

Tais relações afetam diretamente o legislador e o juiz. Ao legislador compete estabelecer normas processuais gerais e abstratas adequadas aos direitos fundamentais (dimensão objetiva), bem como normas processuais de maneira a tutelar efetivamente tais direitos (dimensão subjetiva). Ao magistrado cabe adequar as normas processuais existentes aos direitos fundamentais, podendo inclusive afastar regras que não sejam razoáveis ou proporcionais. Cuida-se do princípio da adequação judicial (ou adaptabilidade), pelo que o juiz deve adaptar o processo sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico, imprimindo legitimidade ao procedimento. Tal postura se realiza através do exercício do controle difuso de constitucionalidade.

O princípio da adaptabilidade é extraído de uma concepção procedimental flexível, em oposição a um procedimento único, rígido. Discorrendo acerta da aplicação do citado princípio no âmbito do processo trabalhista, assevera Wilson Alves de Souza a sua relação direta com o princípio da isonomia, “promovendo o tratamento desigual, para a elevar a igualdade real”[35], norte marcante na seara laboral.

Registre-se, porém, que a possibilidade de o juiz adequar os procedimentos às especificidades da situação concreta deve respeitar o prévio contraditório, evitando-se surpresas às partes.

A legitimidade da decisão judicial está intimamente relacionada com o respeito aos direitos fundamentais. A título de exemplo, um procedimento que não atende ao direito de participação das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão viola os fins do Estado Constitucional. Da mesma forma, um sistema de processo coletivo deficiente no campo da legitimação é viola o ideal de acesso à justiça.

São diversas as conclusões que podem ser extraídas da relação existente

entre processo e direitos fundamentais, destacando-se:

a) o processo deve garantir a participação das partes, em respeito ao princípio do devido processo legal (em sentido processual), inclusive sob o aspecto coletivo, possibilitando a democracia participativa;

b) o processo deve obedecer as garantias previstas na Constituição, tais como o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, a motivação, a publicidade etc.;

c) o processo deve ser adequado às necessidades de tutela dos direitos;

d) o processo deve permitir o acesso das pessoas mais pobres à justiça;

e) o processo deve conduzir a uma decisão justa e razoável (devido processo legal substancial)[36].

Merecem destaque as questões da otimização da participação popular no procedimento e a universalidade do acesso à jurisdição.

Certamente, a legitimidade de uma decisão judicial não decorre exclusivamente da observância dos parâmetros procedimentais legais. Ora, se a jurisdição deve estar atenta à concretização dos direitos fundamentais, isso significa que não se revela adequada uma interpretação meramente literal da lei processual. Tal conclusão é facilmente extraída da natureza aberta e indeterminada das normas de direitos fundamentais, o que dificulta a aplicação do aludido método de interpretação.

No âmbito do processo coletivo, *v. g.*, a análise da legitimação coletiva deve ser aferida à luz dos direitos fundamentais envolvidos. A simples presença no rol dos legitimados previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) não confere ao pretenso legitimado a possibilidade de ajuizamento da ação, eis que a norma processual deve ser analisada em conformidade com os direitos fundamentais envolvidos, fazendo-se um juízo de pertinência temática, em respeito ao devido processo legal. Se assim não fosse, a efetiva tutela do direito poderia se comprometer, em razão de uma substituição processual inadequada.

Por outro lado, mantendo-se o exemplo do processo coletivo, a ausência de um requisito de ordem processual pode ser superada em determinados casos, somente impedindo a tutela quando esta não puder ser favorável àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito faltante[37]. Evitam-se, assim, exageros da técnica.

Também o direito de acesso à justiça é um direito fundamental de extrema relevância, pois permite a tutela dos demais direitos. Cuida-se verdadeiramente

de uma faceta da dignidade da pessoa humana em seu aspecto moral, consistente no direito a ter direitos. O acesso à justiça, como se verá, não se confunde com a mera “porta de entrada” ao Poder Judiciário. Mais do que isso, ele deve garantir às pessoas o direito a uma técnica processual adequada às pessoas envolvidas (aspecto subjetivo) e àquilo que se pede (aspecto objetivo)[38].

Como ressalta Luiz Guilherme Marinoni, o direito de acesso à justiça não depende somente da eliminação dos óbices econômico e sociais que impedem ou dificultam o acesso. Ele possui várias faces, garantindo, dentre outros, o direito de pedir a tutela jurisdicional e o direito ao uso da técnica processual adequada às necessidades do direito material. Dessa forma, não há democracia num Estado incapaz de garantir o acesso à justiça[39].

2.1.4 A Reconstrução da Teoria Geral do Processo

A legitimidade científica da Teoria Geral do Processo ainda é contestada por diversos autores, muito embora seja incontestável o consenso sobre a existência de inúmeros institutos que são comuns a todos os ramos do processo. Tanto Carnelutti quanto Liebman se mostraram favoráveis à teoria do processo, embora este último tenha registrado sua preocupação pelas “excessivas abstrações”[40].

O tema é inegavelmente polêmico, sobretudo por conta da ausência de consenso sobre a estrutura, rigidez e funcionalidade dos conceitos gerais da Teoria do Processo.

Segundo Fredie Didier Jr., a Teoria Geral do Processo pode consiste em um excerto da Teoria Geral do Direito, ocupando-se dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo Direito. Assim, é compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos lógico-jurídicos processuais que a compõem têm pretensão universal[41].

Em poucas palavras, a Teoria Geral do Processo tem por objeto os conceitos lógico-jurídicos processuais.

Entende-se por conceito lógico-jurídico aquele de natureza fundamental, oriundo da Filosofia do Direito, que tem por objetivo auxiliar a compreensão do direito independentemente do tempo e do local que se tome por referência. Diferentemente dos conceitos jurídico-positivos, que decorrem de construção legislativa, os lógico-jurídicos têm pretensão de validez universal, consistindo em conceitos formais, lógicos.

Tais conceitos têm, basicamente, duas funções. A primeira, já mencionada,

consiste em auxiliar os agentes operadores do Direito na interpretação e aplicação das normas jurídicas. A segunda consiste em servir de base à construção dos conceitos jurídico-positivos, a cargo do legislador.

A dificuldade existente na construção da Teoria Geral do Processo reside justamente na árdua tarefa que consiste em diferenciar os conceitos lógico-jurídicos dos jurídico-positivos.

A título exemplificativo, as noções de competência, processo, jurisdição, demanda, pretensão, prova, presunção e capacidade de ser parte pertencem à Teoria Geral do Processo, sendo compreendidas da mesma forma em qualquer relação processual (processo civil, processo penal, processo administrativo etc.). Não se negam as particularidades existentes nos variados campos de atuação processual existentes, fato que não afeta em nada a Teoria Geral do Processo, que não se ocupa de tais diferenças, mas sim da essência do processo (aquilo que é imutável, ou tem pretensão de sê-lo).

Igualmente, a noção de legitimidade, ponto central do presente trabalho, é também um conceito lógico-jurídico, independentemente de se tratar da legitimidade no processo coletivo. Justamente por isso, propõe-se uma análise ampla do seu conceito, comparando-se a experiência extraída do fenômeno jurídico em seus variados ambientes (legitimidade no ajuizamento de uma ação individual, legitimidade nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, legitimidade nas ações de improbidade administrativa, legitimidade para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante etc.).

Além disso, convém analisar também a sua construção teórica não apenas no Brasil, mas também nos sistemas jurídicos de outros países, o que será feito nos capítulos seguintes.

Consideradas as transformações ocorridas no âmbito da metodologia jurídica a partir da segunda metade do século XX e partindo-se do pressuposto da existência de uma Teoria Geral do Processo – posicionamento que se adota -, chega-se à percepção de que também ela está a merecer uma reconstrução. Como ressalta Fredie Didier Jr., “se se aceitar a premissa de que a Teoria Geral do Direito foi reconstruída nos últimos cinquenta ou sessenta anos, por coerência há de ser constatada a necessidade de reconstrução da Teoria Geral do Processo”. Assim, a legitimidade, um dos conceitos fundamentais que lhe são integrantes, merece ser estudada com base nas mudanças havidas.

2.2 A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

Hodiernamente, é inegável a importância conferida ao acesso à justiça, concebido como um direito básico, “certamente um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos”[42].

Igualmente, não há dúvidas sobre a o papel desempenhado pelo movimento de acesso à justiça sobre o desenvolvimento do processo coletivo em todo o mundo, sendo necessária uma prévia compreensão deste fenômeno.

2.2.1 Acesso à Justiça como Garantia e Direito Fundamental

Conforme ressalta Wilson Alves de Souza, o conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sob o enfoque meramente literal. Em outras palavras, não se pode concebê-lo como se significasse apenas o direito de postulação perante o Estado-juiz, como se fosse a mera “porta de entrada dos tribunais”[43].

Para o citado autor, o acesso à justiça significa também o direito ao devido processo, compreendendo o direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz. Assim, “se é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída”, ofertando-se às partes envolvidas garantias como o contraditório, ampla defesa, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, eficácia das decisões etc.[44].

Numa concepção ampla, a expressão pode ser empregada inclusive em situações totalmente externas às relações jurídicas processuais no âmbito do Poder Judiciário, identificando-se com o “acesso ao direito”. Em outras palavras, é possível falar em acesso à justiça fora do Poder Judiciário, já que o Direito não se esgota neste órgão. Sequer a relação jurídica processual se limita ao Poder Judiciário. Na Teoria Geral do Direito, a palavra “processo” tem abrangência ampla, incluindo os modos pelos quais o direito disciplina sua própria criação. Todo meio dirigido à produção de uma norma jurídica (geral ou individual) pode ser denominado “processo”. E onde há processo deve haver participação, por força do princípio do acesso à justiça.

Assim, ao lado do processo legislativo, voltado à elaboração de normas de caráter geral, há o processo negocial, voltado à criação da norma pelos próprios sujeitos interessados, bem como o processo o administrativo e o jurisdicional, que consistem em formas autoritativas de edição de normas jurídicas particulares, através de atividade substitutiva.

A título exemplificativo, no âmbito da Defensoria Pública da União, há o chamado Processo de Assistência Jurídica (PAJ), instaurado a partir do

comparecimento de qualquer pessoa ao órgão, requerendo a assistência jurídica. Cuida-se, portanto, de um processo de natureza administrativa, por meio do qual é realizada uma pesquisa sócio-econômica do pretenso assistido, sendo, ao final, deferida ou indeferida a assistência. Caso deferida, passará o órgão a acompanhar o seu novo assistido; sendo indeferida, o PAJ será arquivado. Observe-se, portanto, a importância da participação do requerente ao formular o pedido de assistência jurídica no âmbito da Defensoria Pública da União, sendo-lhe ofertados todos os meios possíveis para justificar eventuais somas em seu patrimônio e gastos extraordinários, para que seja reconhecida a sua hipossuficiência. Nos casos de indeferimento da assistência jurídica, é cabível ainda recurso de ofício à Câmara de Coordenação da Defensoria Pública da União, independentemente de formalidades, bastando qualquer manifestação de insatisfação do pretenso assistido. Todas essas medidas foram construídas em atenção ao princípio do acesso à justiça.

Da mesma forma, as audiências públicas realizadas no âmbito dos órgãos do Poder Legislativo relevam, ao menos em teoria, a importância da participação direta da coletividade no processo de elaboração das normas jurídicas gerais e abstratas.

Em síntese, Francesco Francioni elenca os três principais sentidos da expressão “acesso à justiça”. No primeiro sentido, mais comum, significa o direito de acesso ao Poder Judiciário (ou seja, a mera “porta de entrada”). Num segundo sentido, consiste não apenas no direito de pedir a tutela jurisdicional, mas também ao uso da técnica processual adequada às necessidades do direito material. Finalmente, numa terceira acepção, representa um movimento dedicado à solução dos obstáculos relacionados com as dificuldades enfrentadas pelas pessoas hipossuficientes na concretização de seus direitos.

O problema do acesso à justiça originou-se da necessidade de integração das liberdades clássicas com os direitos sociais. O direito de acesso à jurisdição, pertencente ao autor e ao réu, consiste num direito à utilização de uma atividade estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, o que afasta o seu caráter meramente formal e abstrato, como se fosse o simples direito de propor ação e de apresentar defesa. O direito de acesso à jurisdição não é indiferente aos obstáculos sociais que inviabilizam o seu exercício efetivo[45].

Para Luiz Guilherme Marinoni, a questão do acesso à justiça propõe a “problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição”[46].

Mas é possível ir adiante. Para além da eliminação dos óbices econômicos e sociais impeditivos, o direito de acesso à justiça não somente garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, como também a técnica processual idônea à tutela do direito material[47]. Trata-se, portanto, de um direito essencial ao regime democrático, incidindo sobre o legislador – que fica obrigado a traçar estruturas e procedimentos adequados – e sobre o juiz – que deve compreender as regras processuais com base no direito de acesso à justiça.

Nesse sentido, entende Mauro Cappelletti que o acesso à Justiça surge de uma "dimensão social" do direito e da justiça, que representa uma tentativa de resposta aos problemas e crises derivados das profundas transformações das sociedades industriais e pós-industriais modernas, "nas quais o pedido de Justiça adquire um sentido cada vez mais decisivo para multidões cada vez mais vastas; de petição de *igualdade não somente formal, senão real e efetiva igualdade de possibilidades* [...]"[48].

Para o autor, o problema do *acesso* apresenta-se sob dois aspectos principais: o acesso à justiça como programa de reforma e o acesso à justiça como novo método de pensamento, este último voltado para a "perspectiva dos consumidores".

Como "programa de reforma", o acesso à justiça se apresenta como um projeto de *efetividade* dos direitos sociais, que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, cabendo-lhes, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização. Além disso, exige a busca de formas e métodos, a miúde, novos e alternativos, para a racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.

Por sua vez, enquanto "método de pensamento", o acesso à justiça reclama por um novo método de análise das normas jurídicas, de natureza realista e funcional, concentrando-se sobre os "consumidores", antes de concentrar-se sobre os "produtores" do sistema jurídico.[49]

Com efeito, questão relevante consiste em saber qual seria o *status* do acesso à justiça. Pergunta-se: qual é a sua dimensão constitucional?

Cuida-se de princípio que assume, ao mesmo tempo, o caráter de garantia e de direito fundamental.

Nesse ponto, faz-se importante diferenciar os direitos das garantias dos direitos. Muito embora a Constituição não adote qualquer regra que distinga as duas categorias, coube à doutrina apartá-las. Assim, entende-se que os direitos

fundamentais são extraídos de disposições declaratórias, que imprimem a existência legal aos direitos reconhecidos. Já as garantias, embora também sejam, em certa medida, declaradas, constituem disposições assecuratórias, em defesa dos direitos[50].

A expressão “garantias constitucionais” é comumente empregada em três sentidos, como explica José Afonso da Silva. Em um primeiro sentido, consiste no reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos. Em uma segunda acepção, refere-se às prescrições que vedam determinadas ações do poder público, ou formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual. Por fim, numa terceira e última perspectiva, as garantias constitucionais estão associadas aos recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura[51].

São fortes as razões da caracterização do acesso à justiça como direito fundamental.

Inicialmente, conforme explica Wilson Alves de Souza, é preciso rememorar que somente em situações excepcionais o Estado autoriza a realização unilateral do direito por mão própria (autotutela). Assim, se o direito não realizado voluntariamente deve ser, em regra, concretizado pelo próprio Estado, é possível extrair como imperativo lógico à garantia do direito de ação[52].

Ressalte-se que, no contexto de uma sociedade marcada pela desigualdade econômica, o exercício desregrado da autotutela fatalmente conduziria à imposição da vontade dos economicamente mais fortes sobre os direitos das pessoas mais necessitadas.

Neste sentido, o acesso à justiça se identifica com o direito fundamental de ação, impedindo que os direitos das pessoas sejam violados sem qualquer possibilidade de realização desses mesmos direitos contra seus violadores.

Em conclusão, ao mesmo tempo em que se revela como um direito fundamental de exercício da ação (enquanto direito de instaurar uma demanda) e a uma tutela adequada, o acesso à justiça ostenta caráter instrumental, como uma garantia máxima, na medida em que possibilita a tutela de todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral. Todos eles dependem do acesso à justiça.

Sendo um direito fundamental, o acesso à justiça atrai para si o *status* de norma jurídica e, de maneira mais específica, de princípio do direito (dado o

caráter principiológico das normas de direitos fundamentais). Cuida-se de verdadeiro *mandamento de otimização*, ou seja, norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes[53].

2.2.2 Acesso à Justiça como um Direito Humano: a Luta pela Cidadania e o Movimento Mundial de Acesso à Justiça

Indubitavelmente, este uma relação bastante estreita entre o Estado, a sociedade, o processo e os direitos humanos. A crise do Estado Social (*Welfare State*), sobretudo a partir da década de 70, aliada à positivação crescente de direitos difusos, conduziu ao seguinte questionamento: como proteger os interesses de grupos de pessoas vulneráveis (mulheres, negros, homoafetivos, crianças, idosos, trabalhador escravo, sem-terra, indígenas, quilombolas etc.)? [54].

Numa época marcada por sociedades de massa flagrantemente desiguais, são inúmeras as notícias de severas violações de direitos humanos, sobretudo numa perspectiva mais ampla (macrolesões). Tais "lesões de massa", referidas por Carlos Henrique Bezzerra Leite[55], reclamam o reconhecimento e efetivação do acesso à justiça como um direito humano essencial ao Estado Democrático de Direito.

2.2.2.1 O Desenvolvimento do Acesso à Justiça no Direito Internacional

A expressão "direitos humanos" é comumente empregada nos documentos internacionais, como referência aos direitos fundamentais, ou seja, situações relacionadas à tutela dos valores mais básicos dos seres humanos[56].

No âmbito do Direito Internacional, como ocorre em qualquer sistema legal doméstico, o respeito e a proteção dos direitos depende diretamente da efetividade dos remédios judiciais[57]. Assim, quando um direito é violado, o acesso à justiça é de fundamental importância à pessoa individualmente lesada, consistindo num componente essencial do sistema de proteção dos direitos humanos.

Não por acaso, a Lei Complementar n. 132/2009, alterando o art. 1º da Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80/1994), atribuiu ao órgão expressamente a função de "promover os direitos humanos". Igualmente, inseriu, no referido diploma, o art. 3º-A, que prevê "a prevalência e efetividade dos direitos humanos" dentre os objetivos da Defensoria Pública (inciso III).

A referência aos direitos humanos na Lei Complementar n. 80/1994 não para por aí. O seu art. 4º, inciso III, prevê como função institucional da Defensoria Pública, dentre outras, “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”, cabendo-lhe, ainda, “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (inciso V).

No âmbito do Direito Internacional, o acesso à justiça pode ser extraído de diversos documentos de direitos humanos, a começar pela Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948. Seu art. 8º prevê expressamente que toda pessoa “tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Igualmente, o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, prevê expressamente:

> ARTIGO 6°
> Direito a um processo equitativo
> 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
> [...][58]

O art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporada ao ordenamento brasileiro por força do Decreto n. 678/1992, também disciplina a proteção judicial:

> Artigo 25 - Proteção judicial
> 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
> 2. Os Estados-partes comprometem-se:

> a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
> b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
> c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.[59]

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, em seu art. 7º, também traz regramento preciso a respeito do acesso à justiça, prevendo uma série de desdobramentos:

> Artigo 7º
> 1.Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende:
> a) o direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor;
> b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente;
> c) o direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha;
> d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.
> 2.Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que não constituía, no momento em que foi cometida, uma infração legalmente punível. Nenhuma pena pode ser prescrita se não estiver prevista no momento em que a infração foi cometida. A pena é pessoal e pode atingir apenas o delinqüente.[60]

Finalmente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de Dezembro de 2000, em seu art. 47, revela a acentuada preocupação do bloco com os problemas concernentes ao acesso à justiça. Inicialmente, o aludido dispositivo dispõe que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo”. Em seguida, dispõe que “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”. Por fim, reconhece expressamente o direito à assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, “na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça”.

Todos os documentos citados possibilitam aos Estados soberanos o livre desenvolvimento de seus sistemas e remédios processuais domésticos. Todavia, para fins de concretização do acesso à justiça, exige-se que tais remédios sejam efetivos e permitam um julgamento justo e imparcial aos jurisdicionados.

Questão complexa e ainda não muito explorada diz respeito à permeabilidade do princípio do acesso à justiça nos equivalentes jurisdicionais, que consistem em meios alternativos de solução de controvérsias. Tais mecanismos, comumente denominados *alternative dispute resolution (ADR)*, são cada vez mais comuns tanto nos ordenamentos internos quanto no âmbito internacional, como alternativas ao excesso de formalismo e morosidade dos sistemas judiciários. A questão que se põe é saber se a palavra "justiça" também se refere a estes mecanismos. Com efeito, a resposta a esta pergunta depende diretamente da adoção ou não da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que os equivalentes jurisdicionais, em regra, são mecanismos privados e facultativos. No Brasil, a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal caminham no sentido da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que atrai o princípio do acesso à justiça no seu âmbito.

2.2.2.2 O Acesso à Justiça como um Direito Humano

Como ressalta Francesco Francioni, o emprego da expressão "direitos humanos" em diplomas legais é algo relativamente recente, que remonta à Carta das Nações Unidas e sua referência à dignidade dos seres humanos. Antes das Nações Unidas, as Constituições e diplomas legais preferiam termos como "os direitos do homem" ou "direitos dos cidadãos", ou mesmo "direitos inalienáveis"[61]. Em todos os termos citados, há uma ideia comum: a de que certos direitos pertencem a todos os seres humanos individualmente considerados, pelo fato de nascerem livres e iguais, independentemente das normas positivadas.

Essa ideia comum, extraída de um suposto estado natural das coisas, serviu como uma ferramenta essencial para a desconstrução dos poderes divinos dos monarcas, conduzindo o processo de secularização das sociedades, em especial ao suplantar a ideia de "destino humano" para o moderno conceito de "progresso" como um produto do trabalho humano e da razão[62]. Destacam-se, nesse ponto, as contribuições de Cesare Beccaria no século XVIII, com sua obra "Dos delitos e das penas", voltada à abolição da tortura e outras práticas de política criminal repressivas, a exemplo da pena de morte. Posteriormente, ao final da I Guerra Mundial, surgiram as primeiras organizações internacionais preocupadas com a proteção dos direitos humanos: a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Após a II Guerra Mundial, os direitos humanos atraíram ainda mais a

atenção da sociedade internacional, culminando no surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, e na posterior proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Algumas décadas depois, diversos sistemas regionais de proteção surgiram em todas as partes do mundo, a exemplo do sistema regional europeu, sistema regional interamericano e sistema regional africano de proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, emerge a importância do acesso à justiça, que exige das instituições internacionais de proteção dos direitos humanos a adoção de providências de modo a maximizar a participação das pessoas e a efetiva tutela de seus direitos sob a égide do devido processo legal.

No âmbito do sistema global, conforme supracitado, a Declaração Universal de Direitos Humanos, prevê, em seu art. 8º, expressamente que toda pessoa tem "direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei". Lamentavelmente, sob o aspecto literal, o referido dispositivo peca ao limitar os direitos fundamentais àqueles reconhecidos pelos sistemas domésticos ("pela Constituição ou pela lei"), em detrimento das normas internacionais, onde está situada a referida Declaração. Cuida-se de equívoco absolutamente incompreensível e ilógico, já que a referida Declaração Universal é, ela mesma, um documento internacional. Este deslize não se repete na Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo art. 13 faz referência aos "direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção".

Merece destaque a expressão "remédio efetivo", que revela que, nos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, o acesso à justiça figura como uma garantia procedimental, que depende de outro conjunto de garantias e liberdades (duplo grau de jurisdição, contraditório, ampla defesa etc.).

2.2.3 Limites ao Acesso à Justiça

Como qualquer outro direito, o acesso à justiça também possui limitações. Não se trata de um princípio absoluto, pois mesmos os direitos humanos podem ser objeto de restrições, à luz da proporcionalidade, quando em colisão com outros direitos também relevantes.

Como ressalta Francesco Francioni[63], existem algumas circunstâncias que podem limitar ou até mesmo impedir o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais. Parte delas está relacionadas aos estados de emergência, às imunidades e à doutrina do *forum non conveniens*.

Os tratados de direitos humanos, de uma maneira geral, admitem que os Estados que os integram se escusem de determinadas obrigações assumidas no plano internacional em casos de emergência pública ou guerra. Por outro lado, as cláusulas de derrogação costumam prever uma lista de direitos que não podem ser afastados mesmo em períodos de guerra, a exemplo da proibição da tortura, da escravidão e privação arbitrária da vida[64].

A título exemplificativo, observe-se o art. 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

> Art. 15. Derrogação em caso de estado de necessidade
> 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito
> internacional.
> 22. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2°, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3°, 4° (parágrafo 1) e 7°.
> 3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário - Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação.[65]

No referido dispositivo, o direito de acesso à justiça não figura na lista de direitos cuja suspensão é vedada. Somente não podem ser suspensos o direito à vida (art. 2º), a proibição da tortura (art. 3º) e a proibição da escravatura (art. 4º).

Em sentido diverso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 27, apresenta uma lista mais extensa, que inclui o acesso à justiça, ao se referir às “garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”:

> Artigo 27 - Suspensão de garantias
> 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
> 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem

> das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
> 3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspendido, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Apesar dos dispositivos supracitados apresentarem conteúdos distintos, é possível concluir que o questionamento sobre a possibilidade de mitigação do acesso à justiça em situações de calamidade não pode ser respondido aprioristicamente. Em realidade, esta decisão depende das circunstâncias do caso concreto, ponderadas de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade entre a limitação do acesso à justiça e o interesse geral na proteção da segurança pública[66].

No que concerne às imunidades, cuida-se certamente da exceção que gera maiores divergências. As imunidades costumam se basear na distinção estabelecida entre os chamados “atos de império” (acobertados pela imunidade) e “atos de gestão” (não sujeitos à imunidade de jurisdição). Tal restrição, se levada às últimas consequências pode conduzir a situações que violam a razoabilidade. Cite-se, a título exemplificativo, o caso *Letelier v. Republic of Chile*, julgado em 1980, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Decidiu-se, na oportunidade, pelo afastamento da imunidade legal, entendendo-se que o homicídio praticado por agentes da embaixada Chilena deveria ser apreciado pelos órgãos jurisdicionais norte-americano, por envolver a prática da tortura, sob pena de violação de preceitos básicos dos direitos humanos[67].

