



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

EVANDRO GUSTAVO DE SOUZA

**DEFENSORIA PÚBLICA E A LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA:  
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

EVANDRO GUSTAVO DE SOUZA

**DEFENSORIA PÚBLICA E A LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA:  
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina  
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Souza, Evandro Gustavo .

Defensoria pública e a legitimidade da ação civil pública : democratização do acesso à justiça / Evandro Gustavo Souza. - Londrina, 2015.  
134 f. : il.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Acesso à justiça - Tese. 2. Assistência judiciária - Tese. 3. Ação civil pública - Tese. I. Bellinetti, Luiz Fernando . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

EVANDRO GUSTAVO DE SOUZA

**DEFENSORIA PÚBLICA E A LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO CIVIL  
PÚBLICA:  
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva  
Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL

Londrina, 23 de setembro de 2015.

Dedico este trabalho à memória do meu amado pai, Elson Gonçalves de Souza.

E também a minha filha Ester, que com a grata e recente surpresa de sua concepção, faz os meus dias mais felizes.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao grande mestre Jesus Cristo, pela infinita misericórdia em minha vida;

Meu profundo agradecimento a todos os professores do mestrado: Elve, Bianco, Clodomiro, Rosane, Tânia, Vicente, Striquer, Aurora, Sérgio, e em especial ao Professor Luiz Fernando Bellinetti, meu orientador por ter me concedido a honra de ser meu orientador e pelos incalculáveis ensinamentos;

A minha mãe Terezinha, que através suas sábias palavras, me concedeu forças para continuar a caminhada;

A minha amada esposa Ligia, pelo amor e compreensão, pois sei que não foi fácil suportar os meus momentos de ausência durante o período do mestrado;

Ao meu irmão Edevaldo, pelo companheirismo, amizade e cumplicidade e por tudo o que ele significa para mim;

Aos meus sogros, Milton e Liony, pela força incondicional e pelos valiosos conselhos;

Aos meus cunhados, Lucas e Lidiane.

Aos colegas de Mestrado: Alessandra, Anni, Ana Karina, Bruno, Edney, Fernando, Igor, Janaina, Maicon, Malu, Marcos Akira, João Henrique, Marcos Guilhen, Taisa, Thalles, Thiago Sabião, Tiago Brene e Tiago Freire, pelos agradáveis momentos juntos, e principalmente a memória de Caio Cassiano Shiguemy Ishii.

Ao Francisco, carinhosamente chamado de Chico, pela sua inigualável atenção comigo, antes mesmo de ingressar no mestrado e durante todo este período.

Enfim, quero agradecer a todos que de certa forma contribuíram para a conclusão de mais esta etapa em minha vida.

**“A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”**

**Hannah Arendt**

SOUZA, Evandro Gustavo. **Defensoria Pública e a legitimidade da ação civil pública**: democratização do acesso à justiça. 2015. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2015.

## RESUMO

O presente trabalho tem como norte contribuir para o reconhecimento da Defensoria Pública como ente legitimado a propor ação civil pública. Para tanto, em um primeiro momento, introduzirá como meio argumentativo de averiguação desta legitimidade, através do contido nos ensinamentos do filósofo e sociólogo alemão Jurgen Habermas a respeito de sua teoria discursiva do direito, que irá consequentemente englobar os conceitos de agir comunicativo, esfera pública e democracia deliberativa. Ato contínuo explorar-se-á, o tema do acesso à justiça, perpassando todo o contexto histórico do instituto, e apontar os problemas existentes em relação à dificuldade de acesso à justiça das pessoas hipossuficientes, bem como na proteção dos direitos difusos, seguindo o panorama estabelecido na obra *Acesso à Justiça* de Mauro Capelletti e Bryan Garth. A seguir, serão expostas algumas explicações sobre a função desempenhada pelo órgão Defensoria Pública, destacando algumas de suas peculiaridades, principalmente a de agente de transformação social, conforme atribuição constitucional que lhe é outorgada, de acordo com o artigo 134 da Constituição Federal de 1988. Além do mais, a pesquisa contempla o estudo da ação civil pública, como instrumento eficiente de solução de conflitos de direitos transindividuais. No mais, serão apresentadas as discussões acerca da legitimidade da defensoria pública quanto à propositura da ação civil pública, colocando em evidência a celeuma existente em relação à constitucionalidade do dispositivo legal que legitima a Defensoria Pública para a Ação Civil Pública (art. 5º, II, da Lei 11.448/2007), onde ele foi objeto de indagação perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.943) pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Nesta ação é alegado vício material de inconstitucionalidade por suposta afronta aos artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, pois, segundo eles, com aval de alguns autores, acreditam que a Defensoria Pública teria sua atuação voltada somente à individualização precisa de seus assistidos. Consequentemente estaria a Defensoria Pública impedida de pleitear, por meio da ação civil pública, a defesa de interesses difusos e coletivos. Deste modo com aporte teórico apresentado no primeiro capítulo, quanto à dimensão elaborada por Habermas, no tocante à legitimidade do direito no plano de aplicação, ou seja, a decisão judicial só será legítima se ela emanar de um processo democrático, onde a participação dos jurisdicionados se dê de forma igualitária, e de modo participativo num procedimento discursivo. Assim, a Defensoria Pública, como instrumento essencial de acesso à justiça, funcionaria como meio de nivelar os discursos no âmbito do processo, seja ação analisada sob o ponto de vista individual ou coletivo.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Acesso à justiça. Ação civil pública. Legitimidade. Habermas.



SOUZA, Evandro Gustavo. **Public Defender and the legitimidade the civil action: democratization access to justice.** 2015. 134p. Dissertation (Master degree in in Business Law)– Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2015.

## ABSTRACT

This work is north contribute to the recognition of the Public Defender as being legitimate to propose civil action. Therefore, at first, it introduces as argumentative method of claim legitimacy through this contained in the teachings of the philosopher Jurgen Habermas and German sociologist about his discursive theory of law, which will consequently encompass the concepts of communicative action, public sphere and deliberative democracy. Subsequently explore shall be the issue of access to justice, passing all the historical context of the institute, and point out the existing problems regarding the difficulty of access to justice for hyposufficient people as well as the protection of diffuse rights, following the panorama established in the work Access to Justice Mauro Capelletti and Bryan Garth. The following will be exhibited some explanations about the role played by the Public Defender's body, highlighting some of its peculiarities, especially for social change agent as constitutional assignment that is granted to him in accordance with Article 134 of the 1988 Constitution. Furthermore, the research includes the study of civil action as an efficient instrument of trans-rights conflict resolution. In all, discussions about the legitimacy of the public defender as the initiation of civil action will be presented coocando highlighted the existing stir on the constitutionality of the legal provision that legitimizes the Ombudsman for Civil Action (art. 5 °, II of Law 11,448 / 2007), where he was the object of inquiry before the Supreme Court (ADI No. 3943) by the National Association of Prosecutors (CONAMP). This action is alleged addiction unconstitutional material for alleged affront to Articles 5, LXXIV, and 134 of the Federal Constitution, since according to them, with endorsement of some authors believe that the Ombudsman would have his dedicated role only to the individualization of their needs assisted . Consequently the Ombudsman would be prevented from seeking, through civil action, the defense of diffuse and collective interests. Thus with theoretical framework presented in the first chapter, as the scale developed by Habermas, as regards the right of legitimacy in the implementation plan, ie the court decision will only be legitimate if it originates from a democratic process, where the participation of jurisdictional be given equally and in a participatory manner in a discursive procedure. Thus, the Ombudsman, as an essential instrument of access to justice, work as a means of leveling the speeches in the process, action is analyzed from the individual point of view or collective.

**Keywords:** Public defender. Access to justice. Civil action. Legitimacy. Habermas.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> –Gráfico do Processo de Criação das Defensorias Públicas Estaduais.....	76
<b>Figura 2</b> –Estados com Defensoria Pública Criada, mas sem estrutura adequada .....	77
<b>Figura 3</b> –Comarcas com Defensorias Públicas Instaladas.....	77
<b>Figura 4</b> –Quantidade de Defensores Públicos por Comarcas.....	78
<b>Figura 5</b> –Quadro Comparativo entre a Quantidade Existente de Defensores Públicos, Magistrados e Promotores de Justiça.....	79

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I - HABERMAS: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA COMUNICATIVO</b> .....	14
1.1 AGIR COMUNICATIVO .....	17
1.2 ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....	21
1.3 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO .....	25
1.4 O MÉTODO TEÓRICO HABERMASIANO E A INTER-RELAÇÃO COM O SISTEMA PROCESSUAL QUANTO À IGUALDADE .....	29
<b>CAPÍTULO II - ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	34
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	34
2.2 HISTÓRICO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA .....	36
2.3 A DISCUSSÃO A RESPEITO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL .....	38
2.4 ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DE MAURO CAPELLETTI E BRYAN GARTH .....	41
2.5 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A POBREZA E O ACESSO À JUSTIÇA .....	46
2.6 ACESSO À JUSTIÇA AOS HIPOSSUFICIENTES .....	49
2.7 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	53
2.7.1 Análise do Conceito de necessitado .....	58
2.7.2 Assistência Judiciária Gratuita: uma Análise Crítica .....	61
2.8 ACESSO À JUSTIÇA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	64
<b>CAPÍTULO III - DEFENSORIA PÚBLICA</b> .....	68
3.1 CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES .....	68
3.2 DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO .....	71
3.3 PANORAMA ATUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL .....	75
<b>CAPÍTULO IV - AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b> .....	80
4.1 MARCO HISTÓRICO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS .....	80
4.2 DEFINIÇÃO E DO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	84
4.3 LEGITIMIDADE ATIVA .....	90
4.4 COISA JULGADA .....	94

4.5	CONTORNOS POLÍTICOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	99
-----	--	----

**CAPÍTULO V - LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A**

	<b>AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....</b>	<b>107</b>
--	---------------------------------	------------

5.1	DA INSERÇÃO DOS CONCEITOS HABERMASIANOS QUANTO À LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	116
-----	--	-----

	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>121</b>
--	------------------------	------------

	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>124</b>
--	--------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

Ainda é nítida a discrepância entre diversos setores da sociedade, principalmente quando se está diante de desigualdes sociais, em especial fatores econômicos, os quais desencadeiam disparidades, refletindo conseqüentemente na qualidade, no modo da prestação jurisdicional e no recrudescimento do acesso à justiça, em que pese este assunto ser há tanto tempo estudado.

Apesar da criação da defensoria pública, com a Constituição Federal de 1988, órgão tão útil na concretização do acesso à justiça aos hipossuficientes, existem, infelizmente, vozes contrárias a sua legitimação quanto a propositura da ação civil pública.

Assim, atento a este tema que ainda ostenta grande relevância no direito processual atual, o presente trabalho tem como norte contribuir para o reconhecimento da Defensoria Pública como ente legitimado a propor ação civil pública.

Diferentemente das abordagens comuns sobre o assunto, o enfoque para progredir no fortalecimento da tese quanto à legitimidade do referido órgão, é a utilização da teoria discursiva do direito, proposta por Habermas na sua célebre obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volumes I e II, sendo que tal assunto será explorado no primeiro capítulo.

De acordo com a teoria Habermasiana, a justificação de existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade política em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos<sup>1</sup>.