Derradeiramente, também a doutrina do *forum non conveniens* pode ser considerada uma limitação ao acesso à justiça. Como explica Fredie Didier Jr., existem situações em que vários foros são, em princípio, competentes para o conhecimento e julgamento de uma demanda. Em tais casos, o autor exercita o chamado *forum shopping*, elegendo foro que supõe ser mais favorável aos seus interesses.

Ocorre que tal faculdade deve ser conciliada com a proteção da boa-fé, sob pena de restar configurado o abuso do direito[68]. Assim, em determinados casos concretos envolvendo foros concorrentes, observadas as circunstâncias envolvidas, será possível negar à parte autora a escolha realizada, quando esta trouxer ao réu um ônus desproporcional, dificultando a sua defesa.

2.2.4 As Três Ondas Renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

Tratando de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentam três posições básicas, denominadas ondas renovatórias, que atingiram, pelo menos, os países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram em uma seqüência mais ou menos cronológica. São eles: a assistência judiciária aos pobres, a representação jurídica para os interesses "difusos" – especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor – e a terceira onda, mais recente, denominada de "enfoque de acesso à justiça", que inclui os posicionamentos anteriores, representando uma tentativa de atacar as barreiras de acesso de modo mais articulado e compreensivo[69].

É possível observar uma conexão direta entre as três ondas renovatórias citadas e a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, o que se pretende demonstrar nas linhas seguintes.

A primeira onda renovatória tratada por Cappelletti e Garth consiste na assistência judiciaria aos pobres. Inicialmente, convém registrar a impropriedade do termo "judiciaria", que merece ser substituído por "jurídica", palavra dotada de maior amplitude. A assistência "judiciária" é aquela que se exerce em razão da existência de um processo judicial, ou seja, perante o Poder Judiciário. Por sua vez, a assistência "jurídica" é mais ampla, envolvendo não só a atuação a judiciária, mas também outras formas de assistência externas ao processo judicial. A título exemplificativo, uma defesa administrativa patrocinada pela Defensoria Pública não consiste em hipótese de assistência judiciaria, mas sim jurídica.

Com efeito, "os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar os serviços jurídicos para os pobres"[70].

Infelizmente, até não muito tempo atrás, os projetos de assistência jurídica da grande maioria dos países ocidentais eram totalmente inadequados, recaindo quase que exclusivamente sobre serviços de advogados particulares, atuando sem contraprestação. O problemas que derivaram dos precários modelos de assistência conduziram países como a Alemanha e a Inglaterra, no inicio do século XX, a reformaram significativamente a legislação correlata. A Lei Germânica de 1919, *v. g.*, passou a prever um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados responsáveis pela prestação da assistência jurídica, que era universal. Na Inglaterra, o *Legal Aid and Advice Scheme* foi criado com o estatuto de 1949, sendo confiado à associação nacional de advogados, através de atividades de aconselhamento jurídico e assistência judiciaria.

A partir da década de 60, a assistência jurídica aos pobres foi alçada como um dos principais pontos da agenda das reformas judiciarias, em atenção às problemáticas advindas da falta de acesso à justiça. As reformas se iniciaram em 1965, nos Estados Unidos, com a criação do *Office of Economic Opportunity*, alastrando-se por todo o mundo a partir da década de 70[71]. Diversos países seguiram o caminho da reforma nesta década: França, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda, Itália, Austrália, Província Canadense do Quebeque, dentre outros.

Assim, é possível concluir que a preocupação com a adoção de soluções para a melhoria da qualidade de vida das pessoas menos favorecidas resultou num aperfeiçoamento em escala do sistemas jurídicos modernos, implicando, em alguns países, no surgimento de um órgão estatal especializado, a Defensoria Pública.

O segundo ponto de pauta das reformas em prol do acesso à justiça consistiu no desenvolvimento do processo coletivo, responsável pela tutela de interesses de grupos humanos, organizados ou não.

Este segundo grande movimento foi mais intenso nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico é aclamado como um dos mais avançados no assunto. Segundo explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos"[72], por não permitir uma tutela jurisdicional adequada dos direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um seguimento do público.

Desta forma, do surgimento de novos direitos (estes de natureza difusa) e da massificação de direitos individuais da ordem do dia surgiu uma nova demanda reformista, objetivando imprimir maior celeridade, economia processual e efetividade à tutela jurisdicional.

O surgimento da legitimidade coletiva da Defensoria Pública, como será possível observar, derivou da união das duas ondas renovatórias supracitadas: assistência jurídica aos necessitados e o desenvolvimento da tutela coletiva. A defesa de uma maior amplitude de atuação coletiva do órgão, por sua vez, encontra respaldo na terceira onda: a defesa de uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

O novo enfoque do acesso à justiça deposita suas atenções "no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas"[73]. Cuida-se, portanto, de um movimento que objetiva trazer maior efetividade e dinâmica aos sistemas jurídicos, construindo e adequando seus institutos para a concretização

do direito material.

Nesse contexto se insere não apenas a preocupação com a tutela dos direitos e interesses das pessoas economicamente necessitadas, mas das pessoas como um todo, em especial aquelas que apresentam algum tipo de vulnerabilidade ou hipossuficiência social: usuários de serviços públicos, idosos, deficientes físicos, eleitores, consumidores, os ausentes, dentre outros, independentemente de sua situação econômica.

A título exemplificativo, justificam-se, a partir de tais preocupações, as reformas trazidas pela LC n. 132/2009 à LC n. 80/1994, prevendo, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, o exercício da curadoria especial, nas hipóteses legais (art. 4º, inciso XVI).

Dentre as hipóteses que ensejam o exercício da curadoria especial, destacam-se os casos de citação ficta, seguida de revelia (art. 9º, inciso II, do CPC). Tais situações são extremamente comuns, sobretudo no âmbito das varas de execuções fiscais federais, em razão do grande volume de processos, aliado ao grande número de sociedades empresárias em situação irregular.

O patrocínio da Defensoria Pública, em situações assim, se justifica pela presunção de vulnerabilidade técnica, já que, sobretudo nos casos de citação por edital, dificilmente o réu conhece da ação que é movida contra a sua pessoa.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Como sobredito, o paradigma do neoconstitucionalismo é responsável por uma nova configuração dos papéis desempenhados pelos poderes estatais, merecendo destaque o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, como ressalta Cleber Francisco Alves, a possibilidade concreta de acesso aos tribunais consiste "num diferencial importante para a caracterização de uma verdadeira democracia, devidamente consolidada"[74]. Ora, se hodiernamente é admitido o exercício do controle judicial até mesmo sobre atos políticos, então é possível concluir que o acesso à justiça consiste num dos mais relevantes referenciais democráticos, franqueando a qualquer cidadão a oportunidade de movimentar as engrenagens do controle judicial sobre amplos temas, muitos deles inacessíveis em tempos passados.

Para o citado autor, embora os atuais processos de reforma e modernização do Poder Judiciário assumam um papel crucial para o avanço das instituições democráticas, um aspecto primordial reside na necessidade de aprimoramento e aparelhamento das instituições estatais encarregadas de prestar o serviço de assistência jurídica aos mais pobres[75]. Tal aprimoramento tem como ponto de partida a criação de estruturas mínimas e, em um segundo momento, a amplificação dos instrumentos de atuação.

Com efeito, a análise da legitimação coletiva da Defensoria Pública demanda uma prévia investigação da razão de ser deste órgão, sua origem e tratamento constitucional.

3.1 OS MODELOS DE ESTRUTURAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Uma análise comparativa dos mais diversos sistemas jurídicos permite concluir que a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes não se efetiva através de um único modelo. Em realidade, é possível conceber ao menos três modelos de assistência bastante distintos.

O primeiro deles é adotado por sistemas que permitem a atuação de advogados autônomos, exercendo sua atividade a título *pro bono*, ou seja, sem receber qualquer contraprestação pecuniária estatal. Cuida-se de um modelo marcado pelo viés assistencial-caritativo. Segundo Cleber Francisco Alves, os serviços de assistência judiciaria "eram prestados sob o impulso de preceitos de cunho moral, como expressão de um sentimento de caridade ou de solidariedade [...]"[76].

A advocacia *pro bono* ainda é exercida em todo o mundo, sendo louvável a iniciativa de profissionais que, por motivação estritamente altruísta, auxiliam pessoas que não possuem recursos para custear a assistência jurídica privada. Nesse ponto, merecem destaque as considerações de Frederico Rodrigues Viana de Lima, para quem "a principal ferramenta para o exercício da advocacia *pro bono* é o instituto da gratuidade judiciaria, uma vez que permite que a parte, mesmo sendo patrocinada por um profissional liberal, não arque com as despesas processuais"[77].

Por óbvio, embora elogiável, a advocacia *pro bono* não pode ser concebida como o principal modelo de assistência jurídica, por dois grandes motivos: primeiro, porque depende da caridade de profissionais, não consistindo verdadeiramente em um direito das pessoas menos favorecidas; segundo, porque põe em risco a qualidade da assistência, uma vez que o advogado particular não recebe qualquer contraprestação pelo o serviço prestado. Na maioria dos casos, a atuação profissional gera gastos elevados aos profissionais, incluindo custos de deslocamento, custas processuais, gastos com impressão e cópia de documentos, autenticações, dentre outros.

O segundo modelo de assistência jurídica é o denominado *judicare*, que se caracteriza pela atuação de advogados particulares custeados por entes estatais. Diversamente do que ocorre no modelo da advocacia *pro bono*, o modelo *judicare* consiste em um verdadeiro "direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei"[78]. No sistema britânico, por exemplo, permite-se que os litigantes de baixa renda escolham seu advogado dentre uma lista de profissionais inscritos, desde que verificada a viabilidade econômica e meritória da pretensão. Por se tratar de uma contraprestação expressiva, a lista de profissionais é extensa. Esse mesmo modelo foi adotado na França, a partir de 1974, alcançando não apenas as pessoas pobres, mas também pessoas acima do nível de pobreza[79].

Apesar da eficiência alcançada em alguns países, o *judicare* é fortemente criticado pela doutrina, eis que, como sustentam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, embora desfaça a barreira do custo, faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres, confiando-lhes a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio[80]. No mesmo sentido, destaca Holden Macedo da Silva diversas falhas do modelo: inexistência de especialização e visão do todo; baixa remuneração dos advogados; ausência de efetivo acesso aos Tribunais Superiores, à opinião consultiva e às instâncias extrajudiciais e administrativas (assistência não integral); ausência de controle de qualidade, dentre outros aspectos[81].

No Brasil, ainda é adotado o modelo do *judicare* nas localidades em que a Defensoria Pública não esteja instalada, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal[82], sendo possível a nomeação de advogados particulares para fazer às vezes do órgão assistencial, sobretudo em processos criminais.

O terceiro modelo consiste no chamado *salaried staff*, adotado pela Constituição da República de 1988, sendo marcado pela atuação de agentes públicos remunerados pelo Estado. Este modelo se desdobra em duas submodalidades: na primeira delas, opta-se pela criação de organismos estatais encarregados de prestar a assistência jurídica. Tais organismos são comumente chamados de Defensorias Públicas. Por sua vez, na segunda submodalidade, os serviços podem ser prestados por organismos não estatais, a exemplo de pessoas jurídicas sem fins lucrativos que recebem recursos estatais para custear suas despesas, inclusive para pagamento de advogados contratados por elas[83]. É um dos modelos adotados nos Estados Unidos, onde se destacam os denominados *Neighborhood Law Offices*, implementados a partir anos sessenta, custeados com recursos públicos.

É possível concluir que a Defensoria Pública consiste verdadeiramente no reflexo da adoção, pelo Brasil, do modelo do *salaried staff*[84], como se extrai do art. 134 da Constituição da República: "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.)".

Complementando o dispositivo constitucional supracitado, dispõe a Lei Complementar n. 80/1994, em seu art. 4º, §4º, que "a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública", colocando o órgão assistencial como principal protagonista da prestação da assistência jurídica no país. Consequentemente, é incogitável, qualquer forma de custeio o fornecimento de assistência jurídica estatal que não seja por intermédio da Defensoria Pública[85].

Por óbvio, os sistemas jurídicos costumam combinar os modelos de assistência jurídica supracitados, sendo rara a adoção de apenas um deles. A título exemplificativo, a Suécia e o Canadá adotam conjuntamente os modelos do *judicare* e do *salaried staff*, cabendo ao assistido a escolha pelo modelo que melhor atenda aos seus interesses.

3.2 BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO BRASIL

Para fins didáticos, o Estudo histórico da assistência jurídica no Brasil pode ser dividido em três grandes períodos: o primeiro deles compreende o lapso

entre o período colonial e os anos 40 do século XX; o segundo, o interregno entre os anos 40 do século XX e a Constituição de 1988; o terceiro, da Constituição de 1988 até os tempos atuais.

Com efeito, mesmo no início da colonização portuguesa no Brasil, já existiam diplomas normativos tratando da assistência jurídica aos menos favorecidos. A título de exemplo, o Livro III, Título 84, §10º, das Ordenações Filipinas, já estabelecia critérios para que as taxas processuais fossem dispensadas a pessoas pobres. Dispunha o referido diploma:

> Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz (imóveis), nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o *Pater Noster* pela alma do Rei Dom Diniz, ser-lhe-á havido como que se pagasse os novecentos réis, contando que tire tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo.[86]

Naquele momento histórico, a defesa dos necessitados perante os tribunais assumia um viés caritativo e religioso, que inspirava as normas das Ordenações do Reino de Portugal. Tais normas eram aplicadas no Brasil, a exemplo das Ordenações Filipinas, que asseguravam a nomeação de curador para menores e loucos, figuras vulneráveis[87].

Proclamada a independência, começaram a surgir, a partir do século XIX, as primeiras leis brasileiras tratando, ainda que pontualmente, da assistência jurídica. O Código de Processo Criminal do Império, criado em 1832, passou a prever expressamente a isenção de certas taxas aos réus pobres.

A partir de 1870, inspirado no Código da Assistência Judiciária da França de 1851, Nabuco de Araújo, ex-Ministro da Justiça do Império e então Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, dedicou-se a defender a elaboração de diplomas legais voltados à promoção do acesso à justiça das pessoas carentes. Graças às campanhas e sugestões do citado estadista, o Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro criou um conselho encarregado de prestar "assistência jurídica aos indigentes nas causas cíveis e crimes, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a algum membro do Conselho ou do Instituto"[88].

As propostas de Nabuco de Araújo ganharam apoio dos abolicionistas, que vislumbravam no referido conselho uma garantia de justiça para os escravos a serem libertados[89].

Registre-se que, ainda no período imperial, chegou a ser criado o cargo público de "Advogado dos Pobres", com atuação voltada aos processos criminais. Cuida-se de clara iniciativa estatal no sentido de atrair para si o dever de prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados. Tal cargo, todavia, foi

extinto em 1884.

Proclama a República, a questão da assistência jurídica voltou a ser debatida nas esferas de poder, o que levou o governo provisório a editar o Decreto n. 1.030, de 14 de dezembro de 1890, responsável por regular o funcionamento do Poder Judiciário no Distrito Federal. Em seu art. 175, dispunha: “O Ministério da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem do Advogados [...]”[90].

Infelizmente, a Constituição da República de 1891 não apresentou qualquer dispositivo concernente ao tema, o que levou a Presidência da República e editar o Decreto n. 2.457, de 08 de fevereiro de 1897, que criou o serviço oficial de Assistência Judiciária para o Distrito Federal (na época, a cidade do Rio de Janeiro), financiado por meio de recursos públicos. A partir do aludido diploma, diversos Estados federados passaram a prever, eu seus respectivos códigos de processo civil, normas regulando a isenção de custas às pessoas comprovadamente pobres.

Posteriormente, a Constituição de 1934 representou uma grande mudança, estabelecendo o dever constitucional da União e dos Estados de prestar a assistência jurídica às pessoas necessitadas, através de órgãos públicos especializados. Infelizmente, dita previsão constitucional durou apenas 3 (três) anos, sendo suprimida pela Constituição de 1937, oriunda de um golpe de Estado.

A partir dos anos 40, como assevera Cleber Francisco Alves, a Constituição de 1946 preocupou-se em compatibilizar a ordem liberal com a construção do Estado social previsto na Constituição de 1934, dispondo expressamente sobre o direito do cidadão à assistência jurídica gratuita[91].

Nesse contexto, foi criada a Lei n. 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, tratando especificamente sobre a assistência judiciaria, ainda vigente no país. Embora seus dispositivos não representassem nenhuma grande mudança normativa – pois já existiam diplomas esparsos tratando do tema -, a Lei n. 1.060/50 pode ser considerada um importante marco, revelando a preocupação do Congresso Nacional em consolidar as regras sobre a assistência jurídica em um único diploma. Seu conteúdo sofreu diversas modificações ao longo do tempo.

O aludido diploma foi recepcionado pela Constituição de 1969, época em que quase todos os Estados federados passaram a contar com um órgão específico de prestação da assistência jurídica gratuita. A exceção estava – e

ainda está – no Estado de Santa Catarina.

Naquela época, a assistência jurídica era geralmente prestada, nos Estados, pelo Ministério Público ou pelas Procuradorias estaduais. No Rio de Janeiro, a Lei Estadual n. 2.188, de 21 de julho de 1954, criou, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, os primeiros cargos de Defensor Público. Posteriormente, em 1977, A Lei Complementar Estadual n. 6 passou a vigorar como a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, criada como órgão autônomo.

No âmbito da Justiça Federal, todavia, ainda era inexistente a atuação de qualquer órgão, cabendo aos advogados "dativos", designados pelos Juízes, desenvolver a atividade.

Em 1977, no V Congresso Nacional do Ministério Público, ficou assentada a tese de que a atuação dos advogados particulares, no campo da assistência jurídica, seria meramente supletiva. A mesma tese foi sustentada na X Conferência Mundial de Direito, ocorrida em São Paulo no ano de 1891, e no I Seminário Nacional sobre Assistência Judiciária, ocorrido no Rio de Janeiro no mesmo ano. Igualmente. Ainda em 1981, na IX Conferência Nacional da OAB, foi aprovada a Carta de Florianópolis, que consignou a recomendação para que a assistência judiciaria gratuita aos necessitados fosse prestada essencialmente pelo Estado.

Ato contínuo, nos anos oitenta, os trabalhos da Constituinte foram diretamente influenciados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e por entidades de classe, a exemplo da ADPERJ (Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro). Ao final, foi aprovado relatório, com a inclusão de dispositivos prevendo expressamente a Defensoria Pública como órgão estatal destinado à defesa, em todas as instâncias, dos juridicamente necessitados, cabendo-lhe a prestação da assistência jurídica integral e gratuita.

Daí surgiu o atual art. 134 da Constituição da República, que dispõe, no Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça: "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"[92].

3.3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

3.3.1 A Defensoria Pública na Constituição de 1988

Coube à Constituição da República de 1988 a consolidação do atual modelo de assistência brasileiro, seguindo a linha das Constituições de 1934 e 1946. Mais do que isso, foi acrescentado, no rol dos direitos fundamentais, o direito à assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme disposto no seu art. 5º, inciso LXXIV.

Registre-se a feliz adoção da expressão “assistência jurídica”, em lugar de “assistência judiciaria”, o que revela a preocupação com a assistência aos necessitados não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas até mesmo nas instâncias privadas. Abandona-se ademais a ideia de que a assistência jurídica limitar-se-ia apenas à defesa propriamente dita dos hipossuficientes, não sendo, portanto, limitada a apenas um dos polos de uma eventual lide.

Além disso, como sobredito, a Constituição de 1988 deixa clara a oficialização, em âmbito nacional, do modelo de assistência capitaneado pela Defensoria Pública, incluindo-a dentre as “funções essenciais à justiça”, ao lado do Ministério Público e da advocacia.

De mais a mais, foram estabelecidos marcos regulatórios gerais para a Defensoria Pública, destacando-se a necessidade de elaboração de Lei complementar para a sua organização, sendo imperativo o ingresso dos seus membros mediante concurso público de provas e títulos. A lei complementar referida é a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994).

Por fim, a Constituição assegurou aos integrantes da instituição a garantia da inamovibilidade, vedando o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Observa-se, portanto, a preocupação do constituinte em relação à independência funcional dos Defensores Públicos, o lhes que rendeu a prerrogativa da inamovibilidade, antes prevista apenas para os magistrados e membros do Ministério Público.

Tal prerrogativa é essencial para o bom desempenho do órgão no âmbito dos ofícios de tutela coletiva, cuja atuação muitas vezes afeta o interesse de governantes e representantes de detentores de poder econômico, evitando a ingerência indevida no exercício da função.

3.3.2 Funções Típicas e Atípicas

Como sobredito, dispõe o art. 134 da Constituição que cabe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos “necessitados”. Por sua vez, o art. 5º, LXXIV consagra o direito fundamental à assistência

jurídica para os que comprovarem a “insuficiência de recursos”.

Uma análise precipitada dos dispositivos em comento conduz facilmente à ideia de que os “necessitados” a que alude o art. 134 são apenas aqueles “que comprovarem a insuficiência de recursos”. Não foi essa, contudo, a intenção do legislador.

Como ressalta Frederico Rodrigues Viana de Lima, a compreensão dos artigos 5º, LXXIV, e 134, da Constituição, “deve ser feita não a partir de um exame literal, mas sim consoante um enfoque jurídico-teleológico”[93]. A Lei Complementar n. 80/1994 consagra outros tipos de necessidade e outras espécies de insuficiência de recursos, para além da mera incapacidade financeira.

À luz do enfoque jurídico-teleológico sugerido, as funções da Defensoria Pública podem ser divididas em dois grupos. Tal bifurcação é crucial para que se possam compreender os limites da atuação do órgão no âmbito do processo coletivo.

Com efeito, as funções típicas do órgão assistencial são aquelas exercidas na defesa de direitos e interesses de pessoas necessitadas sob o aspecto econômico, ou seja, pessoas sem condições para a contratação de advogado. Cuida-se de uma função diretamente relacionada com a primeira onda renovatória sugerida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como explicitado em linhas anteriores. A atuação judicial e extrajudicial em favor de pessoas físicas ou jurídicas sem condições de contratar advogados é a função típica da Defensoria Pública.

As funções atípicas, por sua vez, estão relacionadas com a proteção das demais espécies de hipossuficientes. A atuação do órgão, nesse aspecto, prescinde da insuficiência de recursos financeiros, não estando relacionada com a necessidade econômica.

Segundo Cleber Francisco Alves, a Lei Complementar n. 80/1994 menciona como função institucional a defesa de certas classes de pessoas específicas consideradas vulneráveis e que, por isso, seus interesses podem ser defendidos pela Defensoria Pública, “sem que haja maiores preocupações estritas de aferição da carência de ordem econômica e financeira”[94].

Destacam-se, neste rol, a defesa técnica criminal (que é irrenunciável, qualquer que seja a situação econômica do réu, em razão da vulnerabilidade técnica do acusado) e o exercício da curadoria especial, conforme disposto no art. 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994. Indubitavelmente, no que se refere à curadoria especial, a grande maioria dos casos de atuação da Defensoria Púbica ocorre por força do art. 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, em

favor do réu revel citado por edital ou com hora certa. É comum, por exemplo, que o órgão atue na defesa de sociedades empresarias revéis em processos de execução fiscal, independentemente da sua situação econômica.

A questão que se impõe é a seguinte: a previsão legal de funções atípicas para além da defesa dos necessitados econômicos é constitucional?

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgando a ADI 558/RJ, reconheceu a constitucionalidade de tais funções, consignando-se que a assistência judiciaria aos necessitados econômicos consiste numa "atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública", não impedindo que "serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal"[95].

Tal linha de pensamento se justifica por dois grande motivos: em primeiro lugar, porque a Constituição não prevê exaustivamente as funções da Defensoria Pública; em segundo lugar, por conta de uma interpretação ampliativa das expressões "insuficiência de recursos" e "necessitados"[96].

De fato, as funções da Defensoria não foram elencadas de maneira exaustiva pelo texto constitucional, e nem poderiam, uma vez que o órgão foi eleito como o maior responsável pela promoção do acesso à justiça. Ora, tratando-se de uma instituição que tem por missão principal a promoção do acesso aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, não é razoável que suas funções sejam interpretadas de maneira exaustiva.

Registre-se que o art. 1º da Lei Complementar n. 80/1994 insere, dentre as missões da Defensoria, a "promoção dos direitos humanos", não fazendo qualquer referência à hipossuficiência econômica. Nada mais justo. Diante da preocupação do constituinte em promover o acesso efetivo a tais direitos, não faria qualquer sentido diminuir as atribuições do órgão criado para aumentar a sua proteção.

Outrossim, como será explicitado em linhas seguintes, a interpretação das expressões "insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV, CRFB/88) e "necessitados" (art. 134, CRFB/88) também deve levar em consideração a máxima efetividade dos direitos fundamentais, de modo a abranger os mais variados estados de vulnerabilidade. É possível falar, portanto, em "necessidades" nos planos econômico, jurídico e organizacional, este último diretamente ligado à vulnerabilidade de grupos sociais.

Observe-se, portanto, que, para além da primeira onda renovatória (justiça aos pobres), a Defensoria Pública é também um órgão de referência na segunda onda, que se relaciona com a defesa dos direitos ou interesses metaindividuais.

Indubitavelmente, a análise da abrangência da atuação coletiva do órgão depende do prévio estudo do processo coletivo no Estado Constitucional, ponto a que se dedicam as próximas linhas.

4 O PROCESSO COLETIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA

Com efeito, registra Márcio Flávio Mafra Leal que muito já foi afirmado sobre a dogmática e as justificativas político-sociológicas da ação coletiva, “mas pouco tem sido feito para se estruturar uma teoria que responda basicamente *o que é a ação coletiva* e quais os seus fundamentos jurídicos”[97].

Neste sentido, o presente capítulo pretende reunir elementos conceituais necessários a uma análise teórica e dogmática mais clara da legitimidade no processo coletivo brasileiro, para então se posicionar acerca do controle judicial da legitimidade coletiva ativa, sob um ponto de vista constitucional.

Convém registrar, desde logo, que as expressões “direito de grupo”, “direito metaindividual” e “direito coletivo” (em sentido amplo) serão aqui utilizadas como sinônimas, referindo-se aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.1 CONCEITO E DISTINÇÕES

Autores como Antonio Gidi reconhecem a difícil tarefa de se definir o conceito preciso de ação coletiva, o que tem conduzido a doutrina à tentativa de construir um conceito sistemático [98].

Para o referido autor, dizer apenas que a ação coletiva é aquela proposta para a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é incorrer em grave erro, tendo em vista ser possível que o ajuizamento de uma ação em defesa de tais direitos consista, em sua estrutura, numa ação inidividual[99].

A título exemplificativo, é plenamente possível que todos os associados de uma pequena empresa de assistência médica ajuízem uma ação, na qualidade de litisconsortes, contra o aumento das mensalidades. Neste caso, o direito material não deixa de ser coletivo – individual homogêneo -, embora seja tutelado pela via de uma ação individual.

Para Édis Milaré, a ação civil pública pode ser conceituada como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional[100].

Mafra Leal, contudo, ressalta que o conceito proposto por Édis Milaré seria defeituoso, “porque nada diz sobre a ação coletiva, mas, no máximo, sobre uma de suas finalidades”[101]. Segundo o autor, a expressão “em defesa de um

interesse público" é vaga, podendo significar diversas ações que pouco têm a ver com a ação coletiva, a exemplo das ações de falência e de família.

Já Barbosa Moreira defende que a idéia fundamental das ações coletivas é que o litígio pode ser levado a juízo por uma só pessoa[102]. O referido autor designa como principal elemento caracterizador a representação de interesses por uma única pessoa, sem, contudo, investigar a natureza do direito material envolvido.

Thimoty Wilton, por sua vez, defende que a maior diferença entre a ação individual e a ação coletiva consiste na extensão da coisa julgada para toda a classe[103]. Trata-se, mais uma vez, de um conceito que deixa de lado aspectos relevantes, a exemplo do elemento representativo do conceito de ação coletiva[104].

Com a preocupação de sistematizar as principais características da tutela coletiva, Antonio Gidi apresenta uma definição peculiar, concebendo a ação coletiva como a ação proposta por um representante (legitimidade) em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto do processo), cuja imutabilidade do comando da sentença alcançará uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)[105].

O presente conceito, contudo, não escapou das críticas. Segundo Mafra Leal, o conceito de Gidi possui vários elementos: o primeiro elemento refere-se à legitimidade *autônoma*. Quanto ao segundo elemento ("em defesa de um direito coletivo"), inexiste uma indicação precisa do que se considera *coletivo:* o direito material (que seria tomado nesse caso como sinônimo de *difuso*), ou a classe de pessoas titulares de um direito individual em um contexto específico. Por fim, o terceiro elemento da definição de Gidi, "a extensão da coisa julgada", consiste em dado essencial para caracterizar o regime processual das ações coletivas[106].

Para Mafra Leal, o conceito de ação coletiva deve ser dividido em dois, tendo em vista a existência de duas ações distintas sob o mesmo rótulo, que merecem tratamento teórico apartado[107].

Assim, o primeiro conceito é o das ações para a defesa de direitos individuais sob tratamento coletivo (ou seja, acidentalmente coletivos), que o autor denomina de ACDI. Cuida-se de ação de representação judicial, por uma ou mais pessoas (naturais ou jurídicas) de direitos individuais, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos seus integrantes[108].

O segundo conceito, por sua vez, diz respeito à ação coletiva para a defesa de direitos difusos (ACDD), em que também se faz presente o elemento representação. Trata-se de ação de representação judicial, por uma ou mais pessoas, de direitos de uma comunidade, considerada como uma unidade sem personalidade jurídica[109].

Neste último caso, o regime da coisa julgada é um pouco diverso, em razão da natureza do direito material discutido. Enquanto na ACDD o efeito *erga omnes* é uma decorrência automática do atendimento do direito material (não sendo necessária uma norma processual nesse sentido, até porque o titular do direito é rigorosamente uma *pessoa:* a *comunidade*), na ACDI exige-se que a lei discipline a extensão da coisa julgada aos demais membros da classe, pois, do contrário, essa qualidade da sentença se restringirá somente àqueles que estiverem na relação processual. Na ACDI, "a *classe* é apenas uma *figura* para representar o conjunto de pessoas com direitos individuais autônomos, que se identificam por algum fator comum"[110].

Diante das opiniões doutrinárias ora explicitadas, sobretudo as considerações de Gidi e Mafra Leal, propõe-se o seguinte conceito de ação coletiva ativa[111]: é ação proposta por um legitimado extraordinário (ou substituto processual)[112] em defesa de um direito naturalmente ou acidentalmente coletivo, apta à produção de uma decisão final cujos efeitos são extensíveis a uma comunidade ou coletividade.

4.2 BREVE HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

4.2.1 Histórico no Mundo

Não parece conveniente tratar do controle judicial da legitimidade coletiva ativa sem antes tocar, ainda que de maneira abreviada, o histórico das ações coletivas no Brasil e no mundo. De fato, as respostas para muitas perguntas que são feitas no Brasil já foram apresentadas em alguns dos sistemas jurídicos estrangeiros, notadamente aqueles onde a experiência da tutela coletiva é mais antiga.

Conforme ressalta Mafra Leal, a ação coletiva não é um fenômeno contemporâneo, consistindo em uma forma de estruturação do litígio judicial que existe há pelo menos oito séculos[113].

Com efeito, fazendo-se uma investigação histórica acurada, é possível atribuir a origem remota das ações coletivas a duas principais fontes. A primeira delas diz respeito ao antecedente romano da ação popular (*actione popularis*) em

defesa da *rei sacrae, rei publicae*. Cuida-se do poder que era atribuído ao cidadão de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do vínculo natural que o ligava aos bens públicos em sentido amplo. Em tal contexto, vigorava o brocardo *reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (à República interessa uma pluralidade de defensores de sua causa)[114].

Registre-se que, naquela época, o Digesto de Justiniano (D. 47.23.3) dispunha expressamente que, se uma determinada matéria já tivesse sido decidida em uma ação popular anterior, não poderia ser novamente apreciada em uma segunda ação, ainda que diferente o seu autor. Cuida-se talvez da primeira noção de coisa julgada em demandas coletivas[115].

A segunda fonte reside na prática judiciária anglo-saxã, sobretudo a partir do século XVII, com o *bill of peace*, que consistia numa autorização para o processamento coletivo de uma ação individual. Tal autorização era concedida "quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos"[116].

Para a maioria da doutrina, os antecedentes da moderna ação coletiva apontam diretamente para o *bill of peace*, de onde se ramificaram os processos coletivos. É possível, contudo, estabelecer um antecedente europeu ainda mais remoto. Edward Peters, em revisão crítica à obra *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, de Stephen Yeazell, cita o que seria o caso mais antigo de ação coletiva de que se tem notícia, datado do ano de 1179[117]. Cuida-se da reivindicação dos aldeões da vila de Rosny-sous-Bois em face de seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva, em Paris, objetivando o fim da sua condição de servos. Este curioso processo, fruto de detalhada análise por Marc Bloch[118], durou cerca de quarenta anos e envolveu três reis e cinco papas, tendo consumido todos os recursos financeiros de que dispunham os aldeões para pagar o seu procurador. Ao final de tantos anos, vários aldeões desistiram do processo, em virtude das pressões sofridas, optando por comprar a sua liberdade no ano de 1246.

Ressalte-se que o ser humano medieval estava ligado de maneira indissociável à comunidade a que pertencia, sendo fácil observar essa categoria como uma unidade homogênea, representada tacitamente por alguns de seus membros. Observa Mafra Leal que, nesse período, não havia "discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir *indivíduo* de *comunidade* como se concebe hoje"[119].

Ultrapassadas as duas fontes mais remotas do processo coletivo, é possível

atrelar o seu desenvolvimento a dois eventos históricos mais atuais: as *class actions* norte-americanas e a doutrina italiana.

Neste sentido, entende Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que três seriam os grandes marcos históricos do desenvolvimento do direito processual coletivo, que "podem ser considerados como fundamentais no cenário internacional: o surgimento das ações coletivas na Inglaterra, as *class actions* norte-americanas e a doutrina italiana"[120].

Embora a Inglaterra seja comumente apontada como o berço dos litígios coletivos, o direito contemporâneo tem como referência as *class actions* norte-americanas, tendo início a partir das regras de equidade, "dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos"[121]. Em 1938, surge no país a *Federal Rule* nº 23, objeto de reformas em 1966 e 1983, destinada especificamente a regular as *class actions*, que foram estendidas para todo o direito, e não apenas os processos calcados na equidade.

A respeito do modelo norte-americano, pontuam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que "a tendência mundial é a universalização do modelo das *class actions*, sem dúvida o mais bem sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law*."[122] Essa tendência é facilmente observada no projeto de Código de processo Civil para a Ibero-América e no Projeto Gidi.

Nos anos 70, o tema da tutela coletiva foi introduzido pela doutrina jurídica italiana no mundo da *civil law*, que passou a se preocupar mais com a conceituação e a defesa dos direitos difusos. A ampla pesquisa sobre sua tutela processual coletiva empenhou autores como Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros, culminando com os congressos realizados em Pavia e Salermo, respectivamente, em 1974 e 1975[123].

O VII Congresso Internacional de Direito Processual, ocorrido em 1983 em Würzburg, na Alemanha, também é um marco nos estudos sobre os interesses metaindividuais e a superação do modelo individualista tradicional.

Já em julho de 2000, reuniram-se em Genebra acadêmicos das mais diversas pares do mundo, com o objetivo de debater as experiências particulares envolvendo *class actions*, desastres de grande escala, *complex litigation*, direitos dos consumidores, *civil rights* e outros assuntos relacionados com a tutela coletiva. Certamente, este não será o último encontro sobre o tema.

4.2.2 Histórico no Brasil: o Microssistema Brasileiro de Processo Coletivo

Como ressalta Castro Mendes, “o desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas”[124], diplomas que previam a possibilidade de certas entidades ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais de terceiros.

A Constituição da República de 1934 dispôs, no seu art. 113, n. 38, “que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União dos Estados ou dos Municípios”[125]. Tratava-se da denominada “ação popular”, que fora suprimida pela Constituição de 1937, voltando a existir em 1946, mantendo-se até os dias atuais, regulada pela Lei 4.717/1965.

Em 1950, foi editada a Lei 1.134, estabelecendo às associações de classe sem caráter público de funcionários ou empregados de empresas industriais da União, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas a faculdade a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e o Poder Judiciário.

Igualmente, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 4.215/1963, estabelecia, no seu art. 1º, parágrafo único, o seguinte: “cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão”[126].

Os primeiros estudos publicados sobre o processo coletivo foram os de José Carlos Barbosa Moreira (*A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos* – 1977); Waldemar Mariz de Oliveira Junior (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos* – 1978) e Ada Pellegrini Grinover (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos* – 1979).

Tais autores, por meio de seus trabalhos acadêmicos, motivaram o debate que se instaurou no Brasil sobre a tutelabilidade judicial dos interesses supra-individuais, estando centrado, principalmente, no problema da titularidade da ação[127].

Diante te tal questão, foram apresentadas propostas concretas capazes de superar os esquemas rígidos da legitimação para agir, fixados pelo Código de Processo Civil. Igualmente, passou a ser difundida a idéia de que a indivisibilidade do objeto dos interesses difusos permitiria o acesso à Justiça,

sobretudo por parte do membro do grupo[128].

No ano de 1982, foi realizado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o primeiro seminário sobre a tutela dos interesses difusos, coordenado pela Profª. Ada Pellegrini Grinover.

Ao final do evento, o desembargador Weiss de Andrade propôs, em nome da Associação Paulista de Magistrados, que os juristas ali reunidos formassem um grupo de estudos, para a criação de um anteprojeto de lei relativo à matéria. Com efeito, este grupo foi criado, sendo formado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, culminando num anteprojeto objeto de discussão em vários congressos e seminários jurídicos, ao longo do ano seguinte.

Ato contínuo, no início de 1984, o aludido Projeto foi levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach, do PMDB paulista, acompanhado de uma justificativa assinada pelos próprios autores do anteprojeto. No âmbito do Poder Legislativo, formou-se, então, o Projeto de Lei n. 3.034/84.

Ressalta Ada Pellegrini Grinover que, paralelamente ao trabalho dos juristas supracitados, alguns membros do Ministério Público de São Paulo também discutiam o assunto. Assim, no XI Seminário Jurídico dos Grupos do Ministério Público de Estado de São Paulo, realizado em 1983, foi aprovada uma proposta da autoria de A. M. de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior, objetivando a concretização de um projeto de lei sobre a ação civil pública[129].

No ano de 1984, o projeto elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo foi encaminhado pelo seu Procurador Geral da Justiça, Paulo Salvador Frontini, ao Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, Luiz Antonio Fleury Filho, para encaminhamento ao Congresso Nacional. A partir daí, foi editada a Lei n. 7.347/85.

A respeito da aprovação deste projeto, informa Ada Pellegrini Grinover que, em razão da relação do MP com o Executivo, à época, Fleury Filho encaminhou o projeto ao Ministro da Justiça do Governo Figueiredo, Ibrahim Abi-Ackel que, após alguns estudos, enviou o projeto ao Congresso Nacional, com mensagem do Executivo. Assim, o projeto do Executivo, apesar de ter chegado ao Congresso depois, teve desenvolvimento mais célere do que o do Deputado Flávio Bierrenbach, o que resultou na sua aprovação em meados de 1985, transformando-se na Lei n. 7347/85. A lei foi sancionada em julho pelo Presidente Sarney, sendo que o veto presidencial recaiu sobre a proteção de “qualquer outro interesse difuso”, contida no projeto do MP. A lei aprovada

manteve 90% do anteprojeto elaborado pelo grupo de trabalho da APAMAGIS[130].

O início do microssistema brasileiro de processo coletivo ocorreu desta forma, por meio da Lei n. 7347/85, que veio a ser complementada pelo Código de Defesa do Consumidor[131].

No contexto atual, destacam-se os projetos de Código Processual Coletivo existentes, sobretudo o Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (Projeto Antônio Gidi)[132], o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual)[133], o Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual[134] e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado pelo Prof. Castro Mendes[135].

Tais projetos revelam a preocupação nacional com a necessidade de codificação do processo coletivo, conferindo-lhe tratamento mais organizado, objetivo e eficiente, através da superação de algumas normas atualmente existentes, que dificultam uma atuação coletiva adequada.

4.3 FUNDAMENTOS DA TUTELA COLETIVA: ASPIRAÇÕES JURÍDICAS, SOCIAIS, ECONÔMICAS E POLÍTICAS

De uma maneira geral – e sob o ponto de vista político e sociológico -, duas são as justificativas que a doutrina aponta para as ações coletivas: o princípio da economia processual e o movimento de acesso à justiça[136].

Sob o ponto de vista das motivações políticas, ganham relevo a redução dos custos na prestação da atividade jurisdicional, a uniformização, harmonização e celeridade dos julgamentos, evitando-se decisões contraditórias. Disso decorre, inevitavelmente, uma maior credibilidade do Judiciário, que imprime maior segurança jurídica e efetividade na sua atividade-fim[137].

Sob o aspecto sociológico, por sua vez, o processo coletivo tem sido associado a uma resposta ao aumento desenfreado das demandas de massa, típicas de uma sociedade cada vez mais industrializada, urbanizada e consumidora, sob fenômeno da globalização contemporânea.

Não se pode negar o papel do atual paradigma neoconstitucionalista, que, apontando para a constitucionalização e criação de novos direitos - e, sobretudo, para uma maior efetividade dos direitos fundamentais -, passou a exigir um aparato instrumental diferenciado daquele tradicionalmente empregado para as demandas individuais.

Veja-se que, se não fossem as necessidades sociais, o processo coletivo representaria, fatalmente, uma indevida intromissão no direito de ação individual.

É preciso registrar, contudo, o posicionamento crítico de alguns autores, para os quais, embora os argumentos do acesso à Justiça e do princípio da economia processual fundamentem a ação coletiva sob o ponto de vista sociológico e político, eles não fundamentam adequadamente a estrutura jurídico-processual das ações coletivas, deixando de abordar juridicamente o modelo da representação (*quem* e *como* se podem representar os interesses alheios em nome próprio), bem como o mecanismo de extensão da coisa julgada a terceiros[138].

No particular, não concordamos integralmente com esse posicionamento, embora reconheçamos que a origem remota das ações coletivas aponta para um contexto histórico muito diferente das sociedades de massa, evidenciando o equívoco da vinculação unidirecional e exclusiva entre processo coletivo e este fenômeno contemporâneo.

É que, ao que parece, os fundamentos da tutela coletiva podem servir como norte para a interpretação de normas e resolução de problemas relacionados ao controle da legitimidade coletiva ativa. A propósito, merece destaque o parecer da lavra de Ada Pellegrini Grinover na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3943, ajuizada pelo CONAMP, órgão de classe dos membros do Ministério Público, questionando a constitucionalidade da previsão da legitimidade processual da Defensoria Pública no processo coletivo.

O presente tema, ao que parece, merece uma abordagem à luz do acesso à justiça, como registrou a citada jurista, para quem, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, é possível interpretar os conceitos indeterminados da Constituição em conformidade à idéia generosa do amplo acesso à justiça. Assim, conclui-se que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[139].

Como já salientado, o movimento de acesso à justiça consiste numa argumentação, de natureza sociológica, que fundamenta o processo coletivo, reconhecendo a necessidade de desenvolvimento de instrumentos adequados à resolução de conflitos de dimensão coletiva. A origem do problema do acesso à justiça repousa na necessidade de integração das liberdades clássicas com os

direitos sociais, de modo que o direito de acesso à jurisdição não se torne indiferente aos obstáculos sociais que inviabilizam o seu exercício efetivo[140].

A relação entre a dimensão coletiva dos conflitos e o acesso à Justiça pode ser analisada através de três enfoques distintos, cada um deles relativo a uma situação de carência de tutela adequada.

Com efeito, num primeiro enfoque, os conflitos coletivos podem ser relacionados com o surgimento de direitos atribuídos a uma massa indeterminada de indivíduos que não possuem representação formal. A título exemplificativo desses novos direitos, de caráter constitucional, é possível citar o direito à conservação ambiental, ao patrimônio cultural etc. Inexistindo uma titularidade específica para bens como o meio ambiente e o patrimônio cultural, estes certamente ficarão sem tutela adequada. Trata-se dos chamados direitos difusos marcados pela indivisibilidade.

Num segundo enfoque, encontram-se os casos em que o direito veiculado é o tradicional direito patrimonial, mas cuja tutela individual não é exercida, pelos mais diversos motivos, tais como: falta de consciência da população sobre a existência e do direito e seu mecanismo de tutela (hipossuficiência cultural); inviabilidade econômica ou pouca recompensa na tutela do direito, seja em razão dos custos psicológicos, seja em razão dos custos financeiros; falta de recursos para custear a assistência jurídica (hipossuficiência econômica); configuração do processo, que exige demasiado do autor, a exemplo da produção de provas difíceis, sob o ponto de vista técnico (hipossuficiência técnica) etc.[141]. Nesses casos, os direitos envolvidos possuem natureza individual, mas recebem tratamento coletivo, para que se possa possibilitar o acesso à Justiça. Trata-se dos direitos individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos, caracterizados pela divisibilidade e a existência de titulares determinados.

Por fim, sob um terceiro enfoque estão os casos em que a tutela individual não é recomendável, do ponto de vista do sistema. Em tais situações, a tutela do direito não é economicamente inviável, mas a tutela coletiva se releva recomendável, em razão da molecularização dos conflitos. Não há, aqui, uma preocupação direta com o jurisdicionado, mas sim com o sistema, que deve potencializar a solução dos conflitos. A título exemplificativo, é possível citar as causas envolvendo expurgos inflacionários, bastante repetidas em todo o país.

4.4 TUTELA COLETIVA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

4.4.1 A Tutela Judicial dos Direitos Sociais no Pensamento Jurídico

Brasileiro Contemporâneo

O estudo da eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional consiste em um dos temas mais pujantes da área jurídica, suscitando controvérsias no campo do direito constitucional.

Nesse sentido, ressalta Daniel Sarmento o notável avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década, tornando-se frequentes decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados, relacionadas a direitos sociais positivados na Constituição[142]. Até pouco tempo atrás, prevalecia uma interpretação centralizada na separação de poderes, que concebia as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais como meras promessas, destituídas de qualquer tipo de eficácia positiva, não gerando, consequentemente, situações jurídicas favoráveis às pessoas (individual ou coletivamente consideradas).

Não se pode negar, contudo, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais demanda elevados custos. Diante da escassez existente, certamente não é possível a realização de todos os direitos sociais em seu grau máximo[143], algo que só poderia ser concebido num imaginário utópico.

Assim sendo, como será abordado em itens posteriores, parece mais adequada a solução de controvérsias envolvendo direitos sociais através do processo coletivo, numa dimensão macro da justiça. É que a solução de demandas individuais (que são cada vez mais numerosas) pode gerar um efeito reverso: a realocação injusta de recursos, comprometendo as políticas públicas desenvolvidas para toda a coletividade.

Os questionamentos de Gustavo Amaral sintetizam as dificuldades existentes, destacando-se: “se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados [...] ?”[144].

Nas demandas de saúde, por exemplo, são inúmeros os registros de decisões que comprometem uma imensa parcela do orçamento dos Estados com caros medicamentos ou tratamentos às vezes experimentais, privilegiando uma única pessoa, muitas vezes em detrimento dos demais destinatários deste direito social. Tendo em vista que a “clientela” do Judiciário envolve, em maioria, pessoas com recursos para custear um advogado, os maiores prejudicados são justamente aqueles mais necessitados.

Confirmando lamentável constatação, na terceira edição do Diagnóstico da

Defensoria Pública, estudo elaborado pelo Ministério da Justiça, registrou-se que, em regra, os serviços da Defensoria são menos abrangentes nas unidades da Federação com os piores indicadores de IDH[145].

Merecem destaque as considerações de Daniel Sarmento, para quem cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, retira recursos destinados ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Assim, cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. A este panorama deve ser acrescida a constatação de que o acesso à justiça no Brasil ainda está longe de ser igualitário, o que resulta num delicado paradoxo: quando pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração de riqueza[146].

Também é comum o questionamento sobre a legitimidade democrática do Judiciário para interferir nas escolhas realizadas pelo Legislativo e o Executivo, tendo em vista tais poderes são integrados por membros eleitos através do voto da população, para traçar e concretizar as políticas públicas.

São basicamente três os principais argumentos que justificam a atuação do Judiciário no sentido de concretizar os direitos sociais, afastando-se as objeções constantemente levantadas.

O primeiro deles diz respeito ao déficit democrático das instituições políticas, em razão da "quebra da confiança" depositada pelos representados sobre os seus representantes. Como já ressaltou o Min. Celso de Mello, no julgamento do RE 271286, não é possível que qualquer direito fundamental seja concebido como "promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever"[147].

São constantes os gestos irresponsáveis de infidelidade governamental. Assim, faltando confiança em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, legitima-se para agir o Poder Judiciário.

A legitimidade democrática do Judiciário também pode ser justificada à luz de um outro argumento. É que a democracia em si mesma não se resume à participação popular através do voto, pressupondo também a concretização de direitos básicos por todos os cidadãos[148]. Assim, quando o Poder Judiciário é chamado a garantir tais direitos em face das omissões existentes, o faz com amplo respaldo democrático.

Finalmente, justifica-se a atuação do Judiciário na natureza normativa da Constituição, que prescreve ser atribuição deste Poder aplicar as normas jurídicas em situações de litígio, ainda que isso resulte num controle sobre o próprio poder estatal (princípio da inafastabilidade da jurisdição). Ora, sendo a Constituição uma norma – conforme preconizado pelo paradigma neoconstitucionalista – seria contraditório conceber um caráter antidemocrático na atuação de um órgão que busca a sua concretização.

Indubitavelmente, o argumento da impossibilidade de proteção judicial dos direitos sociais (como o direito à saúde) é algo inadmissível, um retrocesso que não pode ser cogitado, dada a força normativa que têm os direitos prestacionais e a sua essencialidade. Ocorre que uma atuação desenfreada, com vistas apenas na chamada "microjustiça", fatalmente comprometerá a fruição de tais direitos pelas pessoas mais necessitadas, sendo necessário o estabelecimento de critérios racionais para uma intervenção responsável.

Tais critérios apontam para a solução de controvérsias através do processo coletivo, sobrelevando-se o papel da Defensoria Pública, um dos agentes responsáveis pela universalização do acesso à prestação exigida, em defesa das pessoas necessitadas sob os mais variados aspectos.

4.4.2 Macrojustiça e Microjustiça nas Demandas Envolvendo Direitos Sociais: o Modelo Teórico dos Custos do Direito e a Importância do Processo Coletivo

A análise das omissões do Poder Público na concretização dos direitos sociais pode ser realizada sob duas concepções.

A primeira delas, denominada objetivista ou substancialista, parte do pressuposto da existência de direitos absolutos, interpretando-se literalmente a previsão constitucional de que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (CRFB/88, art. 5º, §1º). Assim, os custos de tais direitos consistiriam em verdadeiras externalidades, não integrando o seu conteúdo.

A segunda concepção, denominada subjetivista ou relativista, toma emprestado das ciências econômicas a ideia de que os recursos são limitados, enquanto as necessidades não têm fim. Consequentemente, a efetividade dos direitos fundamentais é concebida como um princípio, ou seja, um mandamento de otimização, de modo que sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[149].

Embora existam variáveis dentro das teorias supracitadas – umas mais, outras menos radicais – é possível perceber que, comumente, as decisões proferidas em demandas individuais adotam uma postura substancialista, utópica, que deixa de lado os custos dos direitos.

No presente trabalho, adota-se a concepção relativista da teoria os custos do direito, que reconhece obstáculos fáticos e jurídicos à satisfação de direitos sociais. Seguindo-se essa via, torna-se incogitável, por exemplo, a defesa de um direito "absoluto" à saúde ou a determinado tratamento médico, sem que se fundamente o critério de opção na colisão com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, através da adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos[150]. A premissa maior é a de que, por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira[151].

Tal posição deriva de uma outra, mais abrangente, que se preocupa com a análise econômica na Ciência do Direito, sem que isso se resuma a uma postura utilitarista extremada, descomprometida com valores éticos e morais. A superioridade de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks, por exemplo, são antigos princípios que certamente podem ser levados em consideração na alocação de recursos para concretização de políticas públicas. Para o primeiro, uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém. O segundo, por sua vez, em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração a alocação de recursos estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar a perda dos prejudicados[152].

E relação entre direito e economia não é nova, desenvolvendo-se fortemente nos Estados Unidos da América, com destaque para a escola da *Law and Economics*, cujo marco é o ano de 1958, quando foi criada a publicação *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago. Infelizmente, é uma forma de conceber o Direito ainda pouco desconsiderada na tradição jurídica brasileira.

Indubitavelmente, como ressalta Cento Veljanovsky, numa sociedade de recursos escassos, as normas legais são necessárias não apenas para uma solução justa, mas também para evitar o desperdício[153].