Na dimensão elaborada por Habermas na citada teoria, quanto à validade do direito no plano de aplicação, ou seja, processualmente, a decisão judicial somente será válida se ela derivar de um processo democrático, onde a participação dos jurisdicionados se dê de forma igualitária e de modo participativo em um procedimento discursivo.

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 92.

No início da exposição alguns conceitos inerentes à tese do filósofo serão colocados, em especial, a ação comunicativa, esfera pública e a democracia deliberativa.

No segundo capítulo, contempla-se o estudo do acesso à justiça, expondo todo o contexto histórico da consagração deste direito, e apontando os problemas existentes em relação à dificuldade de acesso à justiça das pessoas hipossuficientes, sem esquecer sobre a proteção dos direitos difusos, de acordo com a obra *Acesso à Justiça* de Mauro Capelletti e Bryan Garth, a qual foi de grande importância para o desenvolvimento da pesquisa.

Por uma questão de coesão, no terceiro capítulo serão expostas algumas explicações sobre a função desempenhada pelo órgão da Defensoria Pública, destacando algumas de suas peculiaridades, em especial a sua evolução legislativa e desenvolvimento estrutural, como também a de agente de transformação social, conforme atribuição constitucional que lhe é outorgada, de acordo com o artigo 134 da Constituição Federal de 1988.

No quarto capítulo, a pesquisa retrata o estudo da ação civil pública, como instrumento de proteção de conflitos de direitos transindividuais, perpassando a sua posição no ordenamento jurídico brasileiro, abordando características processuais basilares como legitimidade e coisa julgada e ainda fazendo uma conexão da ação civil pública como instrumento político.

O último capítulo ficou reservado para dispor acerca das discussões no tocante à legitimidade da defensoria pública quanto a propositura da ação civil pública, realçando a celeuma existente em relação à constitucionalidade do dispositivo legal que legitima a Defensoria Pública para a Ação Civil Pública (art. 5º, II, da Lei 11.448/2007), e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, interposta pela Associação Nacional dos Membros Ministério Público (CONAMP), e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto a este assunto.

Alega-se nesta ação vício material de inconstitucionalidade por suposta afronta aos artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal, pois, segundo a autora da ação, acredita-se que a Defensoria Pública teria sua atuação condicionada à individualização precisa de seus assistidos. Conseqüentemente estaria a Defensoria Pública impedida de pleitear, por meio da ação civil pública, a defesa de interesses difusos e coletivos.

E é também, neste momento, em que serão introduzidos os ensinamentos Habermasianos para integrar e conectar o propósito do trabalho.

## CAPÍTULO I

### HABERMAS: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA COMUNICATIVO

A presente pesquisa, lastreada nos paradigmas de igualdade e de cooperação processual, tão importantes no estudo do processo civil moderno, tem a finalidade de investigar a legitimidade da Defensoria Pública como ente legitimado à proteção de interesses transindividuais, por meio da ação civil pública.

Assim, para alcançar o resultado pretendido, utilizar-se-ão como referencial teórico, os ensinamentos depreendidos na teoria do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas<sup>2</sup>, com base em algumas de suas obras, sendo *Consciência Moral e Agir Comunicativo* e *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volumes I e II, as principais, vez que delas depreendem-se conceitos extremamente valiosos, como o de agir comunicativo, esfera pública, teoria discursiva do direito e democracia deliberativa, as quais adequadamente expostas, serão importantíssimas no mister proposto neste trabalho.

Nesta perspectiva, é importante dizer que Habermas pertenceu a segunda geração da Escola de Frankfurt, cuja a primeira geração era formada por Max Horkheimer, Theodor W. Adorno e Hebert Marcuse, os quais desenvolveram a Teoria Crítica, “cuja proposta crítica e emancipatória (...), visava, sobretudo, apurar a racionalidade técnica e instrumental e sua inserção social, com destaque na manifestação da indústria cultural”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Por uma questão de didática e melhor compreensão do tema, cabe apresentar uma breve biografia do citado autor: “Jürgen Habermas nasceu na cidade de Düsseldorf, na Alemanha, curiosamente no mesmo ano em que foi fundada a Escola de Frankfurt, 1929. Em 1954, aos 25 anos, graduou-se com o trabalho intitulado *O Absoluto e a História*, sobre Schelling. Ainda no mesmo ano Habermas tornou-se assistente de Adorno, a quem assistiria durante os próximos cinco anos, até 1959, no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, a chamada Escola de Frankfurt. Aos 31 anos Habermas passou a lecionar filosofia em Heildeberg e em 1961 publicou a famosa obra *Entre a Filosofia e a Ciência- O Marxismo como Crítica*, inserida em *O estudante e a Política*. Jürgen Habermas passou, então, a lecionar filosofia e sociologia na Universidade de Frankfurt. Várias obras e artigos foram publicados pelo filósofo nos anos seguintes, entre os quais se destacam: *Evolução Estrutural da Vida Pública*, em 1962; a famosa *Teoria e Práxis*, em 1963; *Lógica das Ciências Sociais*, em 1967; e *Técnica e Ciência como Ideologia e Conhecimento e Interesse*, ambas em 1968. Em 1968 Habermas mudou-se para New York e tornou-se professor da New York School for Social Research. Mas já em 1972 muda-se novamente, desta vez para Starnberg, assumindo a direção do Instituto Max-Planck. Contudo, em 1983 Habermas torna, novamente, a lecionar na Universidade de Frankfurt. Por fim, em 1994, Habermas aposentou-se, porém sem nunca deixar de contribuir para o arcabouço do conhecimento através de contínuas palestras, obras publicadas e outros”. (HABERMAS: a vida e a obra. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/habermas.doc>>. Acesso em: 12 jun. 2015).