Para Flavio Galdino, uma das decorrências do reconhecimento dos custos dos direitos é a tentativa de reconstrução pragmática da noção de direito subjetivo, para torná-lo operacional na vida real[154].

Pergunta-se: qual o ambiente mais adequado para que se possam discutir

tais assuntos diante de um caso concreto, em que se alega uma posição jurídica digna de proteção? No âmbito do processo coletivo. Lá, torna-se praticamente impossível escapar da análise da escassez dos recursos e das limitações jurídicas à concretização dos direitos sociais.

É certo que os direitos sociais podem ser judicialmente tutelados por meio demandas individuais ou coletivas. É o caso, v. g., do direito à saúde: é possível que uma pessoa específica se valha de um processo individual objetivando o acesso a determinado tratamento ou medicamento. Também é possível que esse mesmo tratamento ou medicamento seja exigido para um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas, substituídas na relação processual por um legitimado coletivo.

Ocorre que, de uma maneira geral, os precedentes judiciais revelam ser muito mais fácil obter a prestação desejada em uma ação individual, quando comparada às ações coletivas. Mantendo-se o exemplo das demandas relacionadas com a saúde pública, é quase que irrecusável uma medida liminar pleiteada por alguém que se encontra no leito de morte e necessita de determinado tratamento, ainda que não sejam tão verossímeis as alegações. De fato, em situações assim, a pujança da situação de perigo, aliada ao sentimento de pena dos julgadores, ofusca qualquer argumento contrário à satisfação do direito vindicado.

O que não se diz – nem se procura saber – é a distorção que muitas vezes ocorre por trás de tal sistema piedoso, em detrimento não só da racionalidade do sistema (que, para além dos sentimentalismos, precisa ser autossustentável), mas também das pessoas necessitadas.

Comenta Daniel Sarmento, com base nas conclusões da pesquisa estatística coordenada pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva, que, apesar de todos os avanços reconhecidos no campo do acesso à justiça, o principal “usuário” do Poder Judiciário brasileiro, nas questões relacionadas com direitos sociais, continua sendo a classe média[155]. Os milhares de necessitados que compõem a nação brasileira têm uma participação muito menor, seja pela absoluta insuficiência de Defensores Públicos no país, seja pela própria ausência de conhecimento sobre seus direitos.

Assim sendo, partindo-se do pressuposto de que, em situações de escassez, as decisões alocativas de recursos são também desalocativas, a via das ações individuais gera uma inevitável drenagem dos recursos que seriam destinados às políticas públicas, transferindo-os para a classe média. Tal sistema perverso aprofunda ainda mais as desigualdades sociais no Brasil.

É fácil perceber, portanto, não ser adequada a adoção de um modelo de atuação do Poder Judiciário centrado na microjustiça, ou seja, na resolução de conflitos individuais. Não se quer dizer, com isso, que as demandas individuais sejam sempre inviáveis. Ao revés, é plenamente possível a concretização de direitos prestacionais pela via individual, sobretudo quando identificadas crises de ineficiência, desde que utilizados critérios econômicos e isonômicos. Se os recursos fossem infinitos - como querem crer os adeptos da corrente utópica, imbuídos em uma evidente ingenuidade positivista – não haveria problema algum.

Os perigos relacionados com o vasto número de demandas individuais residem basicamente em lesões à isonomia e no esgotamento dos recursos existentes. A solução está na adoção de uma concepção macrojudicial, que conduz o Judiciário a raciocinar em cima da razoabilidade da universalização do bem da vida objeto do pedido.

No âmbito do processo coletivo, devem ser analisados necessariamente os impactos da decisão final sobre toda uma coletividade, muitas vezes indeterminável. Pela via da microjustiça, por outro lado, sequer se cogita do peso das decisões e do potencial de universalização, já que, para todos efeitos, sempre “cabe mais um” no orçamento.

Tome-se como exemplo, mais uma vez, um determinado medicamento ou tratamento médico requerido pela via de uma ação individual, por alguém se encontra em grave situação de saúde. O deferimento de uma medida liminar, embora possa salvaguardar a vida desta pessoa, é igualmente idôneo à cessação da vida de uma outra, que se encontrava na fila de espera da referida prestação e não possui recursos suficientes para obtê-lo.

O tratamento coletivo é certamente preferível, por fornecer critérios claros e abstratos para a correção das políticas públicas, adequando-as à Constituição Federal[156].

Demais disso, à luz do princípio do ativismo judicial, aplicado às ações coletivas, é possível extrair o *defining function* do órgão julgador, imprimindo-lhe uma maior participação em tais demandas[157], flexibilizando-se a técnica processual na interpretação do pedido, de modo a proporcionar uma tutela mais efetiva ao bem jurídico a ser protegido.

O projeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, atento a essa peculiaridade do processo coletivo, prevê expressamente em seu art. 10 que “Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente”. Do mesmo modo, o projeto de Código Brasileiro de Processo

Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, prevê, em seu art. 5º, que “nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido”[158].

4.5 MODELOS DE TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

O tratamento jurídico conferido ao processo coletivo, por óbvio, não é uniforme nos sistemas jurídicos estrangeiros. Os requisitos de admissibilidade, o regime da coisa julgada, os sistemas de execução, dentre outros aspectos, não encontram um regime uniforme nos principais países onde o processo coletivo se desenvolveu com maior força.

Apesar disso, faz-se necessária uma análise prévia das principais características dos principais modelos existentes, sobretudo em razão da influência dos sistemas estrangeiros sobre o brasileiro.

Tal estudo certamente será capaz de fornecer as razões lógicas e axiológicas do requisito processual da legitimação coletiva.

4.5.1 Modelo das *Verbandsklagen* (Tradicional da Europa-Continental)

Na Alemanha, a defesa judicial dos direitos coletivos é promovida através das *Verbandsklagen*, que consistem nas ações associativas. Tais ações encontram previsão em diversos estatutos legais, apresentando diversas características comuns.

A primeira grande característica do ordenamento germânico reside na ausência de previsão específica da legitimação coletiva dos órgãos estatais. Mesmo o Ministério Público concentra sua atuação no exercício da ação penal e na função de fiscal da lei.

Ao que parece, esta característica consiste em um claro reflexo da cultura do associativismo do povo alemão (*Gruppierung*)[159], estando a legitimação coletiva das associações prevista expressamente em diplomas como a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Lei contra a Concorrência Desleal, de 1909), na *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts - und anderen Verstößen - Unterlassungsklagengesetz – UklaG* (Lei sobre Ações Inibitórias em Matéria de Direito do Consumidor e outras Infrações), no *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Lei contra as Limitações da Concorrência ou Lei dos Cartéis, de 1998) e, no âmbito trabalhista, na *Arbeitsgerichtsgesetz* (Lei

Orgânica da Justiça do Trabalho, de 1953).[160]

As ações associativas se destacam sobretudo no campo da luta contra a concorrência desleal e na defesa dos consumidores, esta a partir das reformas realizadas na década de 1960.

Este modelo em muito se assemelha com o modelo comunitário proposto e aprovado pelo Conselho Europeu, que objetiva a ampliação da legitimação para que associações sediadas em outros países da Comunidade Europeia possam litigar perante órgãos judiciários de todos os membros.

A segunda grande característica da ação associativa alemã reside no fato desta ser inservível para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos. Por mais estranho que possa parecer, não existe qualquer instrumento processual que sirva ao ajuizamento de ações objetivando obrigações de pagar na Alemanha, o que tem sido algo de críticas doutrinárias crescentes. O enfoque do modelo da *Verbandsklage* tem sido, cada vez mais, o das ações inibitórias, de caráter preventivo, e não pretensões indenizatórias.

Tal fato pode causar espanto aos doutrinadores brasileiros, tendo em vista o grau de desenvolvimento processo coletivo no Brasil, sobretudo no que se refere às ações voltadas à defesa de direitos individuais homogêneos.

Trata-se, contudo, mais uma vez, de um reflexo da cultura do povo alemão. Ao que parece – embora se desconheçam estudos específicos sobre o tema -, não existe, na Alemanha, uma demanda forte o suficiente para o desenvolvimento deste campo do processo coletivo. Em outras palavras, o grau de eficácia social das normas jurídicas, naquele país, é suficiente para tornar desnecessário, ao mesmo até então, o aprimoramento de mecanismos de processo coletivo voltados à persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos.

4.5.2 Modelo das *Class Actions* (Norte-Americano)

Como ressalta André Vasconcelos Roque, o estudo das *class actions* permite o retorno às verdadeiras origens da tutela coletiva brasileira[161]. De fato, é inegável a influência do modelo norte-americano no desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

Embora parte da doutrina faça referência às *actiones popularis* romanas como a origem remota das *class actions*, outros autores sustentam que somente a partir da experiência inglesa teria havido uma preocupação teórica em se justificar a ação coletiva e a sua estrutura.

Os primeiros registros de ações coletivas nos Estados Unidos remontam ao século XIV, sob forte influência do sistema inglês. Posteriormente, no século XIX, surgiram os primeiros precedentes a despertar o interesse dos juristas americanos sobre o processo coletivo. Destaca-se, a respeito, o caso *Beatty v. Kurtz*, 1829, julgado pela Suprema Corte, bem como os escritos de Joseph Story, juiz daquele tribunal. Neste precedente, foi admitida a ação ajuizada por um grupo de luteranos, representados por Daniel Kurtz e outros, contra um herdeiro que os estaria ameaçando de lhes retirar a posse do local onde faziam suas orações, bem como do cemitério. Diante da escolha voluntária dos representantes pelo grupo, não houve maiores dificuldades, sob o aspecto processual[162].

Poucos anos depois, em 1942, a Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a influência do juiz Joseph Story, aprovou uma série de regras processuais para as ações fundadas na *equity law*, destacando-se a *Equity Rule 48*, primeira norma escrita a regular as *class actions*.

A *Equity Rule 48* veio a ser substituída pela *Equity Rule* 38, após ampla revisão promovida em 1912. Posteriormente, no ano de 1938, foram aprovadas as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), unificando os sistemas da *common law* e da *equity* law nos Estados Unidos. Este diploma substituiu as antigas *Equity Rules* de 1842 e 1912, de modo que as *class actions* atualmente se encontram previstas na Regra 23, com suas reformas posteriores.

Uma das principais características do modelo das *class actions* consiste na atribuição da legitimação coletiva a qualquer membro integrante da classe atingida, podendo haver litisconsórcio com demais membros também integrantes da comunidade lesada. Em outras palavras, é possível o ajuizamento de ações coletivas por pessoas físicas, situação que não é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, com exceção da ação popular, que se restringe a situações específicas.

Apesar da ampla legitimação no modelo das *class actions*, tal permissão é acompanhada de uma série de exigências, de modo que o pretenso autor comprove que tem condições de bem representar os demais membros da coletividade que não figuram no processo[163]. Trata-se do chamado requisito da representatividade adequada (*adequacy of representation*), expressamente previsto na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedures*.

O juízo a respeito da legitimidade coletiva é extremamente importante no direito norte-americano, sobretudo por conta dos efeitos da coisa julgada, que não seguem a regra do transporte *in utilibus* consagrada no ordenamento

brasileiro. Em outras palavras, julgada procedente ou improcedente o pedido deduzido na *class action*, a coisa julgada afetará individualmente todos os membros da classe. Logo, permitir-se a atuação de um legitimado "inadequado" esbarra no princípio do *due processo of law*, em razão dos severos prejuízos que podem ser causados à classe. Essa é a razão de ser da manutenção de um rigoroso controle de admissibilidade.

Embora a legislação americana não conceitue precisamente o que é uma *class action*, é possível compreendê-la como "a ação ajuizada por um ou mais representantes em favor de toda uma classe (coletividade)"[164]. Desta forma, seus pressupostos de existência são dois: a classe e o representante.

A "classe" define os contornos subjetivos da ação, sendo composta pelas pessoas interessadas na causa. O direito norte-americano não outorga personalidade jurídica à "classe", que figura como entidade litigante temporária, mediante reconhecimento por uma decisão judicial.

A delimitação da classe, nos casos concretos, tem a função principal de definir o grupo que ficará sujeito aos efeitos da coisa julgada. É importante ressaltar que, nos Estados Unidos, os limites subjetivos da coisa julgada não dependem da natureza jurídica do direito envolvido. Assim, a divisão que a doutrina brasileira faz entre os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos não é seguida pelo direito norte-americano.

Embora não se exija do autor da *class action* que identifique individualmente cada membro do grupo lesado, é necessário que a classe seja definida em termos claros e precisos, de modo que seus membros possam ser conhecidos através de critérios objetivos (*v.g.*, empregados de determinada empresa)[165].

Por óbvio, isso não impede que sejam acrescidos novos membros à classe, algo bastante recorrente nas *mass torts class actions* (ações de responsabilidade civil por danos massivos). Tal situação ocorre com frequência nas ações envolvendo o emprego de produtos tóxicos no ambiente de trabalho, a exemplo do amianto, cujos efeitos deletérios somente se manifestam após muitos anos.

O segundo pressuposto da *class action* é a presença de um representante, que deve ter um vínculo com os integrantes da classe. Como ressalta André Vasconcelos Roque, os membros representados da classe, denominados "membros ausentes", não participam diretamente do processo, não contratando os advogados que protegem seus interesses. Apesar disso, como sobredito, estarão vinculados aos efeitos da decisão judicial. Assim, de modo a evitar que esta vinculação represente violação ao devido processo legal, é indispensável o

preenchimento dos requisitos de admissibilidade, em especial a representação adequada[166].

Via de regra, o representante é também integrante da classe envolvida. É possível também que as associações e os entes públicos promovam ações coletivas. O primeiro caso (*class actions* promovidas por associações) é bastante comum; o segundo (ações promovidas por entes estatais), não muito, sobretudo por conta da eficiência dos institutos disponíveis aos particulares.

Em regra, para que um ente estatal, como o Ministério Público, proponha uma *class action*, é necessário que seja também membro da classe definida, recebendo o mesmo tratamento conferido aos litigantes privados. Assim, apenas em alguns casos, o direito norte-americano permite que entes estatais promovam ações coletivas na defesa do interesse público de seus cidadãos. Tais ações, entretanto, não consistem verdadeiramente em *class actions*, uma vez que não fazem referência a qualquer classe na petição inicial, não sendo exigidos os requisitos da Regra 23.[167]

Derradeiramente, vale ressaltar que não existe correspondentes, na Teoria da Processo norte-americana, das condições da ação do direito brasileiro. A análise da legitimação coletiva, nas *class actions*, é algo realizado em conjunto com o interesse de agir, não havendo qualquer instituto semelhante ao da possibilidade jurídica do pedido.

4.5.3 O Código Modelo de Processos Coletivos

O Código Modelo de Processos Coletivos, proposto pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual consiste em uma referência para os seus países, muitos ainda sem um sistema adequado de tutela dos direitos coletivos.

A ideia de sua elaboração surgiu no VII Seminário Internacional, organizado pela *Universitá degli Studi di Roma*, realizado em Roma no ano de 2002. A sua primeira versão foi apresentada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, nas *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, em Montevidéu.[168]

A sua aprovação veio a ocorrer em 2004, nas *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, realizadas em Caracas.

A iniciativa de elaboração do referido Código surgiu em razão das lacunas existentes nos sistemas jurídicos dos países ibero-americanos, que possuem regras muito esparsas a respeito da tutela coletiva. Apesar da intensificação dos conflitos de massa, a partir do final do século XX, muitos países do referido

bloco ainda apresentam um sistema de processo coletivo deficiente.

Cuida-se, portanto, de uma iniciativa que busca provocar um "repensar no sentido do redimensionamento das relações entre Estado, cidadãos e Poder Judiciário, conduzindo a uma possível transformação política e social"[169].

A razão de ser de um código de processos coletivos repousa na preocupação com a socialização do princípio do devido processo legal, garantia que merece ser ampliada, em promoção ao acesso à justiça.

Três dispositivos merecem destaque no referido diploma. A primeira reside no seu art. 1º, que permite o exercício da ação coletiva em defesa dos direitos difusos ou individuais homogêneos. Optou-se por seguir o exemplo da legislação brasileira, definindo-se as espécies de interesses ou direitos objeto de uma ação coletiva. A propósito, registre-se a superação do conceito dos direitos "coletivos em sentido estrito", que foram incorporados pelo conceito de direitos difusos.

A crítica que se faz reside justamente no risco que deriva da conceituação expressa dos direitos ou interesses, que pode resultar na geração de um conceitualismo exacerbado, criando barreiras ao processamento de uma ação coletiva[170].

O segundo dispositivo a merecer destaque consiste no art. 2º do Código Modelo, que elenca, em seu inciso I, a "adequada representatividade do legitimado" como requisito da demanda coletiva. O seu parágrafo segundo elenca os requisitos para que a adequação seja judicialmente aferida: credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado, seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses dos membros do grupo, sua conduta em outros processos, a coincidência de interesses e o tempo de instituição da associação.

Ausente um dos requisitos, a ação coletiva não pode ser admitida. Tais requisitos estão diretamente relacionados à idoneidade técnica, financeira, política e social do representante do grupo.

O referido dispositivo também não está salvo de críticas. É que, apesar de reproduzir as exigências bem-sucedidas do direito norte-americano, esquece que o rigoroso controle de admissibilidade nas *class actions* se justifica sobretudo em razão do regime da eficácia subjetiva da coisa julgada, que atinge individualmente todos os membros do grupo em qualquer caso. No Código Modelo, assim como no Brasil, existe a previsão do *transporte in utilibus* da eficácia da decisão, que não gera qualquer prejuízo às demandas individuais dos membros do grupo.

Assim sendo, o acentuado rigor nos requisitos de admissibilidade pode

conduzir a uma restrição desnecessária do acesso à justiça.

Finalmente, o terceiro dispositivo a merecer atenção no presente trabalho consiste no art. 3º do Código Modelo, que elenca os legitimados coletivos, prevendo, em seu inciso III, “o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública”. Optou-se pelo caminho da legitimação ativa concorrente, disjuntiva e autônoma, como ocorre no direito brasileiro, permitindo-se a promoção da ação por um ou vários legitimados, independentemente de autorização do grupo.

Assim, a legitimação da Defensoria Pública encontra previsão expressa no Código Modelo, o que representa o reconhecimento da instituição, nos países ibero-americanos, como um importante instrumento de acesso à justiça. Sua atuação no plano coletivo é um relevante instrumento voltado à implementação das políticas públicas imprescindíveis para a preservação da dignidade da pessoa humana.

4.6 A LEGITIMAÇÃO COLETIVA

4.6.1 A Legitimação (ou Legitimidade) como Conceito Lógico-Jurídico

Como sobredito, um conceito lógico-jurídico é aquele de natureza fundamental, oriundo da Filosofia do Direito, que tem por objetivo auxiliar a compreensão do direito independentemente do tempo e do local que se tome por referência.

Assim, diversamente dos conceitos jurídico-positivos, que decorrem de construção legislativa, os lógico-jurídicos têm pretensão de validez universal, consistindo em conceitos formais, lógicos.

Duas são as funções básicas que tais conceitos têm: a primeira consiste em auxiliar os juristas na interpretação e aplicação das normas jurídicas; a segunda, em servir de base à construção dos conceitos jurídico-positivos, a cargo do legislador.

Ora, a legitimidade é também um conceito lógico-jurídico, independentemente do tipo de processo a que se refira. Assim, o que se propõe a seguir é uma análise ampla do seu conceito, fazendo-se uma análise comparativa da experiência extraída do fenômeno jurídico em seus variados ambientes (legitimidade para uma ação individual, legitimidade nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, legitimidade nas ações de improbidade administrativa, legitimidade para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante etc.).

4.6.2 Teorias Explicativas

Tema pouco explorado é a discussão sobre a teorias explicativas da representação de grupos em juízo, algo que tem despertado interesse de autores como Mafra Leal, valendo-se das idéias de Stephen Yeazell.

Com efeito, a questão que se põe não se limita à justificação do modelo representativo escolhido pelo legislador, procurando alcançar as bases para que se possa aferir a legitimidade da representação dos grupos em juízo. Questiona-se: como se legitima a escolha do "porta-voz" do grupo cujo direito exige uma tutela adequada?

O grande problema aqui, como ressalta Mafra Legal, é que as ações coletivas, como visto, "não possuem uma uniformidade, sendo necessário, para a clara compreensão deste tipo de ação, remarcar a distinção entre a ACDI e a ACDD"[171].

Tratemos, então, as principais teorias existentes.

A primeira delas, denominada "Teoria da Corporação de Fato ou da Pessoa Jurídica *ad hoc*" sugere que todas as espécies de grupo que almejam o reconhecimento de um direito deveriam ou tentam assumir a forma de pessoa jurídica. Em outras palavras, neste modo, todos os membros do grupo informal devem formar uma corporação *ad hoc*, reconhecendo institucionalmente as classes sem representação jurídica para fins judiciais[172].

A segunda teoria, denominada "Teoria da Hipossuficiência", legitima a representação do grupo na sua impossibilidade de manifestar a vontade. Na realidade, este entendimento parte do pressuposto de que os membros do grupo são pessoas vulneráveis, para efeito de litigância sobre determinado direito material, como ocorre freqüentemente no âmbito dos direitos do consumidor. Essa teoria, contudo, não parece ser bem aplicável no âmbito dos direitos difusos, em que não há, em verdade, um problema de hipossuficiência, mas o de se encontrar alguém legitimado para a defesa do direito do grupo.

Pertinentes são as colocações de Mafra Leal, para quem a Teoria da Hipossuficiência é capaz de demonstrar uma debilidade social e/ou jurídica dos membros de uma classe (v.g. consumidores). Todavia, par ao autor, "este fato, por si só, não pode ser aceito como razão bastante para retirar a autonomia desses indivíduos em disporem de seus bens e em proporem ação quando lhes aprouver"[173].

A terceira teoria, denominada "Teoria do Consentimento" entende que a legítima representação dos direitos coletivos requer o consentimento dos

representados, não podendo o autor coletivo ajuizar a ação sem que antes os ouça. É o caso das *class actions for damages* do direito norte-americano, que objetivam a reparação de danos individualmente sofridos. Nestes casos, exige-se a notificação de cada membro do conjunto de vítimas, para o exercício facultativo do direito de retirada (*opt-out*[174]). Evitam-se, assim, possíveis conflitos de interesses do "representante" e com os membros do grupo, sob o ponto de vista da conveniência da ação judicial e também dos seus aspectos técnicos[175].

O grande problema dessa terceira teoria está na dificuldade de harmonizar a necessidade de consentimento dos membros – algo que respeita o devido processo legal e legitima a representação – com as necessidades de acesso à justiça, tendo em vista a manifesta inviabilidade da consulta aos membros do grupo, o que, em muitos casos, é impossível ou financeiramente caro.

Ressalta-se que, no atual modelo brasileiro, é dispensado o consentimento dos "representados".

A "Teoria do Interesse", quarta teoria, por seu turno, vincula a legitimidade da representação do autor coletivo à *identificação* do seu interesse com o interesse do grupo. Somente assim, poderiam os representados confiar na congruência de seus interesses com aqueles dos "representantes", havendo uma adequada representação. A transição da teoria do consentimento para a teoria do interesse tem sido apontada como uma justificativa teórica para a *class action* moderna[176].

A análise do interesse do "representante" é tema que, embora não seja explorado pela doutrina nacional, merece destaque, sobretudo no que concerne à possibilidade de celebração de termos ou compromissos de ajustamento de conduta, previstos no art. 5º, §6º da Lei n. 7.437/85 (LACP). Embora não venha sendo reconhecida a possibilidade de renúncia dos direitos envolvidos, admite-se, pela via do termo de ajustamento de conduta, negociação quanto à forma de cumprimento da obrigação, algo que interessa, e muito, aos representados.

Em muitos casos, falta de congruência ou a incompatibilidade entre os interesses da classe e do autor parece conduzir à ausência de uma "representação" adequada, o que é reconhecido no direito norte-americano[177].

Vale ressaltar que a "Teoria dos Interesses" também não está imune a críticas, sobretudo no que diz respeito às ações coletivas envolvendo direitos difusos, em que não se verifica algo objetivamente mensurável a identificar o interesse do grupo. Em tais casos, na verdade, o mais importante não parece ser a representação dos interesses do grupo, mas sim o cumprimento da lei[178].

A aludida teoria explica muito bem a legitimação nas ações coletivas para a defesa de interesses acidentalmente coletivos, quando o autor é membro da classe ou quando a representação é feita por associações, em cujos estatutos se observam seus interesses[179]. Esse modelo, contudo, parece ser insuficiente para explicar a legitimação nas ações coletivas em que o representado é uma comunidade sem qualquer traço de organização. Neste caso, é mais adequada a teoria seguinte.

A "Teoria Institucional ou Objetivista", mais apropriada para a legitimação do autor nas ações coletivas para a defesa de interesses naturalmente coletivos, leva em consideração o caráter público dos conflitos de massa, promovendo-se o acesso à justiça, principalmente por intermédio de entidades públicas. Em situações assim, caracterizadas pela indivisibilidade do direito e a existência de titulares indeterminados, a identidade do "representante" é algo que fica em segundo plano, tendo em vista que o litígio assume um aspecto objetivo.

Neste sentido, afirma Mafra Leal que a Teoria Objetivista se exime do ônus de justificar o título de representação do autor "e passa a conceber a ação coletiva como um processo objetivo [...] à semelhança das ações diretas de inconstitucionalidade brasileiras ou do contencioso administrativo europeu"[180].

É preciso atentar, neste ponto, à diferença entre a secundariedade da representatividade do autor coletivo em relação à classe e a representação adequada, esta sempre necessária. Com efeito, a representação adequada diz respeito às *qualidades do autor*, enquanto a representatividade está relacionada ao *consentimento ou identidade* e vinculação do autor aos interesses do grupo representado[181].

4.6.3 Natureza Jurídica

Um dos temas mais polêmicos – e, supostamente, mais inúteis – relacionados ao processo coletivo diz respeito à natureza jurídica da legitimação coletiva.

Conforme pontua Acelino Rodrigues de Carvalho, os entendimentos doutrinários podem ser reunidos em três grupos distintos. No primeiro deles, estão os autores que entendem não ser possível enquadrar tal legitimidade numa das espécies da clássica dicotomia ordinária extraordinária, classificando-a, com fundamento no direito alemão, como uma legitimação autônoma para a condução do processo. É o entendimento de Nelson Nery Junior. No segundo grupo, por sua vez, estão os autores que a consideram ordinária, uma vez que

aquele que comparece em juízo para postular a tutela de direitos difusos e coletivos o faz em nome próprio, em defesa de direito próprio. Ressalte-se que, antes mesmo da Lei da Ação Civil Pública e da Constituição da República de 1988, Kazuo Watanabe defendia uma interpretação mais progressista do art. 6º do CPC, de modo a ser admitida como ordinária a legitimação de associações para a defesa de interesses difusos. Derradeiramente, no terceiro grupo (majoritário), estão os autores que entendem que a legitimidade é extraordinária, ocorrendo o fenômeno da substituição processual. "Para esses autores, o ente legitimado que comparece em juízo para a defesa desses direitos defende, em nome próprio, interesse alheio"[182].

O aludido autor propõe, ao final, uma inversão nos conceitos existentes, tendo em vista que, como sustenta, as nomenclaturas não levam em consideração as transformações operadas no conteúdo. Conclui, então, que a legitimidade não pode ser considerada ordinária pelo simples fato de existir coincidência subjetiva entre o titular do direito e o de ação. Em realidade, aduz o autor, ela é ordinária porque esta coincidência é tida como a regra pelo sistema processual. Igualmente, a legitimidade não pode ser considerada extraordinária pelo simples fato de não haver essa coincidência subjetiva, e sim porque a não coincidência está prevista como exceção, ou seja, ocorre em caráter excepcional. Arremata que, com o novo paradigma, é equivocado confundir coincidência subjetiva com legitimidade ordinária e não coincidência com legitimidade extraordinária, bem como confundir esta última com substituição processual, eis que, no sistema das ações coletivas, a regra é exatamente a não coincidência. Deste modo, é possível concluir que a não coincidência subjetiva caracteriza a substituição processual, e que a substituição processual é a regra da legitimidade para agir nas ações coletivas e, por ser a regra, a legitimidade é ordinária[183].

O posicionamento proposto é bastante coerente, pois reconhece a incompatibilidade do art. 6º do CPC com o sistema das ações coletivas, embora se limite à mudança de nomenclatura, abraçando a corrente que, atualmente, defende a natureza de substituição processual ou legitimidade extraordinária.

De uma maneira geral, os defensores da legitimação *ordinária* partem do pressuposto de que as formações sociais são – elas mesmas – dotadas de interesse e poder de coercibilidade. Estão neste grupo Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover.

Com efeito, essa corrente não parece adequada, tendo em vista que os legitimados para agir não deduzem interesse próprio, sob pena inclusive de haver a necessidade de se perquirirem as finalidades estatutárias dos legitimados coletivos. Em realidade, a teoria surgiu em países como a Itália e a Alemanha

por motivos estranhos à realidade brasileira.

Nesse sentido, explicam Fredier Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que as doutrinas italiana e alemã foram desenvolvidas em bases diversas da legislação nacional. Com efeito, dispõe o art. 24 da Constituição Italiana, primeira parte: "Todos podem recorrer em juízo para *proteger os próprios direitos e interesses legítimos*". Observe-se que o texto não admite abertura à proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada, mas apenas "próprios". Assim, levando-se em consideração a necessidade de disposição expressa para a substituição processual (art. 81 do CPC italiano), "a solução mais plausível, naquele sistema, foi, portanto, construir a doutrina da legitimação ordinária, buscando, na finalidade associativa ou institucional, o elemento legitimador". O art. 19 da Constituição alemã segue a mesma linha[184].

Os autores também reputam incorreta a corrente da legitimação *autônoma*, seguida por Nelson Nery e Antonio Gidi, que desvincula a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo, concebendo uma legitimação "para a condução do processo". Isso porque, sob tal entendimento, afasta-se a atual aproximação entre o direito material e o processo, denominada instrumentalidade do processo[185], pela qual este "não é fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial"[186].

O sistema jurídico brasileiro parece ter adotado a tese da substituição processual exclusiva e autônoma. Isso porque, em realidade, os direitos metaindividuais não pertencem ao legitimado coletivo, mas sim a pessoas indeterminadas ligadas pelas circunstâncias de fato (direitos difusos, art. 81, parágrafo único, I, do CDC), aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis por uma relação jurídica base (direitos coletivos, art. 81, parágrafo único, II, do CDC) ou a pessoas ligadas por uma origem comum (direitos individuais homogêneos, art. 81, parágrafo único, III, do CDC).

Diz-se exclusiva a legitimidade porque os próprios titulares individuais não podem tutelar diretamente os seus direitos subjetivos. Da mesma forma, diz-se autônoma, pois o legitimado extraordinário fica autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso[187].

O art. 1º da Lei 8.884/1994, que trata da proteção ao abuso de concorrência, traz uma redação que deve ser interpretada de maneira literal: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei". O aludido enunciado vem a confirmar a existência de sujeitos coletivos (o agrupamento humano), não sendo o grupo, contudo, o responsável pela tutela processual[188].

4.6.4 Modelos de “Representação” dos Direitos Metaindividuais no Direito Comparado

Ressaltam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, sendo o processo visto apenas como um assunto entre duas partes, destinando-se à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. De fato, direitos que pertencessem a um grupo “não se enquadravam bem nesse esquema”[189].

Nesse sentido, explica Acelino Rodrigues Carvalho que, ao consagrar o Estado Democrático de Direito e, consequentemente, os direitos transindividuais ao lado dos individuais, o legislador constituinte ampliou a possibilidade de acesso à justiça, abrindo caminho para ampla e efetiva tutela das duas espécies de direitos consagrados no texto constitucional. Assim, objetivando tutelar adequadamente os direitos reconhecidos, o processo teve que passar por transformações já no plano constitucional[190].

Diante disso, iniciou-se, a partir desse posicionamento, o que o professor Abram Chayes, da Universidade de Havard, denominou de um novo modelo de litigância: a litigância de interesse público[191]. Afasta-se aqui a noção do interesse público secundário, aquele que pertence, tão-só, às pessoas jurídicas de direito público. Interesse público, no contexto do processo coletivo, é o interesse primário, de ordem social.

A idéia dos litígios de “direito público” revela a sua vinculação com assuntos relevantes de política pública, demandas judiciais que, extrapolando os interesses meramente individuais, envolvem grandes grupos de pessoas.

O problema é que o desenvolvimento de uma tutela coletiva efetiva depende diretamente – e inicialmente – do método utilizado para a “representação” dos interesses metaindividuais[192]. Além da escolha do método, também é necessária uma transformação do papel do juiz, que assume uma postura mais ativa, e dos conceitos básicos de “citação” e “direito de ser ouvido”[193].

Cappelletti e Garth relacionam três modelos distintos de “representação” dos interesses metaindividuais.

O primeiro deles, denominado “Ação Governamental” (*public attorney general*), é o mais utilizado, em razão da relutância tradicional em dar-se legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses. Nesse modelo, a ação coletiva é ajuizada por instituições governamentais, a

exemplo do Ministério Público. Os autores constatam, contudo, que o Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos, não sendo capazes de assumir inteiramente a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos[194].

De uma maneira geral, parece ser consenso que essa experiência não tem sido muito bem sucedida nos sistemas jurídicos que a adotam, sobretudo porque a reivindicação de novos direitos, em muitos casos, exige uma qualificação técnica em áreas que não são jurídica, a exemplo da medicina, urbanismo, contabilidade etc. Nesse sentido, explicam Cappelletti e Garth que o Ministério Público e suas instituições correspondentes em regra não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. Assim, embora seja possível observar sinais de que os procuradores gerais nos países de *common law* estejam assumindo papel mais importante na proteção dos interesses difusos, também eles têm sido incapazes de desempenhar a tarefa sozinhos, isso por ser o *attorney general* (procurador-geral) um funcionário político. Para os citados autores, essa condição pode inibi-lo de adotar a posição independente de um "advogado do povo" contra componentes poderosos do *establishment* ou contra o próprio Estado[195].

O segundo modelo é conceituado "Técnica do Procurador-Geral Privado". Cuida-se da possibilidade de propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses coletivos. É o caso, no Brasil, da ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da CRFB/88 e regulada pela Lei 4.717/1965, que pode ser ajuizada para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Nos Estados Unidos, o modelo das *class actions* prevê expressamente a legitimidade coletiva ativa do indivíduo ou grupo de indivíduos.

Por fim, o terceiro modelo é a "Técnica do Advogado Particular do Interesse Público". Cuida-se da solução conhecida como *Organizational Private Attorney General*, que reconhece a determinados grupos organizados da sociedade civil a "representação" dos interesses coletivos. Segundo Cappelletti e Garth, "é pacífico, atualmente, que os grupos representativos podem demandar direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado eficientemente"[196]. A França, por exemplo, reconhecendo a atuação insuficiente das instituições públicas na proteção dos novos direitos, editou normas, a exemplo do provimento de 27 de dezembro de 1973 – lei *Royer* –, atribuindo legitimação ativa às associações de consumidores quando houver fatos direta ou indiretamente prejudiciais ao interesse coletivo dos consumidores.

No Brasil, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/1985, art. 5º, V) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 82, IV), diplomas que integram o núcleo do microssistema processual brasileiro, prevêem expressamente a legitimidade coletiva ativa das associações, ao lado de outros legitimados, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, demais órgãos públicos, a Administração direta ou indireta etc.

Doutrinariamente, a técnica do *Organizational Private Attorney General* tem sido defendida como a mais adequada, que propugna para que as associações fiquem à frente das ações coletivas, reservando-se às entidades públicas um caráter subsidiário. Vê-se, contudo, na prática, um movimento contrário, com o fortalecimento de entidades públicas, sobretudo o Ministério Público[197] e a Defensoria Pública.

O grande problema deste último modelo é que ele exige especialização, experiência e recursos em áreas específicas, algo que apenas alguns grupos permanentes e bem assessorados possuem. Justamente por isso, surgiram, nos Estados Unidos as chamadas "sociedades de advogados de interesse público", geralmente constituídas como organizações sem fins lucrativos, objetivando atender a essa demanda.

De uma maneira geral, a tendência da maioria dos países ocidentais é a adoção, ao mesmo tempo, de todos os três métodos ou técnicas citadas, em maior ou menor grau, sobretudo porque, como explicitado, todas elas possuem vantagens e desvantagens.

Vale ressaltar, porém, que a análise abstrata dos sujeitos a quem a Lei atribui a possibilidade de ajuizar ações coletivas está relacionada com a noção de legitimidade *ad processum* (ou capacidade para estar em juízo), e não legitimidade *ad causam*, condição da ação, tema do ponto seguinte.

A respeito, sustentam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., tratando da norma disposta no art. 5º, LXX, da CRFB/88 – que cuida do mandado de segurança coletivo -, o equívoco da doutrina, de um modo geral, que examina o aludido dispositivo como legitimidade *ad causam* ativa para a propositura da referida ação constitucional. Isso porque a legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial. Assim, legitimidade é uma capacidade que possui um sujeito de direito, levando-se em consideração a relação que ele mantém com o objeto litigioso do processo (a situação jurídica afirmada). Logo, para que se saiba se alguém é parte legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do processo. Em outras palavras, não é possível examinar a legitimidade *a priori*,

independentemente da situação concreta que foi submetida ao Judiciário: “Não existe parte *em tese* legítima; a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário”[198].

Esse raciocínio é absolutamente importante para que se possam discernir os momentos *ope legis* e *ope judicis*, no controle da representação adequada. Em síntese, o que se quer dizer é que, assim como o art. 5º, LXX, da CRFB/88, não cuida da legitimidade *ad causam*, condição da ação, também o art. 5º da Lei n. 7.437/1985 (LACP) e o art. 82 da Lei n. 8.078/1990 (CDC) não fazem isso.

Em realidade, tais dispositivos tratam da capacidade para estar em juízo, também denominada capacidade processual, pressuposto processual (*ope legis*), tendo em vista que a legitimidade *ad causam* deve ser aferida com base na situação litigiosa afirmada (*ope judicis*).

4.6.5 O Princípio da Adequada Representação e o Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva

4.6.5.1 O Controle Judicial no Direito Brasileiro

Muito já se discutiu a respeito do controle judicial da legitimação coletiva no Brasil, prevalecendo atualmente o entendimento pela a sua viabilidade, muito embora não se tenham ainda critérios precisos para o exercício adequado dessa atividade jurisdicional, para além da pertinência temática.

De acordo com entendimento atualmente minoritário no Brasil, não há controle judicial da adequação do “representante” nas ações coletivas. Autores como Nelson Nery Jr. entendem que o juiz está *proibido* de avaliar a adequação do “representante”[199], sendo suficiente que o legitimado coletivo esteja previsto no rol do art. 82 do CDC ou art. 5º da LACP, para que possa livremente representar os interesses do grupo.

Ressalte-se que a proposta original da Lei da Ação Civil Pública, que não chegou a entrar em vigor (Projeto Bierrenbach), previa expressamente que o juiz deveria avaliar a adequação do representante em cada caso. Como esse dispositivo não entrou em vigor na versão final da lei, a doutrina se inclinou inicialmente para a proibição do controle judicial da adequação.

Deste modo, conforme entendimento atualmente em decadência, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, “o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente”[200], assumindo o risco de proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.

A questão da (in)competência do “representante” ganha maior destaque nos casos de negligência na condução do processo ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva, tendo em vista que não é possível repropor a mesma ação coletiva com base em uma melhor argumentação ou fundamentação. Nos casos em que o “representante” deixa de produzir prova suficiente, a gravidade é menor, tendo em vista a possibilidade de novo ajuizamento da ação, ressalvadas aquelas que versarem sobre direitos individuais homogêneos, em que, segundo entende a doutrina, é irrelevante a razão da improcedência, não sendo possível ajuizar novamente a causa[201].

De uma maneira geral, dois são os argumentos utilizados para justificar a inviabilidade do controle da adequação do “representante” no processo coletivo.

O primeiro deles legitima a ausência de controle pelo fato de a coisa julgada, nas ações coletivas, somente existir em benefício dos membros do grupo, não sendo possível prejudicá-los. Em outras palavras o raciocínio é simples: como a improcedência dos pedidos, na ação coletiva, não inviabiliza o exercício individual do direito de ação, não há razão para se aferir a adequação do legitimado coletivo. Esse pensamento, contudo, despreza o real valor das ações coletivas. De fato, a improcedência dos pedidos não atingirá os membros individuais do grupo, em razão da extensão *secundum eventum litis* e *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Contudo, se for dada com base em material probatório suficiente, haverá coisa julgada, impedindo a propositura da mesma ação coletiva[202], fechando-se as portas da tutela mais adequada ao caso.

O segundo argumento parte do pressuposto de que o legislador teria selecionado previamente algumas pessoas para propor ações coletivas, sendo a adequação uma presunção *iuris et de iure*. Não parece razoável, contudo, considerar que qualquer associação existente no Brasil, pelo simples fato de estar constituída há mais de 1 (um) ano, possa ser “representante” adequado para a tutela de qualquer direito[203].

Com efeito, o problema da admissibilidade do controle judicial do legitimado coletivo, em realidade, não é algo a ser discutido com base nos dois argumentos ora explicitados, posições facilmente contornáveis pela própria literalidade da lei. A questão maior passa por dois problemas distintos.

O primeiro problema consiste em buscar um fundamento constitucional para essa atividade jurisdicional, tendo em vista que, de alguma forma, ela afeta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV da CRFB/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”[204]).

O segundo problema seria o de traçar os parâmetros concretos de aferição da adequação, sobretudo nos casos em que o autor coletivo é uma instituição pública, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Nestes casos, como sugere Antonio Gidi[205], haveria uma presunção de competência, o que, todavia, não afastaria a possibilidade de uma atuação inadequada.

Certamente, as respostas a tais questionamentos passam por uma análise do fenômeno das *class actions* no direito norte-americano, tendo em vista se tratar de referência de sucesso do processo coletivo no direito comparado, modelo objeto de universalização gradual.

4.6.5.2 Fundamentos e Critérios para o Controle Judicial, à Luz do Direito Norte-Americano

Como já exposto, embora a Inglaterra seja comumente apontada como o berço dos litígios coletivos, o direito contemporâneo tem como referência as *class actions* norte-americanas, cujo início se deve às regras de equidade, principalmente a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos.

Com efeito, em 1938, surge a *Federal Rule* nº 23, objeto de reformas em 1966 e 1983, destinada especificamente a regular as *class actions*, que foram estendidas para todo o direito, e não apenas os processos calcados na equidade.

A estrutura da Regra 23 estabelece, de modo implícito ou expresso, os requisitos processuais para a admissibilidade e para o prosseguimento da defesa coletiva de direitos em juízo, cabendo ao autor o ônus de demonstrar a sua observância[206].

A alínea (a) da Regra 23 fixa quatro requisitos para admissibilidade da *class action*. São eles: a existência de uma classe identificável[207]; numerosidade e inviabilidade de litisconsórcio[208]; existência de questões comuns de fato ou de direito (*commonality*)[209]; identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe (*tipicality*)[210]; representação adequada.

A representação adequada, portanto, consiste em um dos requisitos para o conhecimento de uma *class action*, com previsão expressa na legislação processual civil.

Seu fundamento é claramente constitucional. A *adequacy of representation* encontra lastro no princípio constitucional do devido processo legal, inscrito na Emenda V, de 1971, e na Seção 1, da Emenda XIV, de 1868, da Constituição dos Estados Unidos.

A representação adequada, nas *class actions*, possui uma importância fundamental, tendo em vista que o processo coletivo enseja a possibilidade de direitos e interesses individuais serem defendidos em juízo por outros titulares, sem que possuam poderes específicos, conferidos voluntariamente, mediante contrato de mandato ou outra autorização. Cuida-se, pois, de hipótese de caráter excepcional[211].

Além disso, sob outra análise, a adequação impede que se realizem conluios e acordos espúrios entre as partes representativas (ou seus advogados) e a parte adversa da classe[212], evitando situações de conflitos de interesses entre representante e representados. Nesse sentido, explica Jay Tidmarsh:

> Class representatives and class counsel must adequately represent the members of a class. This principle forms the foundation for the modern American class action, and it determines the structure of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure and every analogous state class-action rule. The absence of adequate representation dooms the certification of a class. The gnawing fear that class representation is inadequate—manifested through such phrases as "collusion," "conflicts of interest," "selling out the class," and "sweetheart deals"—is an enduring criticism of class actions. Indeed, the demand of adequate representation is so irresistible that in recent years the principle has spread beyond class actions to other forms of aggregate litigation.[213]

Também nesta linha, entende Antonio Gidi que, através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo. Primordialmente, o que se pretende é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendam pessoalmente os seus direitos[214].

No direito norte-americano, a possibilidade de representação conferida pela lei, como ressalta Castro Mendes, somente se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente. Assim, estabelece a legislação aos órgãos judiciais o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da representação adequada. É responsabilidade do juiz garantir que o processo coletivo seja conduzido de modo adequado. O controle judicial é exercido em relação aos legitimados coletivos (*representative parties*) e em relação aos seus advogados[215].

Vários são os fatores que os tribunais americanos utilizam para aferir este requisito processual. No que concerne aos "representantes" coletivos, são

observados o comprometimento com a causa, o interesse concreto, a disponibilidade de tempo, a capacidade financeira, honestidade, qualidade de caráter, o vigor na condução do feito, credibilidade e, sobretudo, a ausência de conflito de interesse.

Em relação ao advogado, por seu turno, levam-se em consideração também várias questões, a exemplo da qualificação profissional, especialização na área, qualidade dos escritos, o relacionamento com as partes, a estrutura e capacidade do escritório, a experiência com ações coletivas, além da ausência de conflito de interesses.

Em síntese, é possível dizer que, no direito americano, a representação adequada conta com dois elementos, que devem ser aferidos tanto em relação ao representante quanto ao advogado do grupo: a ausência de conflito de interesses e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses do grupo[216].

Vale observar, como ressalta Castro Mendes, que a ausência de representação adequada poderá propiciar a decretação de invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action*, que ficaria com a sua eficácia limitada às partes processuais, como ocorre nas ações individuais. Justamente por isso, a objeção é freqüentemente levantada pela parte adversária da classe[217].

Ainda que possa parecer contraditório, é de interesse da parte contrária zelar pela adequação do representante do grupo. Nos Estados Unidos, é comum que a parte contrária impugne a adequação do representante do grupo, apenas com o objetivo de estimular uma investigação mais aprofundada pelo juiz e uma decisão expressa sobre o assunto. Somente assim será possível contrapor no futuro, com força de coisa julgada, em face de todos os interessados, uma eventual decisão contrária aos interesses do grupo. Ressalte-se que, no direito americano, assim como no Brasil, é ônus do autor da ação coletiva convencer o juiz de que ele é um adequado representante dos interesses do grupo[218].

Vê-se, pois, que uma breve análise do modelo norte-americano é suficiente para que se encontre um fundamento constitucional ao controle judicial da "representação" adequada do legitimado coletivo (o devido processo legal).

Não se pode negar, ainda, que o exercício de uma legitimidade adequada, certamente, conduz a uma também adequada tutela dos direitos fundamentais. Não se pode perder de vista, por outro lado, que a ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo algo extremamente positivo que a iniciativa das demandas coletivas seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados

direitos fundamentais de terceira dimensão recebam efetiva e adequada tutela[219].

Demais disso, o direito americano também fornece os parâmetros concretos de aferição da adequação, que devem recair sobre o legitimado coletivo e seu advogado: ausência de conflito de interesses entre o representante e o grupo e a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos seus interesses.

A questão agora consiste em saber se é possível importar este modelo ao processo coletivo brasileiro e, caso positivo, se isso exigiria uma mudança legislativa profunda.

Quanto ao fundamento constitucional do controle judicial da representação adequada no Brasil, não há maiores problemas, tendo em vista que o princípio do devido processo legal é uma cláusula geral também prevista na Constituição brasileira, precisamente no seu art. 5º, LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal").

Quanto aos demais aspectos, parece possível dizer que, apesar da inexistência de previsão legal expressa, "o juiz brasileiro não somente *pode* como *tem* o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo"[220]. Detectando-se uma inadequação do representante, sobretudo em situações de conflito de interesses entre o legitimado coletivo e os membros do grupo, deverá o juiz conceder prazo para que o legitimado seja substituído por outro. Caso isso somente seja observado após o julgamento do mérito da causa, é razoável que a sentença coletiva não produza coisa julgada material, possibilitando-se que seja ajuizada novamente, por um legitimado adequado.

Embora não haja previsão expressa, no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei da Ação Civil Pública, do controle da adequação do legitimado coletivo, tal fato não parece relevante. Decerto, os diplomas citados encontram-se imersos em um contexto maior, qual seja, a Constituição da República e o princípio do devido processo legal, que conferem à coletividade o direito de ver seus interesses serem defendidos de maneira adequada, em todos os aspectos.

O presente questionamento é oportuno: os membros de um grupo devem ficar vinculados pelos atos de um "representante" inadequado, a quem não foi conferida qualquer espécie de autorização? Não seria razoável.

Tendo em vista que o "representante" obtém essa posição por manifestação da sua *própria* vontade, ao propor a ação em benefício da coletividade, o mínimo que se exige dele é a sua adequação[221].

Assim, apesar da ausência de previsão legal expressa a respeito da necessidade de adequação do representante coletivo, é possível concluir que a

cláusula do devido processo legal demanda, ao menos, a análise do vínculo de afinidade temática entre o legitimado o objeto litigioso. Cuida-se da chamada “pertinência temática”, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, como o RE 195.056/PR, em que se decidiu pela ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas tributárias, embora não houvesse, na época, qualquer impedimento expresso em lei. Confira-se:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido.[222]

5 A LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA E A TEORIA DA HIPOSSUFICIÊNCIA ORGANIZACIONAL

Muito embora a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública esteja expressamente disposta no art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, é crescente, na doutrina e nos tribunais, a discussão sobre a viabilidade e a amplitude da atuação do órgão no processo coletivo.

Como prova, rememore-se que, em agosto de 2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3943), tendo por objeto justamente a inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.488/2007. Alega-se, em síntese, violação aos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, *caput*, da Constituição da República.

Sustenta a acionante que a norma impugnada, ao atribuir legitimação coletiva ativa à Defensoria Pública, afetaria a atribuição do Ministério Público, impedindo-lhe de exercer plenamente as atividades que a Constituição lhe confere. Demais disso, afirma que a Defensoria Pública tem como objetivo institucional atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira[223].

5.1 AS TRÊS GRANDES DISCUSSÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES COLETIVAS

Três são as grandes discussões sobre a legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas, impondo-se uma análise de cada uma elas numa perspectiva neoconstitucionalista.

A primeira grande discussão reside em saber qual seria a real dimensão das finalidades institucionais do órgão. Subjacente a esta indagação encontra-se o princípio da adequada representação ou do controle judicial da legitimação coletiva, já tratado.

No que diz respeito às funções institucionais da Defensoria Pública, dispõe o art. 134 da CRFB/88 que cabe ao órgão a assistência jurídica e a defesa, em todos os graus, dos “necessitados”. A questão que se põe é saber justamente o sentido que deve ser conferido à expressão “necessitados”, havendo, na doutrina, duas posições a respeito, uma restritiva e outra ampliativa.

O posicionamento restritivo, adotado pela CONAMP na ADI 3943 e por

autores como Hugo Nigro Mazzilli[224], entende que a atuação da Defensoria se limita aos casos de hipossuficiência econômica. Assim, somente em favor de assistidos financeiramente necessitados o órgão poderia propor ação coletiva[225]. Tal corrente parte de uma interpretação literal do art. 5º, LXXIV da CRFB/88, que prevê que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Por outro lado, o posicionamento ampliativo, no escólio de doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover[226], defende que a análise da finalidade institucional da Defensoria Pública depende do crivo da Lei Complementar n. 80/1994, que prevê funções típicas e atípicas ao órgão. Com efeito, no que concerne às suas funções típicas, caberia à Defensoria Pública a defesa dos necessitados sob o ponto de vista econômico (hipossuficiência econômica). As funções atípicas, por outro lado, seriam aquelas relacionadas com a existência de hipossuficiência técnica ou organizacional dos assistidos, o que amplia o campo de atuação do órgão, seja no plano individual, seja no plano do processo coletivo.

A segunda grande discussão acerca da legitimação coletiva da Defensoria Pública consiste em saber quais direitos metaindividuais podem ser protegidos pelo órgão, em sede de jurisdição coletiva. Neste ponto, três são as principais correntes existentes.

A primeira delas, sustentada pela CONAMP, entende que nenhum desses direitos pode ser defendido pela Defensoria Pública, sob o argumento de que a atuação do órgão só tem lugar quando há sujeitos identificados, a fim de se saber se existe ou não hipossuficiência econômica.