<sup>3</sup> BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; TESCARO JÚNIOR, João Evanir. **Jürgen Habermas: teoria crítica e democracia deliberativa**. Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 130, 2012.



A carga de conhecimento trazida pela primeira geração da Escola de Frankfurt, foi decisiva para influenciar e permear os contornos políticos e jurídicos criados por Habermas em todo o seu arcabouço teórico, pois se verifica na história que:

O déficit jurídico da Teoria Crítica, apontado por Hoffe, certamente encontrou melhor equacionamento na obra de Habermas que, a partir dos anos de 1980, certificou no âmbito de sua teoria da ação comunicativa, a edificação de uma filosofia e teoria do direito que encontraria aporte, mais tarde, em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, publicado em 1992. Esta obra revela importante giro jurídico operado no interior da Teoria Crítica ao permitir não apenas a introdução de uma categoria central de compreensão das sociedades complexas da contemporaneidade, mas, sobretudo, o reconhecimento de que a emancipação social não pode ser realizada sem os pressupostos jurídicos afirmados no estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

Esta breve retrospectiva serviu para dizer que a grande preocupação de Habermas, diante da leitura de alguns de seus textos, principalmente nas obras *Mudança Estrutural da Esfera Pública* de 1962 e *Consciência Moral e Agir Comunicativo* de 1981, cinge-se na incessante busca da integração e emancipação social, que segundo ele serão alcançadas através da ação comunicativa.

Lubenow, explica que a tese da existência de uma racionalidade comunicativa é a fonte do projeto moderno habermasiano. Para ele atribui-se à sociedade moderna a responsabilidade de ter difundido uma cisão entre as dinâmicas normativas, “que tem uma racionalidade própria, irredutível à lógica instrumental, e sistêmica, racionalizada segundo padrões formais”<sup>5</sup>.

Em contraponto a esse sistema fechado, Habermas instituiu o conceito de racionalidade comunicativa voltado para a mais ampla participação das pessoas, pois “quando os indivíduos se comportam racionalmente, (...) manifestam a ‘racionalidade de um modo de vida’. As condições que subjazem a esse modo de vida refletem a racionalidade de um modo de vida compartilhado por coletivos”<sup>6</sup>.

Para concretizar este ideal Habermas aposta na racionalidade, na possibilidade de autodeterminação dos sujeitos na busca de um projeto próprio de mundo. “Esse é o Habermas humanista, que acredita na capacidade humana de

---

<sup>4</sup> Ibidem,

<sup>5</sup> LUBENOW, Jorge Adriano. A teoria crítica da modernidade de Jürgen Habermas. **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 59, 2013

<sup>6</sup> Ibidem.

usar a razão, uma vez que é através dela que seria dado ao homem a faculdade e a possibilidade de decidir pelo seu próprio “bem geral”<sup>7</sup>.

Assim, no horizonte traçado por Habermas, a Teoria Crítica passou a ser considerada como uma teoria que busca considerar a sociedade numa perspectiva mais dinâmica, abrangente e aberta ao diálogo, que leve em consideração o homem, a sua liberdade, a sua criatividade e o seu desenvolvimento em cooperação articulada com outros homens, confrontando-se com sistemas, a exemplo da indústria cultural, conforme crítica insculpida por Adorno e Horkheimer<sup>8</sup>.

Aliás, por este motivo Habermas distinguiu as ações sociais em duas espécies: as ações comunicativas, as quais incorporam, regularizam e se integram no plano coletivo, e as ações estratégicas que visam um determinado fim, refém de uma racionalidade cognitivo-instrumental, sendo que o seu resultado sempre vai depender da capacidade de manipular informações e adaptar-se aos acontecimentos.<sup>9</sup>

No mais cabe revelar que toda essa estrutura comunicacional permitiu a Habermas, posteriormente, pensar o Direito, no livro *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volumes I e II de 1992, de onde advém a famosa teoria discursiva do direito, que visa legitimar as normas jurídicas através de um procedimento amplo de discussão (democrático), nas diversas esferas em que ele se faz presente, em especial no plano processual.

Assim, aproveitando-se do método comunicativo criado por Habermas quanto à fundamentação do Direito, conectado com as modernas diretrizes do processo civil, com espeque nos postulados da igualdade, devido processo legal e cooperação, é que se chegará à investigação proposta no presente trabalho.

---

<sup>7</sup> MAGER, Miryam. Alguns lugares de inserção da teoria crítica de Habermas. In: SILVEIRA, A. F. et al. (Org.). **Cidadania e participação social**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 23.

<sup>8</sup> Sobre os efeitos da dominação social, expõe-se a crítica realizada pelos citados autores: “A dominação confere maior consistência e força ao todo social no qual se estabelece. A divisão do trabalho, em que culmina o processo social da dominação, serve à autoconservação do todo dominado. Dessa maneira, porém, o todo enquanto todo, a activação da razão a ele imanente, converte-se necessariamente na execução do particular. A dominação defronta o indivíduo como o universal, como a razão na realidade efectiva. O poder de todos os membros da sociedade, que enquanto tais não têm outra saída, acaba sempre, pela divisão do trabalho a eles imposta, por se agregar no sentido justamente da realização do todo, cuja racionalidade é assim mais uma vez multiplicada”. (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. Disponível em: <[http://www.nre.seed.pr.gov.br/umarama/arquivos/File/educ\\_esp/fil\\_dialetica\\_esclarec.pdf](http://www.nre.seed.pr.gov.br/umarama/arquivos/File/educ_esp/fil_dialetica_esclarec.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Inês Lacerda. **Linguagem e realidade: do signo ao discurso**. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 206. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/27896>>. Acesso em: 15 abr. 2015

Mas antes, não há como fugir da exposição de alguns tópicos presentes na organização da teoria de Habermas e que são fundamentais para a sua compreensão, como, por exemplo, o melhor delineamento da teoria do agir comunicativo, o conceito de esfera pública e democracia deliberativa, que culminará, conseqüentemente, na explicação da teoria discursiva do direito.