Uma segunda posição, sustentada pelo Min. Teori Albino Zavascki, em voto de vista proferido no REsp 912.849 – RS[227], entende que a Defensoria pública somente pode ajuizar ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos dos necessitados. Isso porque, no que concerne a tais direitos, seus titulares são determináveis (e determinados, quando da execução).

Por fim, uma terceira posição, que conta com precedentes do Superior Tribunal de Justiça (a exemplo do REsp 912.849, referido acima) entende que, à luz do que dispõe o art. 4º da LC nº 80/1994, a Defensoria Pública pode ajuizar ação civil pública para a tutela de todos os interesses metaindividuais, desde que relacionados com pessoas necessitadas.

Com base nesta última corrente, revela-se imprescindível uma investigação sobre quais seriam os casos de ausência de "necessidade" nas ações coletivas, já que, levando-se em conta a teoria da hipossuficiência

organizacional, parece ser possível afirmar que todos os consumidores, usuários de serviços públicos, usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas etc. são pessoas hipossuficientes.

Derradeiramente, uma terceira e última discussão relativa à legitimação coletiva ativa da Defensoria Pública parte do seguinte questionamento: proferida sentença coletiva em ação movida pelo órgão, aqueles supostamente não necessitados podem se beneficiar dela? Atualmente, prevalece na doutrina e jurisprudência – apesar de serem poucos os julgados sobre o tema – que mesmo as pessoas não necessitadas seriam beneficiadas pelas sentenças coletivas em tais ações.

Indubitavelmente, os questionamentos acerca da temática em tratativa, cada vez mais, se tornam complexos e desafiadores. Em maio de 2010, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70034602201[228], o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/1992.

5.2 AMPLITUDE E LIMITES DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA À LUZ DAS SUAS MISSÕES CONSTITUCIONAIS

Segundo previsão expressa do art. 134 da Constituição, 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. O art. 5º, LXXIV, por sua vez, dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No que se refere ao processo coletivo, a Lei Complementar n. 80/1994 dispõe, em seu art. 4º:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
> VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). [229]

Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover, a ampliação da legitimação à ação civil pública representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou

direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja estendida ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada proteção[230].

Neste sentido, Carlos Alberto de Salles adverte sobre a dispersão e a tendência à subrepresentação dos interesses difusos e coletivos, afirmando que "as opções relativas à legitimidade para defesa dos interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à justiça" [231], tendo em vista a anatomia social dos interesses em questão.

Na mesma linha, autores como Carlos Henrique Bezerra Leite colocam a "ampliação da legitimação *ad causam* para promoção das ações coletivas" como um desdobramento lógico da constitucionalização do processo, que tem por escopo a efetividade do acesso, tanto individual quanto coletivo, ao Poder Judiciário[232].

Certamente, o maior fundamento para a mais ampla legitimação coletiva ativa reside na maximização do acesso à justiça, conseqüência direta do direito constitucional de ação. Merece destaque, neste ponto, a clássica lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que inseriram a defesa dos direitos difusos na segunda onda renovatória do acesso à justiça[233]. A primeira onda, segundo os autores, seria justamente a assistência judiciária para os pobres, papel hoje desempenhado, no Brasil, pela Defensoria Pública.

No que concerne ao referido órgão, o art. 134 da CRFB/88 não coloca limites às suas atribuições. Assim sendo, parece não haver obstáculo a impedir uma ampliação das atribuições da Defensoria Pública por lei, como, aliás, já ocorreu com o exercício da curadoria especial, mesmo em relação a pessoas não economicamente necessitadas (art. 4º, inc. VI, da Lei Complementar n. 80/1994) [234].

Em verdade, que o art. 134 da CRFB/88 indica é a incumbência necessária e precípua da Defensoria Pública, consistente na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados, e não sua tarefa exclusiva[235]. Mesmo que se pretenda, a título argumentativo, ver nas atribuições da Defensoria Pública tarefas exclusivas, ainda será preciso interpretar o termo "necessitados", utilizado pela Constituição[236].

Tratando do benefício da gratuidade do acesso à justiça nas lides individuais, ressalta Wilson Alves de Souza que "o conceito necessitado é impreciso, de maneira que em determinadas situações práticas teremos que enfrentar muitas dificuldades para se afirmar que algum postulante se enquadra

em tal situação”[237]. Desta forma, mesmo nas lides individuais, para fins de concessão da gratuidade da justiça, a solução do problema dependerá das circunstâncias do caso concreto.

O referido autor acrescenta que o conceito de necessitado não deve levar em conta apenas o dado objetivo das condições financeiras de quem postula em juízo, sendo também relevante o exame da “excessiva diferença da situação financeira entre as partes litigantes, bem assim principalmente o valor econômico da causa”[238].

Em conclusão, sustenta que o conceito de necessitado não se restringe aos miseráveis ou aos pobres, abrangendo também as pessoas que, nas circunstâncias do caso concreto, não possuam condições de arcar com as despesas do processo, de modo que o custo do processo a colocaria ou a sua família em dificuldades financeiras[239].

Vê-se, portanto, que mesmo um bem remunerado profissional liberal ou agente público pode se enquadrar no conceito de necessitado econômico, bastando que não possua condições de arcar com as despesas processuais. Em demandas de elevado valor, é fácil constatar as dificuldades que os acionantes enfrentariam para o pagamento dos honorários de sucumbência, na eventualidade de uma sentença de improcedência. A consequência direta desse risco não assumido são as demandas reprimidas, um claro problema de acesso à justiça.

Com efeito, a doutrina atual já reconhece que, para além dos que são necessitados no plano econômico, também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Sob tal qualificação estão abrangidos todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.[240]

A noção de hipossuficiência organizacional surge da estruturação da sociedade de massa, nos moldes preconizados por Mauro Cappelletti, ligada à questão da vulnerabilidade das pessoas em face das relações sócio - jurídicas existentes na sociedade contemporânea[241].

Deste modo, ainda que se queiram enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo exclusivo da defesa dos “necessitados” ou sem “recursos”, a Constituição da República, por meio de conceitos indeterminados, deve ser interpretada num sentido ampliativo, maximizando o acesso à justiça, permitindo à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional,

abrangendo os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Alguns precedentes dos tribunais superiores têm caminhado nesse sentido. Em outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça deu um enorme passo na concretização dos direitos sociais, decidindo, em julgado absolutamente paradigmático sobre o assunto, que “cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso”, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (critério subjetivo).[242]

A respeito da interpretação mais adequada ao termo “necessitados”, registrou o relator, Min. Herman Benjamin, que a expressão prevista no art. 134, caput, da Constituição, que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da ação civil pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis. Por hipervulneráveis entendem-se os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras, todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, de alguma forma "necessitem" da ação do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.

Desta forma, a análise da legitimação *ad causam* da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública referente a interesses e direitos metaindividuais não pode exigir a individualização do número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. É necessário apenas o exercício de um juízo abstrato, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, ou seja, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis.

Consignou-se, no citado precedente, que, por espelhar e traduzir exemplarmente as marcas identificadoras do *Welfare State*, que está baseado nos princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da efetiva igualdade de oportunidades, inclusive de acesso à justiça, a Defensoria Pública é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, da Constituição da República.

Assim sendo, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população se nega acesso genuíno ao Judiciário, seria

impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública capaz de atender aos necessitados da maneira mais eficaz possível.

Seguindo-se tal caminho, amplia-se, e muito, a participação popular na política do Estado, o que, segundo Wilson Alves de Souza, "é fator indispensável de legitimação e sinal de alto nível democrático". Para o autor, existe uma relação direta entre democracia e participação política, "ou seja, quanto maior a atuação do povo no sentido de fiscalizar os governantes e cobrar providências destes continuamente [...] mais forte se revela a democracia"[243].

Alexandre Freitas Câmara, em obra específica sobre o tema, defende a legitimidade da Defensoria Pública, com fundamento no art. 5º, XXXVI, da Constituição, sustentando que sua negativa implicaria contrariedade à idéia de que incumbe ao Estado assegurar ampla e efetiva tutela jurisdicional a todos. Afirma, ainda, que as coletividades, por nem sempre estarem organizadas (em associações de classe ou sindicatos, por exemplo), tornam-se hipossuficientes na busca da tutela jurisdicional referente a interesses ou direitos transindividuais.

No particular, este parece ser o posicionamento mais adequado.

Acrescenta o autor que, assumindo a Defensoria Pública o papel que lhe cabe, de defensor precípuo dos interesses das coletividades juridicamente hipossuficientes, não haveria mais qualquer razão para que o Ministério Público permanecesse a exercer o papel que hoje representa no direito processual coletivo brasileiro[244].

Em uma proposta hermenêutica diversa, José Augusto Garcia de Sousa entende que a Defensoria somente estará legitimada quando uma ação coletiva puder beneficiar pessoas carentes, mesmo que façam parte de um grupo composto majoritariamente por não-carentes, só devendo ser negada a legitimidade quando for manifesta a incompatibilidade com as finalidades institucionais[245].

Segundo Frederico Rodrigues Viana de Lima, este entendimento deverá ser mudado em razão da Lei Complementar 132/09, que ampliou as funções institucionais da Defensoria Pública na seara coletiva. Para o autor, o alcance dos dispositivos incluídos na Lei Orgânica Nacional dependerá da interpretação gramatical, teleológica e sistemática que seja extraída dos termos "necessitados" e "hipossuficientes"[246].

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que o legislador pátrio, ao conferir nova redação ao art. 5º da Lei 7.347/1985, prevendo expressamente a legitimação da Defensoria Pública, perdeu a oportunidade de introduzir um mais

amplo controle judicial da legitimação adequada. Segundo os autores, para que a Defensoria seja considerada como "legitimada adequada" para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas "necessitadas", conforme locução tradicional, embora não seja necessário que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas nessa situação[247].

O debate sobre os fundamentos e a amplitude da legitimação coletiva da Defensoria Pública apresenta, ainda, uma maior relevância quando se leva em conta que uma das missões institucionais do órgão, conforme previsto no art. 1º da LC 80/1984, é a promoção dos direitos humanos, os quais demandam uma eficácia social qualificada. Conforme aponta Antonio Enrique Pérez Luño, "concebir los derechos humanos desde los apremios de un mundo globalizado implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica"[248].

5.3 CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adotando-se como referencial a teoria da hipossuficiência organizacional, como visto, chega-se à conclusão de quem, para que a Defensoria seja considerada como "legitimada adequada" para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas "necessitadas" em sentido amplo.

Como ressalta Frederico Rodrigues Viana Lima, se até mesmo para as ações individuais o requisito da carência financeira não se mostra absoluto, com mais sentido se afigura a sua dispensabilidade no tocante à propositura da ação civil pública[249].

Tal entendimento foi adotado pela Quinta Turma do Tribunal Regional da Primeira Região, na Apelação n. 2008.33.00.013317-7/BA, em abril de 2012:

> Se de um lado a iniciativa da Defensoria Pública na defesa de interesses individuais, via de regra, exige a comprovação da carência econômica, de outro, frente a uma análise sistemática de tantas normas constitucionais que estabelecem, além do fundamento da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e garantias como os já comentados amplo acesso à Justiça e a igualdade, revela-se desprovido de razoabilidade, no que atine à tutela coletiva, restringir a atuação da Defensoria Pública apenas às hipóteses em que se puder confirmar a insuficiência de recursos.[250]

O desafio reside em saber quais os critérios que devem ser utilizados para a identificação da necessidade no caso concreto.

5.3.1 Limitações Subjetivas e Objetivas

Em resposta ao primeiro grande questionamento acerca da legitimação coletiva da Defensoria Pública, concluiu-se que, sob o aspecto subjetivo, à luz das considerações anteriormente expostas, podem ser tutelados pelo órgão todos aqueles socialmente vulneráveis (os consumidores, os usuários de serviços públicos, os contribuintes, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas etc.).

Enfim, merecem proteção todos aqueles que, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, "necessitem" da atuação do órgão para sua proteção, ainda que contra o próprio Estado.

Tal conclusão pode ser facilmente extraída do art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar n. 80/1994, que elenca como função institucional da Defensoria

> exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado[251]

Nesse sentido, decidiu a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, julgando a supracitada Apelação n. 2008.33.00.013317-7/BA, em abril de 2012, que

> a análise quanto à existência da legitimidade da Defensoria Pública em propor ação civil pública tendente à tutela dos direitos considerados transindividuais deve sempre partir da premissa que privilegia o acesso do hipossuficiente à Justiça, o que, em verdade, se coaduna com o anseio presente no Estado Democrático de Direito, como o nosso, de se ter e viabilizar o amplo acesso da população à jurisdição, sendo este princípio expressamente consagrado em nossa Constituição.[252]

Tal amplitude representa consiste em um desdobramento de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º da Constituição, qual seja, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”[253].

O caráter genérico de tais afirmações é proposital, eis que cabe ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, fazer o controle de admissibilidade da ação coletiva. Não se podem conceber todas as hipóteses de maneira taxativa, até porque não apenas o direito, mas os fatos da vida são dinâmicos, exigindo respostas igualmente flexíveis.

Ocorre que, em muitos casos, a classe ou grupo tutelado não é composto

integralmente por pessoas necessitadas. Há, portanto, três situações possíveis: grupos exclusivamente compostos por pessoas necessitadas; grupos compostos, em sua maioria, por pessoas necessitadas; grupos compostos por pessoas necessitadas, em minoria.

No primeiro caso, é fácil concluir pela pertinência da atuação da Defensoria Pública, tendo em vista a composição exclusiva do grupo por pessoas necessitadas.

No segundo caso, é possível chegar à mesma conclusão, sob pena de ser drasticamente reduzida a atuação da Defensoria. É que, sendo a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados uma garantia constitucional, não é razoável a sua mitigação, limitando-a, no plano coletivo, apenas aos casos em que todos os integrantes do grupo sejam pessoas necessitadas. Sobretudo no âmbito consumerista, há diversos bens e serviços que são essenciais a toda e qualquer pessoa. Assim sendo, ainda que, de maneira direta ou indireta, pessoas "abastadas" sejam favorecidas pelo resultado do processo, tal fato não pode ser utilizado como um óbice ao ajuizamento da ação.

Registre-se, mais uma vez, que a potencialização da legitimação do órgão, através de uma interpretação ampliativa, traz proveitos não apenas à seara individual, mas também ao próprio Estado, que passa a usufruir da redução do número de processos, otimizando-se no julgamento dos demais casos.

Também no terceiro caso (grupos compostos por pessoas necessitadas em minoria), a não-admissão da ação coletiva causaria severos danos a uma classe que, embora minoritária, merece a tutela jurisdicional. Tal observação faz ainda mais sentido quando o grupo de necessitados, embora minoritário, é bastante numeroso, eis que a vedação da via coletiva conduziria a Defensoria Pública à obrigação de ajuizamento de múltiplas ações individuais, criando-se gastos desnecessários.

O fato de o resultado do processo favorecer, em maioria, pessoas não necessitadas é algo compatível com o princípio da economia processual, efetivando-se, ao mesmo tempo, o direito de pessoas menos favorecidas.

É o caso, por exemplo, de uma ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública na defesa do meio-ambiente urbano de um bairro de uma cidade qualquer, composto majoritariamente por pessoas abastadas, mas também por uma pequena favela. Ora, o simples fato de existirem também pessoas marginalizadas no local, ainda que em minoria, é suficiente para fundamentar a legitimação do órgão, sob pena de flagrante violação ao princípio da isonomia.

Demais disso, a realidade brasileira, marcada por uma grande desigualdade

social, deve ser sempre levada em consideração.

Acaso o Judiciário não se convença da adequação exclusiva da Defensoria Pública nas lides coletivas envolvendo também pessoas não-necessitadas, um caminho que pode ser seguido, à luz do princípio da prevalência do julgamento do mérito da demanda, é o do compartilhamento da legitimação. Em situações assim, em vez de extinguir a demanda coletiva, caberá ao julgador intimar um outro legitimado coletivo, para que compartilhe, caso queira, em conjunto com a Defensoria Pública, o polo ativo da demanda. Não existem precedentes no Brasil sobre decisões nesse sentido, mas a experiência já foi vivenciada nos Estados Unidos, mais precisamente no famoso caso *Fen-Phen*.

O caso americano, ainda em trâmite, consiste em uma ação de classe que objetiva a reparação das supostas vítimas de um medicamento dietético que teria causado uma séria de problemas cardíacos a seus consumidores. Diante das variadas espécies de consumidores existentes, diversas associações foram legitimadas para uma atuação em conjunto, permitindo-se uma representação mais adequada da classe[254].

É possível imaginar ainda situações em que o grupo protegido seja, em princípio, composto por pessoas necessitadas, mas, no curso ou ao final da demanda, possua uma realidade social diversa. Neste caso, os princípios da economia processual e do acesso à justiça impedem que todo o trabalho transcorrido seja anulado, mantendo-se a legitimação e o resultado da demanda. Some-se a isso a adoção da teoria da asserção, que impõe a análise das condições da ação – dentre elas a legitimidade *ad causam* – sob o aspecto abstrato, com base nas afirmações contidas na petição inicial (*in statu assertionis*).

Superadas as limitações subjetivas, resta voltar os olhos às limitações objetivas à atuação coletiva da Defensoria Pública.

Com efeito, em relação aos *direitos difusos*, entende parte da doutrina que o caminho mais razoável seria o da legitimação amplíssima, sem qualquer restrição ao órgão assistencial, tendo em vista a indeterminabilidade dos membros do grupo protegido. Nas lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., reputam-se direitos difusos aqueles transindividuais de natureza indivisível, e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica[255].

Nesse sentido, defendem Pierpaolo Cruz Bottini e Marivaldo de Castro Pereira que, na hipótese de tutela de interesse difuso, a Defensoria Pública sempre estará legitimada para a propositura de ações coletivas, em razão do

caráter altruísta do exercício dessa tutela e do grande proveito que ela geralmente proporciona à esfera jurídica dos necessitados, sendo os eventuais efeitos auferidos por não-necessitados uma mera consequência da observância do dever constitucional de tutelar os interesses dos necessitados[256].

Não parece correta tal afirmação, tendo em vista que ela parte de uma premissa equivocada: a de que os direitos difusos trazem benefícios a todas pessoas.

Em realidade, são infinitas as situações jurídicas coletivas difusas que podem ser suscitadas numa ação coletiva.

Alguns direitos difusos consistem verdadeiramente em direitos fundamentais. São os chamados direitos de terceira dimensão, a exemplo do direito ao meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade. Tais direitos, em razão da sua essencialidade, são titularizados por todas as pessoas. Assim sendo, a Defensoria Pública é parte legítima para a promoção de uma eventual ação coletiva, objetivando efetivá-los.

A título exemplificativo, em fevereiro de 2012, a Defensoria Pública da União na Bahia ajuizou a Ação Civil Pública n. 4552-17.2012.4.01.3300, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, requerendo a desconstituição de contrato administrativo firmado entre a Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município (SUCOM), autarquia municipal, e empreendimento privado, que outorgou a este último o direito de explorar uma extensa área pertencente à União (terreno de marinha) durante os eventos festivos carnavalescos. Após reclamações feitas por representantes dos trabalhadores barraqueiros de praia de Salvador e de outros movimentos sociais, a Defensoria Pública da União promoveu a citada ação civil pública, na defesa do patrimônio público, do meio-ambiente urbano e da moralidade administrativa. Com efeito, embora tenha sido concedida a medida liminar pleiteada, o juízo de primeiro grau, ao final, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender ilegítima a atuação da Defensoria Pública no caso.

Nesta situação concreta, é possível observar que os interesses envolvidos, além de difusos, ostentam clara natureza de direitos fundamentais de terceira dimensão (meio-ambiente, patrimônio público e moralidade administrativa), sendo seus titulares toda a população da cidade de Salvador, composta, majoritariamente, por pessoas necessitadas até mesmo sob o aspecto econômico.

Em outros casos, embora difusos os direitos, eles não ostentam a natureza

de “fundamental”, podendo, assim, não ser titularizados por pessoas necessitadas.

A título de exemplo, imagine-se uma situação envolvendo um contrato de adesão com cláusulas abusivas, celebrado por uma concessionária de veículos de luxo. Do fato em questão (cláusula abusiva), podem ser tutelados diversos interesses: individuais homogêneos (*v.g.*, pedido de indenização por danos morais); coletivos em sentido estrito (*v.g.*, pedido de revisão dos contratos já celebrados) e difusos (*v.g.* pedido de não inclusão da cláusula em contratos futuros). Neste último caso, a pretensão de que não se inclua a cláusula abusiva em contratos futuros protege um grupo formado por pessoas indeterminadas: os futuros compradores dos veículos de luxo. Observe-se, portanto, que, apesar de difuso, o interesse em questão é titularizado por pessoas que, num juízo abstrato, não são suficientemente vulneráveis para reclamar a atenção da Defensoria Pública.

Daí se extrai, portanto, que não existem verdadeiramente limitações objetivas à legitimação coletiva da Defensoria Pública, mas sim subjetivas. Qualquer que seja o direito envolvido (individual homogêneo, difuso ou coletivo em sentido estrito), o que importa é a composição do grupo tutelado, em um juízo abstrato.

No que se refere aos direitos dos consumidores, a situação enfrenta ainda maiores polêmicas, tendo em vista que mesmo o mais abastado cidadão brasileiro ostenta a qualidade de consumidor.

Não se nega que o ponto de partida do Código de Defesa do Consumidor seja o princípio da vulnerabilidade do consumidor, presumindo-se essa condição. Ocorre que essa observação, acaso levada às últimas consequências, permitiria à Defensoria Pública ajuizar até mesmo ações coletivas em defesa de grupos formados por instituições financeiras, consumidores de artigos de luxo etc. Não parece ser esse o objetivo do órgão, nem parece haver situação de vulnerabilidade social em tais casos.

Assim sendo, no âmbito das ações envolvendo interesses de consumidores, o caminho mais adequado parece ser aquele que veda a atuação da Defensoria Pública apenas nos casos envolvendo bens e serviços de luxo.

Muito se questionou sobre a ação civil pública ajuizada pelo Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, objetivando que as empresas de TV a cabo se abstenham de cobrar de seus assinantes valor pelo serviço de instalação de ponto extra[257]. Ora, tal ação fora ajuizada a partir da reclamação de assistidos da Defensoria Pública do Estado, que, no âmbito das ações individuais, se utiliza

de um critério objetivo para a análise da renda dos solicitantes. A título de exemplo, no âmbito da Defensoria Pública da União, por força da Resolução n. 13/2006[258], considera-se economicamente necessitado o indivíduo cuja renda familiar bruta não ultrapasse o limite da faixa de isenção do imposto de renda.

Indubitavelmente, dentre os consumidores de serviços de TV a cabo, encontram-se muitas pessoas hipossuficientes sob o aspecto econômico, embora não se negue o caráter não-essencial do serviço. A própria noção sobre o que seriam bens e serviços essenciais não é precisa ou estática. Ao revés, é dinâmica, histórica. Ora, até poucos anos atrás, o uso de aparelhos celulares no Brasil era considerado um luxo desnecessário, acessível apenas àqueles com mais recursos. Nos tempos atuais, mesmo as pessoas extremamente humildes possuem tais bens, que assumiram um caráter absolutamente essencial e utilitário, até mesmo para fins de trabalho.

No âmbito do direito à saúde, também são comuns as ações coletivas titularizadas pela Defensoria Pública. Tais casos crescem a cada dia, sendo comumente ajuizados no âmbito da Justiça Federal, tendo em vista o entendimento jurisprudencial, no sentido de que o direito à saúde deve ser promovido pela União, Estados e Municípios de maneira solidária. Ora, situações assim, por envolverem um direito universal - que coloca os titulares lesados em manifesta situação de necessidade vital – devem ter caminho livre para a atuação da Defensoria Pública.

A título exemplificativo, em julho de 2007, a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae-RJ) solicitou auxílio à Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, informando a suspensão do fornecimento do leite medicamentoso PKU, tipos 1, 2 e 3, a todos os pacientes do Estado do Rio de Janeiro cadastrados ou não na entidade. Trata-se do único remédio para o controle da *fenilcetonúria clássica*, uma doença grave que acarreta severo e irreversível retardo mental. Diante disso, foi ajuizada a Ação Civil Pública n. 2007.51.01.020475-9, perante a 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, tendo sido obtida tutela judicial favorável.

A mesma situação se repetiu posteriormente na Bahia, tendo havido êxito na defesa da coletividade, posicionando-se o Judiciário pela procedência dos pedidos articulados em sede de ação civil pública. Devido a problemas em processos burocráticos, a medicação não vinha sendo repassada regularmente pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (Sesab) à APAE-Salvador, responsável pelo monitoramento e tratamento da doença no Estado. Verificou-se, portanto, a existência de um problema relacionado à (in)eficiência administrativa.

Conforme ressaltado, os portadores da enfermidade possuem deficiência da enzima que metaboliza o aminoácido Fenilalanina e devem ser submetidos, de forma regular e contínua, a uma dieta isenta dessa substância, como forma de prevenir as graves consequências da doença. O acúmulo de Fenilalanina no sangue, a partir de uma alimentação inadequada, pode provocar efeitos tóxicos no sistema nervoso central, agitação, agressividade e deficiência mental.

Entre os beneficiados pela ação na Bahia, 56 (cinquenta e seis) são crianças, com idades entre três e onze anos. Além disso, cerca de 85% (oitenta e cinco por cento) dos assistidos são provenientes do interior do Estado e vem à capital periodicamente em busca do tratamento.

Também merece destaque a Ação Civil Pública n. 2007.51.01.017751-0, ajuizada perante a 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que buscou a regularização dos setores de emergência de seis hospitais públicos na cidade do Rio de Janeiro em um momento crítico, imediatamente anterior ao Pan-Americano 2007. Na oportunidade, a medida liminar foi deferida e, posteriormente, confirmada em sede de sentença, determinando-se ao Poder Público o aumento do número de leitos, a recomposição das equipes de médicos e a compra de equipamentos.

Em outro caso, no ano de 2008, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro ajuizou a Ação Civil Pública n. 2008.51.01.004637-9, perante a 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, objetivando a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais nos finais de semana, com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas, para atendimento dos pacientes vítimas de dengue, em razão da ocorrência de epidemia. Na oportunidade, foi constatada a omissão e negligência estatais, razão pela qual foi deferida a medida liminar requerida.

Recentemente, em julho de 2012, a Defensoria Pública da União ajuizou Ação Civil Pública contra União, Estado e Município por conta do início da desativação do Hospital Central do Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro (Iaserj). Trata-se de instituição responsável por, pelo menos, dez mil atendimentos ao mês.

Diante da expressiva atuação da Defensoria Pública da União na tutela do direito à saúde, a instituição foi convidada, em 12 de julho de 2012, para assinatura do convênio da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (CRLS). O órgão, formado pela Defensoria Pública do Estado, Tribunal de Justiça, Defensoria Pública da União, Secretarias estadual e municipal de Saúde e Procuradorias-Gerais do Estado e do Município do Rio, tem como objetivo evitar a judicialização das questões que envolvem o

atendimento na rede pública de saúde.[259]

Frequentemente, as questões envolvendo direitos coletivos em sentido estrito estão relacionadas com trabalhadores ou consumidores, grupos tipicamente vulneráveis. A hipossuficiência do empregado é o que fundamenta o princípio da proteção, que inspira toda a legislação trabalhista. Do mesmo modo, a hipossuficiência técnica dos consumidores, independentemente do objeto de consumo, justifica a inversão do ônus da prova, conforme previsto no art. 6º, VIII, do CDC, o que revela uma situação de vulnerabilidade, ressalvadas as observações já referidas.

Por fim, em relação aos *direitos individuais homogêneos*, de natureza acidentalmente coletiva e decorrentes de origem comum, a situação é um pouco diferente. É que tal categoria consiste em verdadeira ficção jurídica criada pelo direito positivo, tendo em vista a massificação das relações jurídicas. É dizer: a sua origem não está ligada à falta de representação ou às dificuldades de acesso à justiça, mas sim à necessidade de imprimir maior celeridade no julgamento de conflitos de massa.

Em relação a tais direitos, os membros do grupo são facilmente identificados e poderiam ajuizar demandas individuais para a proteção de seus interesses. Assim sendo, mais uma vez, será relevante a análise da necessidade em cada caso concreto, de acordo com o grupo envolvido. A título exemplificativo, temos como necessitados os titulares de benefícios assistenciais e previdenciários, contratantes de programas sociais (programas de arrendamento residencial, financiamento de crédito educativo, dentre outros) etc.

Em muitos casos envolvendo direitos individuais homogêneos, as fases de liquidação e execução individual da sentença coletiva revelam beneficiados não necessitados. Tal situação é bastante comum quando o bem jurídico objeto da lide consiste em um produto de consumo comum às mais diversas classes sociais. Como sobredito, em situações assim, embora a ação coletiva tenha sido ajuizada pela Defensoria Pública, não é razoável a negativa do resultado da demanda aos não-necessitados. Entendimento contrário fere frontalmente os princípios da economia processual e do acesso à justiça, fundamentos do processo coletivo.

5.3.2 A Legitimação da Defensoria Pública no Mandado de Segurança Coletivo

Superados os questionamentos gerais a respeito da legitimação coletiva da Defensoria Pública, merecem atenção alguns questionamentos pontuais, a

respeito de ações que integram o sistema do processo coletivo brasileiro.

O mandado de segurança coletivo consiste em uma espécie do gênero mandado de segurança, possuindo previsão constitucional, mais precisamente no art. 5º, inciso LXX, da Constituição da República. Cuida-se de instrumento regulado pela Lei n. 12.016/2009.

Assim como na ação individual, o seu ajuizamento pressupõe a existência de direito líquido e certo, a ilegalidade ou abuso de poder, bem como a presença de autoridade pública ou pessoa jurídica delegatária de ato do poder público.

Com efeito, no que se refere à legitimação para o mandado de segurança coletivo, prevê o citado art. 5º, inciso LXX, da Constituição, o rol diminuto, com poucos legitimados:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Como ressalta Hermes Zaneti Jr., o entendimento francamente dominante é o de que o rol estabelecido pela Constituição é taxativo. Todavia, como defende o citado autor, nada impede que possa ser ampliado por lei ordinária, em função da regra do art. 5º, §2º, da Constituição, que garante a ampliação do quadro de direitos e garantias fundamentais do cidadão[260].

É aplicável à espécie o princípio *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*, ampliando-se o bloco de constitucionalidade, assim entendido como o conjunto de normas que defendem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos[261].

Conclui-se, assim, que o rol constitucional consiste em um núcleo mínimo de legitimados que, embora não possa ser limitado pelo legislador infraconstitucional, pode ser por ele ampliado.

Observe-se que não apenas a Defensoria Pública, mas também o Ministério Público não se encontra entre os legitimados para o ajuizamento da ação de mandado de segurança coletivo. Assim, o questionamento que surge consiste em saber se a ampliação dos legitimados constitucionais demanda previsão específica na Lei n. 12/016/2009, ou se já pode ser extraída de algum outro diploma legal.

Na tentativa de solucionar a questão, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 222/2010, prevendo expressamente a legitimação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ocorre que, diante dos diplomas que regulam a Defensoria Pública, bem como da aplicação do microssistema do processo coletivo também à ação do mandado de segurança Coletivo, é possível concluir, desde já, pela legitimação do órgão para a referida ação.

Inicialmente, rememore-se que a Defensoria Pública exerce uma função estatal que decorre do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, de onde se extrai o dever de prestar a assistência judiciária "integral" e gratuita em todos os graus[262].

O art. 134 da CF não cria qualquer limitação às atribuições da Defensoria Pública. Observe-se que o legislador constitucional não usou qualquer termo restritivo, como fez, *v.g.*, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, "privativamente", a ação penal pública (art. 129, inciso I, da Constituição da República). Daí se conclui pela possibilidade de ampliação das suas atribuições por lei, como ocorreu com as chamadas funções atípicas, destacando-se o exercício da curadoria especial, mesmo em defesa de pessoas não economicamente necessitadas.

Dispõe o art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994 que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (inciso VII); promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (inciso X).

Vê-se, portanto, que os incisos VII e X do art. 4º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, dispõem expressamente que compete ao órgão promover a defesa dos necessitados no plano individual ou coletivo, sendo admissíveis "todas as espécies de ações", do que se conclui que também o mandado de segurança Coletivo pode ser ajuizado pelo órgão.

Nesse mesmo sentido conclui Felipe Dezorzi Borges, para quem as recentes inovações legislativas no regramento do mandado de segurança, notadamente o art. 21 da Lei 12.016/2009, "muito embora não tenham incluído a Defensoria Pública no seu quadro de legitimados para o mandado de segurança coletivo, não obstam a legitimação já deferida pelo texto constitucional de 1988", em sintonia com a Lei Orgânica da Defensoria Pública[263].

5.3.3 A Legitimação da Defensoria Pública nas Ações de Improbidade Administrativa

A ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992, consiste em espécie de ação coletiva, eis que objetiva a tutela de interesses difusos, mais especificamente a probidade administrativa, consectário da moralidade administrativa.

O aludido diploma prescreve sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação de princípios no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

O art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) enumera, em seus incisos I, II e III, as sanções previstas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Cuida-se, portanto, de um diploma que objetiva, em síntese, punir o agente ímprobo e determinar o ressarcimento dos danos causados.

A respeito da legitimidade para o ajuizamento da ação, dispõe o art. 17 da LIA que a ação, “que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”.

Diante da aludida previsão normativa, a grande maioria da doutrina entende que apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica da Administração Pública diretamente afetada seriam legitimados ao ajuizamento da ação. A presença do Ministério Público certamente se justifica pelo caráter punitivo da ação, sendo o interesse da pessoa jurídica justificável, dentre outros pontos, pela lesão sofrida.

Ocorre que, como sobredito, a moralidade administrativa consiste num direito difuso e, mais do que isso, um direito fundamental, titularizado por todas as pessoas. Não bastasse isso, também a ação de improbidade administrativa, por ser espécie de ação coletiva, fica sujeita ao microssistema de tutela dos interesses transindividuais, atraindo o regramento previsto na Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular e Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, decidiu o STJ, no Recurso Especial n. 510150, julgado em 17 de fevereiro de 2004, que a ação de improbidade administrativa consiste em

espécie de ação civil pública. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
> 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.
> 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
> [...]
> 8. 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 microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.
> 9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que 'A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.
> [...] Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.
> Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)' (Alexandre de Moraes in 'Direito Constitucional', 9ª ed. , p. 333-334).
> 10. Recurso especial desprovido.[264]

Ora, parece claro que, por via da ação de improbidade administrativa, também são tutelados os interesses de pessoas necessitadas (o cidadão brasileiro, majoritariamente pobre e desorganizado, em face do agente público inescrupuloso). Assim sendo, os incisos VII e X do art. 4º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, que preveem expressamente a admissibilidade de "todas espécies de ações" para a defesa dos necessitados, consistem num claro permissivo para a atuação do órgão.

O caráter punitivo da ação de improbidade (que, como registrado, não representa a sua única natureza), por si só, não é capaz de afastar a legitimidade do órgão assistencial, tendo em vista o teor do art. 4º, inciso XV, da sua Lei Orgânica. Tal dispositivo destaca como função do órgão "patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública", ações punitivas por excelência.

Tal entendimento já encontra respaldo jurisprudencial.

Em maio de 2010, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70034602201[265], o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/1992. Cuida-se, certamente, do primeiro precedente sobre o tema, o que tem estimulado os órgãos da Defensoria Pública em outros Estados a promover ações semelhantes.

Na situação em concreto, a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Bagé/RS (Apae/Bagé) sofreu intervenção Estadual, por força de decisão da Federação Nacional das Apaes (Brasília), em fevereiro de 2008, decorrente de denúncias sobre irregularidades que estariam sendo cometidas pelos seus administradores.

Ato contínuo, os interventores nomeados buscaram auxílio da Defensoria Pública do Estado, relatando diversas irregularidades, solicitando a adoção de providências acerca das condutas que supostamente teriam sido cometidas por um ex-presidente da entidade local, em concurso com outras pessoas.

O requerimento formulado resultou na instauração de Procedimento para Apuração de Danos Coletivos (Padac) no âmbito da DPE, objetivando esclarecer as graves denúncias, dentre elas supostas irregularidades na construção de um Centro de Referência da Criança e do Adolescente no Estado.

Diante da ausência de qualquer ação ajuizada sobre os fatos narrados, ou de outro órgão investigando-os (a Administração Direta ou o Ministério Público), optou a Defensoria Pública do Estado pelo ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa, na tutela dos interesses difusos envolvidos.

Na oportunidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registrou que a conjunção da Constituição Federal com a Lei da Ação Civil Pública e a Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 132/09) não deixaria dúvidas acerca da legitimidade do órgão para a propositura de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Assim, o art. 17 da LIA, embora traga o órgão do Ministério Público como o titular da ação por ato de improbidade administrativa, deve ser interpretado em conformidade com o ordenamento jurídico vigente e, sobretudo com a Constituição Federal, que prevê apenas a ação penal pública como de titularidade privativa do órgão do Ministério Público. Em síntese, concluiu-se que a legitimidade do Ministério Público não exclui a de outros, inclusive a Defensoria Pública[266].

5.3.4 A Legitimação da Defensoria Pública nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade

A supremacia e a rigidez são características marcantes das Constituições modernas, a exemplo da Constituição de República de 1988. A concepção tradicional do ordenamento jurídico revela a existência de normas escalonadas em um aspecto vertical, encontrando-se a Constituição no ápice da pirâmide normativa. Seja num sentido lógico-jurídico, seja num aspecto jurídico-positivo, é na Constituição que reside o fundamento de validade de todas as demais normas existentes no país.

Não é à toa que, qualquer que seja o conceito adotado, a Constituição sempre traduzirá, em essência, a existência de um princípio supremo a determinar integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade.

Com efeito, a concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido consiste em uma inovação que se consolidou apenas na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência Americana[267].

O reconhecimento da supremacia e rigidez constitucionais conduziu, inevitavelmente, ao desenvolvimento de instrumentos de defesa da Constituição, como forma de controle dos atos do Poder Público, em especial as leis e atos normativos. Cuida-se do controle de constitucionalidade, a ser exercido pela via difusa ou concentrada.

No âmbito do controle concentrado, são cinco as ações previstas no ordenamento brasileiro: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Representação Interventiva. Todas elas são de competência do Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as ações de controle de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, situação peculiar em que o paradigma invocado é norma da Constituição Estadual, e não da Constituição da República.

As três primeiras são regulamentadas pela Lei n. 9.868/1999, enquanto a ADPF encontra seu regramento na Lei n. 9.882/1999, e a Representação Interventiva, na Lei 12.562/2011.

Indubitavelmente, a principal delas consiste na ADI, que surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional n. 65 à Constituição da República de 1946. Naquela época, o único legitimado era o Procurador-Geral da República,

dirigente maior do Ministério Público da União. Posteriormente, coube à Constituição da República de 1988 a ampliação do rol dos legitimados, e à Emenda Constitucional n. 45 a extensão às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O art. 103 da Constituição define os legitimados para o ajuizamento da referida ação: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vê-se, portanto, que o rol de legitimados para as ações de controle concentrado de constitucionalidade não contempla a Defensoria Pública. Tal fato, à primeira vista, parece conduzir à conclusão da total impossibilidade de ajuizamento de tais ações pelo referido órgão, sobretudo em razão do peso do controle concentrado, cabendo ao legislador constitucional a eleição cuidadosa daqueles que podem provocá-lo.

Merece atenção, todavia, a Lei n. 11.417/2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Como cediço, o enunciado de súmula vinculante consiste numa interseção entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. Através do referido instituto, as normas gerais dos casos concretos, extraídas de lides subjetivas do modelo incidental, podem adquirir caráter vinculante

Nos termos do art. 103-A da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, aprovar os enunciados de súmula vinculante. Exigem-se, para tanto, reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o que revela o dificultoso processo para a sua aprovação.

Tal dispositivo é regulamentado pela supracitada Lei n. 11.417/2006, cujo art. 3º prevê o rol dos legitimados à provocação do STF. Dentre eles, encontram-se todos os legitimados para as ações de controle concentrado e alguns outros, a exemplo do Defensor Público-Geral Federal.

O que se observa, portanto, é a preocupação do legislador ordinário, em 2006, em ampliar o acesso aos mecanismos de controle de constitucionalidade, a partir das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, comumente conhecida como “reforma do Judiciário”.

A presença do Defensor Público-Geral Federal entre os legitimados da Lei n. 11.417/2006 (e a sua ausência nos diplomas anteriores) se justifica também sob o aspecto histórico.

Tanto em 1988, quando elaborada a nova Constituição, quanto em 1999, quando fora editada a Lei n. 9.868/1999 (que regula as principais ações de controle concentrado), sequer a Defensoria Pública da União se encontrava instalada. O órgão foi concebido pela primeira vez pela Lei Complementar n. 80/1994. Posteriormente, coube à Lei n. 9.020/1995 prever a sua implantação, em caráter emergencial e provisório, situação que ainda permanece. O primeiro certame para admissão de Defensores Públicos Federais (então denominados Defensores Públicos da União) ocorreu apenas no ano de 2001, quando o órgão passou a existir para além dos diplomas legais. Por óbvio, não haveria como atribuir legitimação à Defensoria Pública no âmbito dos Estados para a propositura de ações de controle concentrado tendo por paradigma a Constituição da República. Desta forma, silenciou-se o legislador constitucional sobre o assunto.

Ressalte-se, oportunamente, que a Lei n. 11.417/2006 integra o microssistema do processo de controle de constitucionalidade, sendo também manifesta a similitude entre o controle concentrado e os enunciados de súmula vinculante. Diante da situação posta, é possível concluir pela aplicação analógica do art. 3º, inciso VI, da Lei n. 11.417/2006 às ações de controle concentrado de constitucionalidade. Consequentemente, há de ser reconhecida a legitimação do Defensor Público-Geral Federal para o ajuizamento das referidas ações, em defesa dos necessitados sob os mais variados aspectos.

6 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa elaborada e dos argumentos trazidos à tela, pode-se concluir que:

a) as conquistas do instrumentalismo e do neoconstitucionalismo impõem o estudo do direito processual à luz dos direitos fundamentais. A jurisdição se realiza através do processo, que, por sua vez, deve estar atento aos fins do Estado Constitucional;

b) no âmbito do processo coletivo, a análise da legitimação coletiva deve ser aferida à luz dos direitos fundamentais envolvidos. A simples presença no rol dos legitimados previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) não confere ao pretenso legitimado a possibilidade de ajuizamento da ação, eis que a norma processual deve ser analisada em conformidade com os direitos fundamentais envolvidos, fazendo-se um juízo de pertinência temática, em respeito ao devido processo legal. Se assim não fosse, a efetiva tutela do direito poderia se comprometer, em razão de uma substituição processual inadequada;

c) o conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sob o enfoque meramente literal, significando também o direito ao devido processo, compreendendo o direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz;

d) o surgimento da legitimidade coletiva da Defensoria Pública derivou da união das duas ondas renovatórias do direito: a assistência jurídica aos necessitados e o desenvolvimento da tutela coletiva;

e) as funções típicas da Defensoria Pública são aquelas exercidas na defesa de direitos e interesses de pessoas necessitadas sob o aspecto econômico, ou seja, pessoas sem condições para a contratação de advogado. As funções atípicas, por sua vez, estão relacionadas com a proteção das demais espécies de hipossuficientes. A atuação do órgão, nesse aspecto, prescinde da insuficiência de recursos financeiros, não estando relacionada com a necessidade econômica;

f) as funções da Defensoria não foram elencadas de maneira exaustiva pelo texto constitucional, e nem poderiam, uma vez que o órgão foi eleito como o maior responsável pela promoção do acesso à justiça;

g) a interpretação das expressões “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CRFB/88) e “necessitados” (art. 134, CRFB/88) também deve

levar em consideração a máxima efetividade dos direitos fundamentais, de modo a abranger os mais variados estados de vulnerabilidade. É possível falar, portanto, em "necessidades" nos planos econômico, jurídico e organizacional, este último diretamente ligado à vulnerabilidade de grupos sociais;

h) partindo-se do pressuposto de que, em situações de escassez, as decisões alocativas de recursos são também desalocativas, a via das ações individuais gera uma inevitável drenagem dos recursos que seriam destinados às políticas públicas, transferindo-os para a classe média. Logo, é mais adequada a solução de controvérsias envolvendo direitos sociais através do processo coletivo, numa dimensão macro da justiça, sobrelevando-se o papel da Defensoria Pública, um dos agentes responsáveis pela universalização do acesso à prestação exigida, em defesa das pessoas necessitadas sob os mais variados aspectos;

i) o fundamento do controle da legitimação coletiva é claramente constitucional. A *adequacy of representation* encontra lastro no princípio constitucional do devido processo legal, cláusula geral prevista na Constituição brasileira, precisamente no seu art. 5º, LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"). A cláusula do devido processo legal demanda, ao menos, a análise do vínculo de afinidade temática entre o legitimado o objeto litigioso;

j) para além dos que são necessitados no plano econômico, também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Sob tal qualificação estão abrangidos todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.;

k) ainda que se queiram enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo exclusivo da defesa dos "necessitados" ou sem "recursos", a Constituição da República, por meio de conceitos indeterminados, deve ser interpretada num sentido ampliativo, maximizando o acesso à justiça, permitindo à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;

l) sob o aspecto subjetivo, é razoável a afirmação de que podem ser

protegidos pela atuação da Defensoria Pública todos aqueles que são socialmente vulneráveis. Enfim, merecem proteção todos aqueles que, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, "necessitem" da atuação do órgão para sua proteção, ainda que contra o próprio Estado;

m) em muitos casos, a classe ou grupo tutelado não é composto integralmente por pessoas necessitadas. Há, portanto, três situações possíveis: grupos exclusivamente compostos por pessoas necessitadas; grupos compostos, em sua maioria, por pessoas necessitadas; grupos compostos por pessoas necessitadas, em minoria. No primeiro caso, é fácil concluir pela pertinência da atuação da Defensoria Pública, tendo em vista a composição exclusiva do grupo por pessoas necessitadas. No segundo caso, é possível chegar à mesma conclusão, sob pena de ser drasticamente reduzida a atuação da Defensoria. Também no terceiro caso (grupos compostos por pessoas necessitadas em minoria), a não-admissão da ação coletiva causaria severos danos a uma classe que, embora minoritária, merece a tutela jurisdicional. Tal observação faz ainda mais sentido quando o grupo de necessitados, embora minoritário, é bastante numeroso, eis que a vedação da via coletiva conduziria a Defensoria Pública à obrigação de ajuizamento de múltiplas ações individuais, criando-se gastos desnecessários;

n) não apenas a Defensoria Pública, mas também o Ministério Público não se encontra, na CRFB/88, entre os legitimados para o ajuizamento da ação de mandado de segurança coletivo. Ocorre que, diante dos diplomas que regulam a Defensoria Pública, bem como da aplicação do microssistema do processo coletivo também à ação do Mandado de Segurança Coletivo, é possível concluir pela legitimação do órgão para a referida ação;

o) por via da ação de improbidade administrativa, também são tutelados os interesses de pessoas necessitadas (o cidadão brasileiro, majoritariamente pobre e desorganizado, em face do agente público inescrupuloso). Assim sendo, os incisos VII e X do art. 4º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, que preveem expressamente a admissibilidade de “todas espécies de ações” para a defesa dos necessitados, consistem num claro permissivo para a atuação do órgão;

p) é possível aplicar, por analogia, o art. 3º, inciso VI, da Lei n. 11.417/2006 às ações de controle concentrado de constitucionalidade, sendo reconhecida a legitimação do Defensor Público-Geral Federal

para o ajuizamento das referidas ações, em defesa dos necessitados sob os mais variados aspectos;

q) no âmbito das ações envolvendo interesses de consumidores, o caminho mais adequado parece ser aquele que veda a atuação da Defensoria Pública apenas nos casos envolvendo bens e serviços de luxo;

r) não existem verdadeiramente limitações objetivas à legitimação coletiva da Defensoria Pública, mas sim subjetivas. Qualquer que seja o direito envolvido (individual homogêneo, difuso ou coletivo em sentido estrito), o que importa é a composição do grupo tutelado, em um juízo abstrato.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Benefientia Et Peritia Iuris, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 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, Marilia Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco*: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

APPIO, Eduardo Fernando. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Interpretação conforme à Constituição*: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais: de acordo com a Lei 9.868/99. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico*: e outros ensaios de direito civil-constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2013.

_____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Tauros, 1963.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 384, ano 102, mar./abr. 2006.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história*: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça*: um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

BLOCH, Marc. From the royal court to the court of Rome: the suit of the serfs of Rosny-sous-Bois. In: THRUPP, Sylvia L. (Coord.). *Change in medieval society*. Toronto: University of Toronto Press, 1988. p. 3-13. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=KGv8e8gdb2IC&>. Acesso em: 13 jun. 2011.

BORGES, Felipe Dezorzi. *A legitimidade da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo*. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/biblioteca/artigos/2514-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-mandado-de-seguranca-coletivo>. Acesso em: 28 fev. 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PEREIRA, Marivaldo de Castro. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: Atuação como parte legitimada ou como Assistente Judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *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. v. 1. p. 259-281.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Decreto nº 1.030, de 14 de Novembro de 1890. Organiza a Justiça no Districto Federal. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 3653, 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Defensoria Pública da União. Conselho Superior. Resolução 13, de 25 de outubro de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/legislacao/arquivos/pdf/2006/2006resolucao13.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Lei Complementar nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Dispõe sôbre [sic] o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Brasília, DF, 10 maio 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. v. 3. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stic Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.264.116/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 18 out. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 abr. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1097533&sReg=201101565299&sData=20120413&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 510.150/MA. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 fev. 2004. *Diário da Justiça*, 29 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=449158&sReg=200300078957&sData=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 912.849/RS. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 26 fev. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=734899&sReg=200602794575&sData=20080428&formato=PDF>.

Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 558/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, 16 ago. 1991. *Diário da Justiça*, v. 1697-2, 26 mar. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 195.056/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 9 dez. 1999. *Diário da Justiça*, v. 2112-2, 30 maio 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 271.286/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 12 set. 2000. *Diário da Justiça*, v. 2013-7, 24 nov. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 106.394/MG. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Brasília, 30 out. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 220, 7 nov. 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3391058>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação nº. 2008.33.00.013317-7. Relatora: Des. Selene Maria de Almeida. Quinta Turma. Brasília, 9 abr. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 abr. 2012c. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=200833000133177>. Acesso em: 20 mar. 2013.

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 (Org.). *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.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na*

ciência do direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *La dimensione sociale*: l'accesso allá giustizia. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. v. 1.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed., corr. y aum. Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990.

CARVALHO, Acelino Rodrigues de. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo: Lei n. 7.347, de 24-7-85. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*: teoria do Estado e da constituição: direito constitucional positivo. 12. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Luis Borges de. *Jurisdição constitucional & democracia*: integridade, pragmatismo nas decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*. Coimbra:

Centelha, 1981.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

CONVÊNIO prevê Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no RJ. Defensoria Pública da União, Rio de Janeiro, 15 jun. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8597:convenio-preve-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-no-rj&catid=79:noticias4&Itemid=220>. Acesso em: 24 jul. 2012.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, p. 225, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DEFENSORIA Pública gaúcha tem legitimidade para ajuizar ação civil pública por improbidade administrativa. ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos, Brasília, 3 ago. 2010. Notícias. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=9399>. Acesso em: 20 fev. 2013.

DIDIER JR., Fredie (Coord). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. A reconstrução da teoria geral do processo. In: _____. (Coord.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012a.

_____. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 1.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012b.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 5. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM. 2010, v. 2.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13. ed. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FRANCIONI, Francesco. The rights of access to justice under custumary international law. In: _____. (Coord.). *Access to justice as a human right*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão,

dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

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

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. As prerrogativas da Defensoria Pública em face da Lei n° 7.871 de 08/11/89. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 130, 1992.

_____. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, n. 61, 2003a. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2011.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 111, p. 192, 2003b.

_____. Coisa julgada e ações coletivas no direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 88, p. 162, 1994.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995a.

_____. El concepto de acción colectiva. In: _____; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*: hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 14

jun. 2011.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 52-66, abr./jun. 1995b.

_____ et al. Principios fundamentales de proceso civil transnacional. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 26, 2003.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo:* a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; DIDIER JR., Fredie; MAC-GREGOR, Eduard. *Código Modelo de Procesos Colectivos*: un diálogo ibero-americano: comentarios artículo por artículo. Cidade do México: Porrúa, 2008. v. 1.

_____; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *O processo*: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. *Parecer*. [sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública]. São Paulo, 16 set. 2008. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf >. Acesso em: 14 abr. 2010.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda (Org.). *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise comparativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

HECK, Luís Afonso. Regras, Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. v. 31. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad20 Acesso em: 27 jan. 2013.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*: arts. 1. a 74, aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZARESE, Tecla. Towards a positivist reading of neo-constitutionalism. *Associations*, v. 6, n. 2, p. 233-260, 2002. Disponível em:

<http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELES, Edilton. *Legitimidade na execucão civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001.