No entanto, adverte-se, que o propósito deste trabalho não é dissecar completamente a teoria de Habermas, mas apenas contemplar os principais conceitos de seus ensinamentos para alcançar o resultado pretendido na pesquisa.

### 1.1 AGIR COMUNICATIVO

Dentre as funções da linguagem, destaca-se a de eficiente meio de interação social, pois, sem ela não há vínculo cooperativo, sem a projeção de uma comunidade ideal de comunicação, não há sociedade<sup>10</sup>. Aliás, a “comunicação é o modo desse estar-no-mundo na condição humana”<sup>11</sup>.

Contudo, os processos sociais são por diversas vezes constituídos por práticas discursivas, que em parte das situações podem ser manipulatórias, ideologizadas, fantasiosas, opressivas, ou seja, veicularem formas de poder (econômico e administrativo) que instrumentalizam a condição humana, e servem para aumentar os contingentes de opressão social<sup>12</sup>, sendo que em contraponto a isto Habermas edifica a sua teoria do agir comunicativo.

Na construção deste paradigma, Habermas tem a intenção de repensar a função da filosofia, pois, segundo ele, ela deveria deixar de ser voltada ao sujeito. Habermas apresenta uma perspectiva de filosofia intersubjetiva que demanda a participação de vários interlocutores<sup>13</sup>, com a razão fundamentada na análise da

---

<sup>10</sup> Dentre as outras funções da linguagem destaca-se: “A segunda função é a ilocucionária, a força da linguagem como ato de fala, seguindo a teoria de Austin, e até certo ponto de Wittgenstein (considera, no entanto, que seguir uma regra, como propõe Wittgenstein, não basta, uma vez que o conceito de intenção da ação reduzida à consciência de seguir uma regra, despreza a relação da ação comunicativa com o mundo objetivo, o mundo social e o mundo subjetivo). A terceira função é a hermenêutica, na linha de Gadamer, que diz que a linguagem demanda interpretação do discurso em situação”. (Ibidem, p. 208)

<sup>11</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Teoria do discurso: teoria procedural da justiça; Emancipação social. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 106, n. 106-107, p. 570, 2012.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 570

<sup>13</sup> Outra consequência deste conceito é que ele pressupõe o abandono da relação cognitiva sujeito-objeto por um procedimento cognitivo de natureza intersubjetiva, numa relação sujeito-outro sujeito e que só é possível com a progressiva descentração de nossa visão egocêntrica de mundo (PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia**, Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, 1995)

linguagem<sup>14</sup>, sendo, neste contexto, uma filosofia da linguagem<sup>15</sup> amparada na pragmática. Porém, ressalva-se, linguagem enquanto forma de comunicação. Habermas critica com veemência o semanticismo<sup>16</sup>, pois tal abordagem desconsidera o uso pragmático da linguagem<sup>17</sup> na relação que se estabelece entre falantes e ouvintes quando se referem ao mundo.<sup>18</sup>

A razão comunicativa dentro dos contornos teóricos propostos por Habermas possibilita uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática<sup>19</sup>. Assim:

De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um

<sup>14</sup> Neste ponto “Habermas propõe um salto paradigmático, no qual abandona-se o paradigma da consciência a que estes autores encontram-se presos, em prol de um paradigma da comunicação. O paradigma da consciência é calcado na idéia de um pensador solitário que busca entender o mundo a sua volta, descobrindo as leis gerais que o governam, revelando a unidade encoberta sob a diversidade aparente. Neste modelo há uma relação de subordinação do objeto frente ao sujeito. Para Habermas, este paradigma não se sustenta mais. Depois que Hegel mostrou o caráter intrinsecamente social e histórico das estruturas da consciência, que Marx revelou que a mente não é o campo da natureza, mas o inverso e que as formas de consciência são representações ocultas das formas de reprodução social; depois que Darwin estabeleceu o vínculo entre inteligência e sobrevivência e, finalmente, que Nietzsche e Freud revelaram o inconsciente no âmago da consciência, dá-se uma dessublimação do espírito e um enfraquecimento da filosofia (McCarthy, 1984). O pensamento filosófico perde sua auto-suficiência, caem as esperanças de se encontrar os fundamentos últimos de uma primeira filosofia” *ibidem*, p. 78.

<sup>15</sup> Para construção deste conceito, ele se baseou no interacionismo simbólico de Mead, no conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein, na teoria dos atos de fala de Austin e na hermenêutica de Gadamer (EDUARDO, Carlos; PINENT, Cunha. **Sobre os mundos de Habermas e sua ação comunicativa**. Revista da ADPPUCRS, Porto Alegre, n. 5, p. 49-56, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.adppucrs.com.br/informativo/Habermas.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015).

<sup>16</sup> Sobre a utilização deste termo na teoria Habermasiana, cabe fazer a seguintes colocação: “O aspecto problemático da concepção semanticista é, portanto, o reducionismo da concepção de linguagem, fazendo com que ela perca o seu aspecto de auto-referencialidade, ou seja, o seu sentido pragmático. Não só a concepção semântica, mas também a semiótica, cai, de modo inteiramente semelhante, na armadilha da “falácia abstrativa”, ou seja, quando a linguagem é elevada a uma categoria transcendental”. (GOMES, Luiz Roberto. **Educação e Comunicação em Habermas: o entendimento como mecanismo de coordenação da ação pedagógica**. Cadernos de Educação, n. 33, 2012, p. 237)

<sup>17</sup> Cabe aqui ressaltar que: “Com Habermas o aspecto proposicional da linguagem, quer dizer, a relação linguagem/estado de coisas, passa a ser integrado no componente mais amplo dos atos de fala, na linha do pragmatismo; suas análises não se restringem à proposição, não se limitam à análise lógica. Em outras palavras, a referência não esgota a linguagem. O que não significa que a relação com as situações de fato no mundo não sejam levadas em conta pelo componente pragmático, pelo contrário, para Habermas não há discurso, sem atos objetivadores. Fazem parte essencial da ação comunicativa aqueles atos de fala capazes de serem validados como objetivando uma situação para um interlocutor, de modo a que ele possa confiar na “validez” da verdade objetiva, a um só tempo verificável, confiável e criticável, de um ato de fala. Por outro lado, a mesma relação das proposições com um determinado conteúdo empírico e objetivo concernente a estados de coisa no mundo externo, pode ser vista por outra perspectiva, cujos resultados em termos da ação interventora no mundo, são diametralmente opostos: não servem à comunicação, mas ao sucesso”. (ARAÚJO, 2001, p. 203).

<sup>18</sup> EDUARDO; PINEN, op. cit.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 21.

esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade.<sup>20</sup>

Assim, ao externar as pretensões de validade, a ação comunicativa busca unir os interlocutores com o objetivo de se alcançar o entendimento, desde que desvencilhado de fatores limitantes que possam afetar a ação comunicacional.

O agir comunicativo<sup>21</sup> orienta-se, na busca de uma explicação abrangente das relações entre as pessoas. Em suma, o agir comunicativo é:

uma teoria que se fundamenta no conceito de ação, entendida como a capacidade que os sujeitos sociais têm de interagirem intra e entre grupos, perseguindo racionalmente objetivos que podem ser conhecidos pela observação do próprio agente da ação. Habermas vai priorizar, para a compreensão do ser humano em sociedade, as ações de natureza comunicativa. Isto é, as ações referentes à intervenção no diálogo entre vários sujeitos. É, portanto, uma teoria da ação comunicativa.<sup>22</sup>

Marcos Nobre destaca que na ação comunicativa, o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para alcançar fins previamente determinados conforme explicado acima. A ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão. Da perspectiva da ação comunicativa é essencial que se faça ouvir o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos, sem restrições. Segundo Habermas, “esse tipo de ação permite a reprodução simbólica da sociedade, sem a qual o conflito e o dissenso se expressariam unicamente em termos de interesses inconciliáveis, segundo a lógica da ação instrumental, o que levaria a sociedade moderna à autodestruição”<sup>23</sup>.

No mais, atenta-se ao fato que na composição dos atos de fala, fica visível a diferenciação que Habermas faz entre os mundos<sup>24</sup> objetivo, social e subjetivo<sup>25</sup>. Neste ponto, é preciso frisar que:

---

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Comunicação é mais complexa que execução direta. Ela pode reconhecer o outro como participante da comunicação e, ainda assim, reserva-se o direito de aceitar ou contestar suas enunciações. Isso constitui sua superioridade em relação a outras formas e ação. Ela é mais adequada à complexidade de relações reais de vida do que qualquer intervenção direta. (Ibidem, p. 47).

<sup>22</sup> GUTIERREZ, Gustavo Luis; DE ALMEIDA, Marco Antonio Bettine. Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo. **Verita**: Revista de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, v. 58, n. 1, p. 152, 2013..

<sup>23</sup> NOBRE, Marcos. Introdução. In NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>24</sup> Nesse sentido: “O conceito de razão comunicativa de Habermas pressupõe, portanto, uma diferenciação entre os mundos objetivo, social e subjetivo. Esta diferenciação, segundo ele, é que distingue o pensamento moderno do modo de pensar mítico. Ao contrário do último, o primeiro assume que as interpretações variam

podemos dizer que a linguagem permite ao falante não apenas emitir sentenças assertóricas (ou representativas) objetivamente a respeito de um estado das coisas, mas também sentenças apelativas, que objetivam emitir solicitações a outras pessoas, e sentenças expressivas, que visam tornar conhecidas as experiências pessoais. As assertóricas se referem a um mundo objetivo, que tem estatuto ontológico, as apelativas se referem a um mundo social, de características normativas, e as expressivas se referem a um mundo subjetivo, com status afetivo.<sup>26</sup>

Neste processo de comunicação mediado linguisticamente, José Marcelino de Rezende Pinto, apresenta de acordo com Habermas os três critérios de alcance universal pelos quais as pretensões de validade podem ser confrontadas:

1 - Veracidade da afirmação. Esta pretensão refere-se a um mundo objetivo entendido como a totalidade dos fatos cuja existência pode ser verificada; 2- Correção normativa. Esta pretensão refere-se a um mundo social dos atores, entendido como a totalidade das relações interpessoais que são legitimamente reguladas; 3- Autenticidade e sinceridade. Esta pretensão refere-se a um mundo subjetivo, entendido como a totalidade das experiências do locutor às quais, em cada situação, apenas ele tem acesso privilegiado.<sup>27</sup>

Não há como deixar de dizer que Habermas tem ciência da dificuldade em se compatibilizar a vontade de todos os participantes do discurso, já que existe um elevado risco de dissenso nessas interações comunicativas. E um dos modos de integração das possíveis discordâncias é a apresentação do conceito de mundo da vida<sup>28</sup>, que segundo Habermas, constitui a base do agir, um norte para os casos de fala e como meio de interpretações para os atores que agem comunicativamente.