_____; BORGES, Leonardo Dias. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*: no direito comparado e nacional. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogério. *A tradição da civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2009.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, jan./mar. 1991.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação

extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 404, 1969.

_____. *O novo processo civil brasileiro*: (exposição sistemática do procedimento). 23. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Banjul, jan. 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf >. Acesso em: 20 mar. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José [da Costa Rica], 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPODIVM, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

PETERS, Edward. From medieval group litigation to modern class action by

Stephen C. Yeazell. *The American Journal of Legal History*, Filadélfia, v. 34, n. 4, p. 429-431, out./dez. 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/845840>. Acesso em: 13 jun. 2011.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RENDA cresce em 2012 e brasileiro está satisfeito. Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [Brasília], 18 dez. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=16494&catid=4&Itemid=2>. Acesso em: 27 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 0047935-80.2010.8.21.7000. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal. 1. Câmara Cível. Porto Alegre, 19 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jul. 2010. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=854697&ano=2010>. Acesso em: 20 mar. 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions*: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPODIVM, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 121, p. 38-50, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, p. 150, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAUL, Stephanie. Fen-Phen case lawyers say they'll reject Wyeth offer. *The New York Times*, Nova Iorque, 17 fev. 2005. Disponível em:

<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9505E7D6133AF934A25751C0A9639C8B63>. Acesso em: 20 mar. 2013.

SILVA, Bruno Freire; DUZ, Clausner Donizeti; FILHO, Sergio Franco de Lima. Alguns pontos sensíveis da tutela jurisdicional coletiva brasileira: legitimidade ativa e coisa julgada: breve comparação com as class actions. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SILVA, Holden Macedo da. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*: breves comentários textuais ao regime constitucional da Defensoria Pública. Brasília: Fortium, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*: atualizado até a EC 52/2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Sandra Lengruber. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004.

SKY e Claro TV não podem cobrar por ponto extra em Mato Grosso. Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, [Cuiabá], 8 nov. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/9012-sky-e-claro-tv-n%C3%A3o-podem-cobrar-por-ponto-extra-em-mato-grosso>. Acesso em: 27 fev. 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.488/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da defensoria pública para ações coletivas. In: _____. (Org.). *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, Wilson Alves de. Acesso à justiça e problemas processuais em torno do

princípio da igualdade no direito brasileiro. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 8, p. 147-176, 2007.

_____. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

_____. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação,suas variantes. *Revista LTr*: Legislação do Trabalho e Previdência Social, ano 50, n. 2, jan. 1986.

_____. *Sentença civil imotivada*: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Carentes de justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 13, n. 17, p. 127-146, 2001.

TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 6, maio 2009. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/assets/archive/v87/issue6/tidmarsh.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação civil pública e Ministério Público: exorbitância refreada pelos tribunais. In: _____. *Processo civil*: realidade e justiça. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*: uma introdução. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VENTURI, Elton. Comentário ao art. 1º. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009a.

_____. Introdução. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer

(Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009b.

_____. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WILTON, Timothy. The class action in social reform litigation: in whose interest? *Boston University Law Review*, Boston, v. 63, maio 1983. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=63+B.U.L.+Rev.+5 Acesso em: 14 jun. 2011.

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos: (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007a.

_____. Mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012a.

_____. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012b.

_____. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

---

[1] É importante ressaltar, desde logo, que a palavra “representação”, quando utilizada no presente trabalho, não se refere à “representação” em seu sentido técnico-jurídico adotado pelo direito processual civil brasileiro. Em realidade, trata-se de referência aos legitimados pelo direito posto para a propositura de uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo).

[2] DIDIER JR., Fredie. A reconstrução da teoria geral do processo. In: _____. (Coord.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012a, p. 27.

[3] MAZZARESE, Tecla. Towards a positivist reading of neo-constitutionalism. *Associations*, v. 6, n. 2, p. 233-260, 2002. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/rights/en/mazzares.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

[4] Ibid.

[5] PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 172.

[6] CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

[7] Ibid., p. 172.

[8] Como ressalta Daniel Sarmento, “até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura juridical essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusive – do Direito, e não atribuía força normative às constituições” (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 237).

[9] MAZZARESE, 2002.

[10] ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2013.

[11] Neste aspecto, verifica-se que a ideia sobre o papel da Constituição no continente europeu passou a se aproximar mais da noção que existe nos Estados Unidos desde a formação do seu sistema jurídico, no início do constitucionalismo clássico. O controle de constitucionalidade norte-americano, embora não esteja expressamente previsto na sua Constituição, já havia sido tratado por Alexander Hamilton, antes mesmo da sua aprovação, no Federalista n. 78.

[12] DIDIER JR., 2012a, p. 28.

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25-26.

[14] DINAMARCO, 1999, p. 27.

[15] DIDIER JR., 2012a., p. 30.

[16] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347.

[17] Ibid., p. 348.

[18] SARMENTO, 2010, p. 234.

[19] ZANETI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012b, p. 105-106.

[20] SARMENTO, 2010, p. 255-256.

[21] SARMENTO, 2010, p. 270.

[22] PASSOS, 2012, p. 180.

[23] PASSOS, 2012, p. 182.

[24] A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD investiga anualmente, de forma permanente, características gerais da população, de educação, trabalho, rendimento e habitação e outras, com periodicidade variável, de acordo com as necessidades de informação para o País, como as características sobre migração, fecundidade, nupcialidade, saúde, segurança alimentar, entre outros temas. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. v. 31. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

[25] Cf. RENDA cresce em 2012 e brasileiro está satisfeito. Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [Brasília], 18 dez. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=16494&catid=4&Itemid=2>. Acesso em: 27 jan. 2013.

[26] PASSOS, 2012, p. 182.

[27] DINAMARCO, 1999, p. 18.

[28] Ibid., p. 19.

[29] DINAMARCO, 1999, p. 22.

[30] Ibid., p. 23.

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 459.

[32] ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos: (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007a.

[33] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 1, p. 31.

[34] Ibid., p. 40.

[35] SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação,suas variantes. *Revista LTr*: Legislação do Trabalho e Previdência Social, ano 50, n. 2, jan. 1986, p. 172.

[36] Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 374.981, em 28.03.2005, à luz do direito norte-americano, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões judiciais podem ser extraídos da cláusula geral do devido processo legal em seu aspecto substancial. Repelem-se conteúdos evidentemente arbitrários das decisões judiciais, devendo ser observado o coeficiente de razoabilidade. Em síntese, são ilegítimas decisões teratológicas, absurdas.

[37] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

[38] SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 25.

[39] MARINONI, 2010, p. 471.

[40] DINAMARCO, 1999, p. 67.

[41] DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012b, p. 64.

[42] MARINONI, 2010, p. 470.

[43] SOUZA, 2011, p. 25.

[44] Ibid., p. 26.

[45] MARINONI, 2010, p. 314.

[46] Ibid., p. 314.

[47] MARINONI, 2010, p. 471.

[48] CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. v. 1.

[49] Ibid., p. 385-391.

[50] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo:

Malheiros, 1999, p. 186.

[51] Ibid., p. 187.

[52] SOUZA, 2011, p. 83.

[53] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

[54] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 149.

[55] LEITE, 2012, p. 153.

[56] Não se desconhecem as modernas teorias a respeito do reconhecimento do *status* de sujeito de direito aos animais, culminando na Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978, proclamada pela UNESCO em Bruxelas. Trata-se de tema polêmico, que escapa ao objeto do presente trabalho.

[57] FRANCIONI, Francesco. The rights of access to justice under custumary international law. In: _____. (Coord.). *Access to justice as a human right*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 1.

[58] CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[59] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José [da Costa Rica], 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[60] ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Banjul, jan. 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf >. Acesso em: 20 mar. 2013.

[61] FRANCIONI, 2007, p. 25.

[62] Ibid., p. 26.

[63] FRANCIONI, 2007, p. 43.

[64] Ibid., loc. cit.

[65] CONSELHO DA EUROPA, 1950.

[66] FRANCIONI, 2007, p. 44.

[67] FRANCIONI, 2007, p. 47.

[68] DIDIER JR., 2011, p. 136.

[69] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, p. 31.

[70] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32.

[71] Ibid., p. 33.

[72] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50.

[73] Ibid., p. 68.

[74] ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!*: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

[75] Ibid., loc. cit.

[76] ALVES, 2006, p. 46.

[77] LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 56.

[78] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35.

[79] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 36.

[80] Ibid., p. 38.

[81] SILVA, Holden Macedo da. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*: breves comentários textuais ao regime constitucional da Defensoria Pública. Brasília: Fortium, 2007, p. 13.

[82] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 106.394/MG. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Brasília, 30 out. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 220, 7 nov. 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3391058>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[83] ALVES, 2006, p. 49.

[84] LIMA, 2010, p. 58.

[85] Ibid., loc. cit.

[86] ALVES, 2006, p. 237.

[87] Ibid., p. 238.

[88] Ibid., p. 239.

[89] Ibid., loc. cit.

[90] BRASIL. Decreto nº 1.030, de 14 de Novembro de 1890. Organiza a Justiça no Districto Federal. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 3653, 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[91] ALVES, 2006, p. 244.

[92] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[93] LIMA, 2010, p. 164.

[94] ALVES, 2006, p. 319.

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 558/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, 16 ago. 1991. *Diário da Justiça*, v. 1697-2, 26 mar. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[96] LIMA, 2010, p. 165-166.

[97] LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

[98] GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: _____; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*: hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 14 jun. 2011, p. 14.

[99] Ibid., loc. cit.

[100] MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6.

[101] LEAL, 1998, p. 40.

[102] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, jan./mar. 1991, p. 186.

[103] WILTON, Timothy. The class action in social reform litigation: in whose interest? *Boston University Law Review*, Boston, v. 63, maio 1983. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=63+B.U.L.+Rev.+597&srctype=smi&srcid Acesso em: 14 jun. 2011, p. 622.

[104] LEAL, op. cit., p. 43.

[105] GIDI, 2004, p. 15.

[106] LEAL, 1998, p. 41.

[107] Barbosa Moreira é comumente citado como o responsável pela distinção entre duas ações coletivas diferentes: a primeira, envolvendo interesses *essencialmente* coletivos – indivisíveis - e a segunda, cuidando de interesses *acidentalmente* coletivos - divisíveis (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193.

[108] LEAL, op. cit., p. 43.

[109] Ibid., p. 43-44.

[110] LEAL, 1998, p. 44-45.

[111] Os autores, de uma maneira geral, não se preocupam com a discussão sobre a ação coletiva passiva, quando tratam do conceito de ação coletiva. Embora não seja pacífico na doutrina o reconhecimento de ações coletivas passivas, entendemos necessário explicitar os limites da conceituação ora proposta, a fim de evitar equívocos quanto à extensão do objeto do presente trabalho.

[112] Neste trabalho, o tema da natureza jurídica da legitimidade coletiva ativa será abordado em tópico apartado. Aproveitamos, contudo, para externar, desde já, a opção pela legitimidade extraordinária, que compreendemos como sinônima de substituição processual. Como sobredito, alguns autores, a exemplo de Gidi, preferem utilizar a palavra “representação”, revelando nítida influência dos conceitos norte-americanos. Não parece pertinente, contudo, a utilização da aludida expressão, tendo em vista que a “representação”, no sentido técnico-jurídico do CPC, possui natureza diversa.

[113] LEAL, op. cit., p. 21.

[114] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4.

[115] ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions*: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 30.

[116] LEAL, 1998, p. 22-23. O autor não acha conveniente atrelar o processo coletivo ao sistema romano, já que somente a partir da experiência inglesa teria havido uma preocupação teórica em se justificar a ação coletiva e a sua estrutura.

[117] PETERS, Edward. From medieval group litigation to modern class action by Stephen C. Yeazell. *The American Journal of Legal History*, Filadélfia, v. 34, n. 4, p. 429-431, out./dez. 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/845840>. Acesso em: 13 jun. 2011.

[118] BLOCH, Marc. From the royal court to the court of Rome: the suit of the serfs of Rosny-sous-Bois. In: THRUPP, Sylvia L. (Coord.). *Change in medieval society*. Toronto: University of Toronto

Press, 1988. p. 3-13. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=KGv8e8gdb2IC&>. Acesso em: 13 jun. 2011, p. 3.

[119] LEAL, 1998, p. 27.

[120] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*: no direito comparado e nacional. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

[121] Ibid., p. 61.

[122] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 57.

[123] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer*. [sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública]. São Paulo, 16 set. 2008. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf >. Acesso em: 14 abr. 2010. No mesmo sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ressalta a importancia da intervenção de Mauro Cappelletti no congreso de 1974, enunciando idéias que correriam o mundo, influenciando gerações de juristais, tais como a necessidade de adequação do direito procesual à exigencia de tutela dos interesses coletivos (cf. MENDES, 2010, p. 98-99).

[124] MENDES, op. cit., p. 189.

[125] BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[126] Id. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Dispõe sôbre [sic] o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Brasília, DF, 10 maio 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[127] GRINOVER, 2008, p. 3.

[128] GRINOVER, 2008, p. 4.

[129] Ibid., loc. cit.

[130] GRINOVER, 2008, p. 4.

[131] Convém ressaltar que, mesmo antes da promulgação da Lei n. 7.347/85, já estava vigente a Lei n. 6.938/81, que, instituindo a Política Nacional do Meio Ambiente, previu o monopólio do Ministério Público para a ação de responsabilidade civil e criminal. Em seguida, a Lei Complementar n. 40 definiu como uma das funções institucionais do órgão a promoção da ação civil pública.

[132] O Projeto Antonio Gidi foi elaborado em 2002, tendo sido publicado na Revista de Processo. O referido autor é, certamente, um dos pioneiros nos estudos e preocupação com a elaboração de um Código de Processo Coletivo (cf. GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 192, 2003b).

[133] O projeto do Instituto Ibero-americano foi elaborado, inicialmente, pela Profª. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, tendo sido revisado posteriormente por uma comissão integrada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.

[134] Tal projeto foi elaborado sob a coordenação da Profª. Ada Pellegrini Grinover, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Cuida-se do primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

[135] Projeto elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação em sentido estrito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estácio de Sá – UNESA, surgindo a partir de debates sobre o primeiro texto elaborado pela Profª. Ada Pellegrini Grinover.

[136] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 33.

[137] Ibid., p. 34.

[138] LEAL, 1998, p. 19-21.

[139] GRINOVER, 2008, p. 14.

[140] MARINONI, 2010, p. 314.

[141] LEAL, 1998, p. 18-19.

[142] SARMENTO, 2010, p. 179.

[143] Ibid., p. 181.

[144] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37.

[145] Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. v. 3. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P9 Acesso em: 18 fev. 2013.

[146] SARMENTO, 2010, p. 182.

[147] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 271.286/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 12 set. 2000. *Diário da Justiça*, v. 2013-7, 24 nov. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[148] SARMENTO, 2010, p. 187.

[149] ALEXY, 2011, p. 90.

[150] AMARAL, 2010, p. 38.

[151] Ibid., p. 80.

[152] POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 105.

[153] VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*: uma introdução. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 41.

[154] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 338.

[155] SARMENTO, 2010, p. 212.

[156] SARMENTO, 2010, p. 213.

[157] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 129.

[158] Ibid., p. 298.

[159] MENDES, 2010, p. 118.

[160] Ibid., p. 123.

[161] ROQUE, 2013, p. 21.

[162] ROQUE, 2013, p. 26.

[163] SILVA, Bruno Freire; DUZ, Clausner Donizeti; FILHO, Sergio Franco de Lima. Alguns pontos sensíveis da tutela jurisdicional coletiva brasileira: legitimidade ativa e coisa julgada: breve comparação com as class actions. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.).

Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 90-91.

[164] ROQUE, 2013, p. 71.

[165] Ibid., p. 73-74.

[166] ROQUE, 2013, p. 77.

[167] Ibid., p. 94.

[168] GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009, p. 13.

[169] VENTURI, Elton. Introdução. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009b, p. 22.

[170] VENTURI, Elton. Comentário ao art. 1º. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*: um diálogo ibero-americano. Salvador, JusPODIVM, 2009a, p. 29.

[171] LEAL, 1998, p. 54.

[172] Ibid., p. 54-55. No caso dos grupos ocasionais e efêmeros, sem representação formal, entende o autor que o problema não seria o seu reconhecimento como pessoa jurídica, mas sim o da legitimidade para agir e a aptidão dos autores para serem considerados representantes adequados, não havendo, propriamente, o desejo de reconhecimento como pessoa jurídica (já que seus membros não possuem em tese qualquer interesse em comum para além do fato de compartilharem um mesmo direito enquanto coletividade política).

[173] LEAL, 1998, p. 59.

[174] Entende-se por *opt-out* o direito que possui o membro de um grupo em não ser vinculado pela coisa julgada da ação coletiva. Isso só é possível nas ações em que se discutem direitos acidentalmente coletivos, tendo em vista que, nas demais, o objeto é indivisível, não podendo ser afastada a coisa julgada para um ou para outro.

[175] Parece claro que esse cuidado com a comunicação aos “representados” também depende do regime da extensão da coisa julgada aos particulares, sobretudo nos sistemas em que isso ocorre independentemente do resultado da demanda.

[176] YEAZELL, Stephen C. apud LEAL, op. cit., p. 66.

[177] No caso emblemático *Air Line Stewards Association v. American Air Lines*, em que um sindicato promoveu ação coletiva objetivando reintegrar aeromoças grávidas, que haviam sido demitidas, o tribunal não admitiu o sindicato como adequado representante, tendo em vista que os membros do próprio sindicato, em especial os empregados da empresa em serviço, poderiam ser prejudicados com a decisão final.

[178] LEAL, 1998, p. 69.

[179] Nesta última situação, contudo, admite-se a existência de uma ficção que pode conduzir a situações forçadas, tendo em vista a dificuldade de se vislumbrar os reais interesses de uma associação, para além de seu estatuto.

[180] LEAL, 1998, p. 73.

[181] Ibid., p. 78.

[182] CARVALHO, Acelino Rodrigues de. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo:

Saraiva, 2010, p. 57-58.

[183] CARVALHO, 2010, p. 59.

[184] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 199-201.

[185] Ibid., 2011, p. 198.

[186] DINAMARCO, 1999, p. 315.

[187] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 404, 1969, p. 10.

[188] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 201.

[189] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50.

[190] CARVALHO, 2010, p. 50-51.

[191] DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 35.

[192] Não há, neste trabalho, uma preocupação na discussão sobra a diferença entre direitos/interesses transindividuais/metaindividuais, tendo em vista a sua inutilidade. Merece destaque, apenas, a distinção já realizada entre direitos naturalmente coletivos e direitos acidentalmente coletivos, atribuída a Barbosa Moreira.

[193] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50.

[194] Ibid., 1988, p. 51.

[195] CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52.

[196] Ibid., p. 56-57.

[197] LEAL, 1998, p. 201. Segundo o autor, “esse desejo da doutrina não tem o menor efeito em termos normativos, pois não há hierarquia ou preferência entre um autor coletivo e outro”.

[198] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 220.

[199] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168.

[200] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, n. 61, 2003a. Disponível em: <http://www.gidi.com.br/publications/>. Acesso em: 18 jun. 2011, p. 62.

[201] Cf. Ibid., p. 63. Registre-se que essa posição doutrinária parece ir de encontro com a literalidade do art. 103, III, do CDC, que informa que a coisa julgada, nas causas que envolvam direitos individuais homogêneos, será “erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. A assimetria entre o regramento processual das ações coletivas em tutela dos direitos difusos/coletivos de um lado e o das ações coletivas em tutela dos diretos individuais homogêneos de um outro lado é incompreensível do ponto de vista da política legislativa.

[202] Ibid., loc. cit.

[203] GIDI, 2003a, p. 64.

[204] BRASIL, 1988.

[205] GIDI, op. cit., loc. cit.

[206] MENDES, 2010, p. 70-80.

[207] Ressalte-se que a denominação de classe aqui tem um significado bastante amplo, não se exigindo qualquer relação jurídica base entre as pessoas interessadas nem a indicação exata das pessoas ou número de interessados. O que se objetiva é uma definição suficientemente clara e precisa da classe,

para que se possam traçar os limites subjetivos do julgado.

[208] Exige a regra: “the class is so numerous that joinder of all members is impracticable”.

[209] Não se exige uma identidade absoluta de todas as questões.

[210] Registra Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que o significado exato e a extensão do requisito carecem de consenso absoluto. “Há autores, como Robert H. Klonoff, que classificam em separado, como requisito implícito, a necessidade de a parte representativa integrar a classe, deixando, no caso, para o âmbito da tipicality somente a verificação da compatibilidade entre a parte representativa e a classe, em termos de pretensão ou defesa [...]” (cf. MENDES, op. cit., p. 73-74).

[211] MENDES, 2010, p. 77.

[212] Ibid., p. 78.

[213] TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 6, maio 2009. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/assets/archive/v87/issue6/tidmarsh.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011, p. 1137.

[214] GIDI, 2003a, p. 66.

[215] MENDES, 2010, p. 78.

[216] Propondo que se repensem os requisitos atualmente adotados, Jay Tidmarsh sugere: “the doctrine of adequacy of representation should be recast to achieve a single, easily determined metric: Representation by class representatives and counsel is adequate if, and only if, the representation makes class members no worse off than they would have been if they had engaged in individual litigation.” (Cf. TIDMARSH, 2009, p. 1139).

[217] MENDES, op. cit., p. 78-79.

[218] GIDI, 2003a, p. 67.

[219] GRINOVER, 2008, p. 9-10.

[220] GIDI, op. cit., p. 68.

[221] GIDI, 2003a, p. 70.

[222] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 195.056/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, 9 dez. 1999. *Diário da Justiça*, v. 2112-2, 30 maio 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[223] Objetiva a CONAMP a declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85, ou, alternativamente, sua interpretação conforme a Constituição, para que, sem redução do texto, seja excluída da referida legitimação a tutela dos interesses ou direitos difusos, uma vez que, por disposição legal, seus titulares são pessoas indeterminadas, cuja individualização e identificação é impossível, impossibilitando a aferição de sua carência financeira. A ADI nº 3943 ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

[224] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305.

[225] A expressão “ação coletiva”, no presente projeto, é utilizada como gênero do qual são espécies a ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ação popular, mandado de segurança coletivo etc.

[226] GRINOVER, 2008.

[227] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 912.849/RS. Relator: Min. José Delgado. Primeira Turma. Brasília, 26 fev. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=734899&sReg=200602794575&sData=20080428&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[228] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 0047935-80.2010.8.21.7000. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal. 1. Câmara Cível. Porto Alegre, 19 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jul. 2010. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=854697&ano=2010>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[229] BRASIL. Lei Complementar nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[230]No original: “Estendendo - se a legitimação a outras entidades, aqueles interesses serão defendidos com a eficácia exigida pela sua importância. Parece não haver discrepância em torno dessa exigência”. GRINOVER, 2008, p. 11.

[231] SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 121, p. 38-50, 2005, p. 50.

[232] LEITE, 2012, p. 154-155.

[233] CAPPELLETTI; GARTH, 1988.

[234] Como cediço, cabe à Defensoria Pública, por expressa previsão legal, o exercício da função de curadoria especial. Tal atribuição é bastante comum e, na maioria dos casos, exercida em favor de sociedades empresárias supostamente detentoras de consideráveis recursos. Na maioria dos casos, a atuação se justifica em razão da ocorrência de citação ficta acompanhada da revelia, para que seja respeitado, ao menos minimamente, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

[235] GRINOVER, 2008, p. 12.

[236] No original: “Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos ‘minus habentes’. É este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 245.

[237] SOUZA, 2011, p. 34.

[238] Ibid., p. 35.

[239] Ibid, loc. cit.

[240] GRINOVER, 2008, p. 13.

[241] Id. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 116-117.

[242] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.264.116/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, 18 out. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 abr. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1097533&sReg=201101565299&sData=20120413&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[243] SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 46.

[244] 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 (Org.). *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. 46-47.

[245] SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.488/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da defensoria pública para ações coletivas. In: _____. (Org.). *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. 256-257.

[246] LIMA, 2010, p. 243.

[247] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 218-219.

[248] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 651.

[249] LIMA, 2010, p. 237.

[250] BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação nº. 2008.33.00.013317-7. Relatora: Des. Selene Maria de Almeida. Quinta Turma. Brasília, 9 abr. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 abr. 2012c. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=200833000133177>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[251] Id., 1994.

[252] BRASIL. 2012c.

[253] Id., 1988.

[254] Cf. SAUL, Stephanie. Fen-Phen case lawyers say they'll reject Wyeth offer. *The New York Times*, Nova Iorque, 17 fev. 2005. Disponível em: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9505E7D6133AF934A25751C0A9639C8B63>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[255] DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, p. 74.

[256] BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PEREIRA, Marivaldo de Castro. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: Atuação como parte legitimada ou como Assistente Judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *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. v. 1. p. 259-281.

[257] A respeito da referida demanda, cf. SKY e Claro TV não podem cobrar por ponto extra em Mato Grosso. Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, [Cuiabá], 8 nov. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/9012-sky-e-claro-tv-n%C3%A3o-podem-cobrar-por-ponto-extra-em-mato-grosso>. Acesso em: 27 fev. 2013.

[258] Cf. BRASIL. Defensoria Pública da União. Conselho Superior. Resolução 13, de 25 de outubro de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/legislacao/arquivos/pdf/2006/2006resolucao13.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[259] Cf. CONVÊNIO prevê Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no RJ. Defensoria Pública da União, Rio de Janeiro, 15 jun. 2012. Notícias. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8597:convenio-preve-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-no-rj&catid=79:noticias4&Itemid=220>. Acesso em: 24 jul. 2012.

[260] ZANETI JR., Hermes. Mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012a, p. 183.

[261] Ibid., p. 184.

[262] BORGES, Felipe Dezorzi. *A legitimidade da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo*. Disponível em: <http://www.anadef.org.br/biblioteca/artigos/2514-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-mandado-de-seguranca-coletivo>. Acesso em: 28 fev. 2013.

[263] Ibid.

[264] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 510.150/MA. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 fev. 2004. *Diário da Justiça*, 29 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=449158&sReg=200300078957&sData=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2013.

[265] RIO GRANDE DO SUL, 2010.

[266] Cf. DEFENSORIA Pública gaúcha tem legitimidade para ajuizar ação civil pública por improbidade administrativa. ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos, Brasília, 3 ago. 2010. Notícias. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=9399>. Acesso em: 20 fev. 2013.

[267] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1001.