---

com relação à realidade social e natural e que as crenças e valores variam em relação ao mundo objetivo e social". (PINTO, 1995, p. 77-96)

<sup>25</sup> Sobre a utilidade dos conceitos de mundo objetivo, social e subjetivo na teoria Habermasiana, cabe constar o seguinte: "a retidão ou correção normativa, relacionadas ao mundo das ordenações legítimas, através de atos de fala regulativos (mundo social); pretensão de verdade de enunciados verdadeiros, cujos pressupostos de existência (estados de coisa ou acontecimentos) estão ajustados à realidade, de modo que o ouvinte possa assumir e compartilhar o saber do falante, relacionadas ao mundo objetivo, através de atos de fala constativos (mundo cultural); pretensão de sinceridade, de modo a expressar sentimentos, opiniões, desejos, de modo que o ouvinte possa confiar na veracidade do falante, através de atos de fala expressivos (mundo subjetivo da personalidade)." ARAÚJO, 2001, p. 212.

<sup>26</sup> EDUARDO; PINENT, 2004, p. 50.

<sup>27</sup> HABERMAS, 1984 apud PINTO, op. cit., p. 79-80.

<sup>28</sup> Ao discorrer um pouco mais sobre o conceito de mundo da vida, depreende-se o seguinte: "o conceito de mundo da vida (Lebenswelt), entendido como o contexto não problematizável, o pano de fundo que propicia os processos de se alcançar o entendimento. Como ele afirma, no sentido cotidiano o mundo da vida pode ser entendido como aquele em que "os atores comunicativos situam e datam seus pronunciamentos em espaços sociais e tempos históricos" (1987a, p. 136). Ele é constituído por um saber implícito sobre o qual nós, normalmente, nada sabemos porque ele é simplesmente não problemático, não atinge o limiar dos pronunciamentos comunicativos que podem ser válidos ou não. (...) O mundo da vida por sua vez é dividido em três componentes estruturais: Cultura, sociedade e pessoa. - Cultura, entendida como o estoque de conhecimento do qual os atores suprem-se de interpretações quando buscam a compreensão sobre algo no mundo; -Sociedade, entendida como as ordens legítimas através das quais os participantes regulam suas

Para Habermas, existe uma correlação direta entre ação comunicativa e mundo da vida, já que cabe à primeira a reprodução das estruturas simbólicas do segundo (cultura, sociedade, pessoa). Assim, sob o aspecto do entendimento mútuo, a ação comunicativa serve para transmitir e renovar o saber cultural; sob o aspecto de coordenar a ação, ela propicia a integração social; e sob o aspecto da socialização, ela serve à formação da personalidade individual. Por outro lado, a reprodução do substrato material do mundo da vida ocorre através de ações dirigidas a fins pelos quais os indivíduos associados intervêm no mundo e realizam seus objetivos<sup>29</sup>.

Assim, para se obter um resultado da ação comunicativa é preciso que os agentes envolvidos no diálogo estejam dispostos a persuadir ou a se deixar persuadir. Isso exige algumas comunicações básicas, sendo que a primeira é que um acordo seja alcançado apenas pela força do melhor argumento<sup>30</sup>.

Dessa forma, compreende-se, em síntese, que Habermas busca através da ação comunicativa a emancipação e integração social, pois segundo ele, os sistemas adotados contemporaneamente, a exemplo do dinheiro, poder e o mercado, são responsáveis pela colonização do mundo vida, atuando de maneira tão incisiva no modo de viver da sociedade e da vida particular das pessoas, derivando desta situação diversas patologias sociais (Ex: controle judicial das crianças e da família, etc.).

Como visto, dentro do projeto Habermasiano, presume-se, que as pessoas (sociedade) são capazes de encontrar o seu próprio bem comum, através do agir discursivo.

## 1.2 ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O agir comunicativo, como foi concebido por Habermas, emerge de uma estrutura comunicacional, denominada de *Esfera Pública*, que na conceituação e seu criador é entendida como:

Um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não

---

relações no grupo social; -Pessoa, entendida como as competências que tornam um sujeito capaz de falar e agir, ou seja, de compor sua própria personalidade (Habermas, 1987a).” PINTO, 1995, p. 81.

<sup>29</sup> PINTO, 1995, p. 81.

<sup>30</sup> EDUARDO; PINENT, 2004, p. 52.

pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana<sup>31</sup>.

Como se percebe da citação anterior, Habermas atribui ao agir comunicativo a função de integrar as diversas ações e vontades deliberadas na esfera pública. Desse modo, na busca do entendimento mútuo, ao qual o “agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala ou constatam dissensos, os quais, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação”<sup>32</sup>.

Assim, servindo como uma “caixa de ressonância”, dotada de um sistema de sensores sensíveis ao âmbito de toda sociedade, a esfera pública tem o serviço de separar e condensar temas, considerações e contribuições, e enviá-los para o nível dos processos institucionalizados de resolução e decisão, de ingressar no sistema político os conflitos existentes na sociedade civil, com a finalidade de exercer influência e direcionar os processos de regulação e circulação do poder do sistema político, através de uma abertura estrutural, sensível e porosa, ancorada no mundo da vida.<sup>33</sup>

Outro ponto de grande relevância em torno da esfera pública, diz respeito à formação da opinião pública. Esta circunstância detém uma atribuição não só de identificar e perceber a realidade e os problemas sociais, mas ela deve, primordialmente, exercer pressão sobre o sistema político a ponto de persuadi-lo nas questões que foram alvo de discussão<sup>34</sup>. Nesse sentido, Habermas é firme ao dizer que uma opinião pública “não é representativa no sentido estático, ela não constitui um agregado de opiniões individuais pesquisadas uma a uma ou manifestadas

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 92.

<sup>32</sup> HABERMAS, 2003, p. 36.

<sup>33</sup> LUBENOW, 2007.

<sup>34</sup> LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro. **Pensamento Plural**, Pelotas, n. 4, p. 42, 2014



privadamente; por isso, ela não pode ser confundida com resultados de pesquisa de opinião”<sup>35</sup>

Contudo, Habermas adverte que o sucesso da comunicação pública não é medida pela produção de generalidades, mas por requisitos objetivos visando uma opinião pública qualificada.<sup>36</sup>

Em outra análise, Habermas pondera que a esfera pública possui *status* de “espaço social” do qual pode emergir uma formação discursiva da opinião e da vontade política. No seu cerne chocam-se os conflitos em torno do controle dos cursos comunicativos, que percorrem o limiar entre o mundo da vida e a sociedade civil, e o sistema político e administrativo.<sup>37</sup> Assim:

À medida que uma sociedade desenvolve meios mais eficientes que permitam a discussão e a deliberação de questões referentes ao interesse público, aperfeiçoa-se o canal de comunicação entre indivíduos em seu contexto cotidiano e especialistas públicos que atuam profissionalmente na política. E quanto mais esse canal for aprofundado, mais as questões públicas se tornam compreensíveis e mais sentido a atividade política passa a ser no mundo da vida<sup>38</sup>.

Conforme depreendido acima, ficou nítido que na linguagem política habermasiana a esfera pública é a porta de entrada do sistema deliberativo; é um arcabouço de comunicação do qual fluem temas, questões e problemas politicamente relevantes que afloram da esfera privada e das esferas informais da sociedade civil e os conduz para o tratamento formal no centro político; “é um centro potencial de comunicação pública, que revela um raciocínio de natureza pública, de formação da opinião e da vontade política, enraizada no mundo da vida”<sup>39</sup>.

Por ostentar tais atributos, a esfera pública contempla aspectos essencialmente democráticos, de onde Habermas fez surgir com base na teoria do discurso, a democracia deliberativa.

<sup>35</sup> HABERMAS, op. cit., p. 47.

<sup>36</sup> HABERMAS, 2003, p. 94.

<sup>37</sup> Denise Vitale aponta: “Ação e comunicação desempenham um papel fundamental nesse processo, o que requer, na esfera política, regimes cada vez mais democráticos. Nesse ponto da análise, a relação entre ação comunicativa e democracia parece estar bastante clara, pois o fortalecimento da razão comunicativa está extremamente relacionado ao aprofundamento democrático. Em outras palavras, a defesa de um mundo da vida livre e a autonomia das diversas estruturas de valor que ele abrange (arte, ciência, religião), bem como um desenvolvimento balanceado entre essas esferas, dependem da existência de práticas cada vez mais democráticas, já que elas constituem o único instrumento capaz de assegurar o estabelecimento de um livre processo de entendimento mútuo em busca de consenso. A completude do projeto moderno e a emancipação da razão dependem, em última análise, da intensificação do processo democrático”. (VITALE, Denise. **Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa**. Caderno CRH, Salvador, v. 19, n. 48, p. 554, set./dez. 2006.)

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> LUBENOW, 2007, 112-113.

Após fazer um apanhado de diversos entendimentos sobre democracia, Habermas defende que na teoria do discurso, nasce a democracia deliberativa, a qual não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também no jogo de deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal<sup>40</sup>. Nesse caso:

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, situada num nível superior, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede de comunicacional de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito – que acontecem dentro e fora do complexo paramentar e de suas corporações – forma arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação.<sup>41</sup>

Habermas ressalta que a democracia deliberativa ligada ao sistema político conectado aos participantes da esfera pública política, pode dar a ideia de uma sociedade descentrada. Contudo, para ele, esse modelo de democracia não precisa mais acontecer com o conceito de uma totalidade centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo, sendo que a finalidade é precisamente dar ao povo a determinação de participar ou não do ato comunicacional.<sup>42</sup>

Para a democracia deliberativa, as soluções dos problemas humanos em sociedade devem ir além das decisões advindas dos Estados, que em razão da complexidade existente, nem sempre conseguem decidir o que é melhor as pessoas.

Dessa forma, este modelo de democracia permite que “pessoas em suas coletividades, onde cada um se perceba como legislador, súdito e fiscal, porque é convidado a participar do processo de discussão, deliberação, implementação, e acompanhamento dos projetos, normas, programas de ação”<sup>43</sup>, garantindo, assim, uma ampla participação de interlocutores para a formação da vontade coletiva.

---

<sup>40</sup> HABERMAS, 2003, p. 21.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> HANSEN, Gilvan Luiz; MONICA, Eder Fernandes. **A teoria crítica sob o prisma discursivo de Habermas.** In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org.). *Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas.* Birigui – SP: Boreal, 2015. p. 407.

### 1.3 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

O problema acerca da validade e legitimidade do Direito, desde os primórdios, trouxe a inquietude de alguns estudiosos do Direito para saber, especialmente, “onde apoiar a legitimidade das normas jurídicas de sociedades pluralistas, multiculturais e altamente complexas? ”. Como isto seria possível?<sup>44</sup>

A preocupação de Habermas sobre este aspecto, em especial aos modelos de criação de normas utilizado em grande quantidade de países, é a de que se reduzam as normas de Direito ao que for determinado pelas ordens do legislador político. Segundo ele, haveria, por consequência, a transformação do direito em política, ou vice e versa, pois, “no momento em que a legitimação é apresentada como realização da própria política, nós abandonamos o conceito de direito e de política”<sup>45</sup>. Nesse norte:

O Estado é aquela esfera na qual se busca a solução para os conflitos, fazendo ressurgir o consenso, logo, o domínio do Direito Público. Assim, com a positivação do Direito, os caminhos que conduzem a sua legitimidade duplicam-se. Decisões estritamente legais aliviam o Direito moderno do peso da fundamentação. Entretanto, com o fenômeno da positividade, as possibilidades de crítica ao ordenamento jurídico e a necessidade de se justificar a decisão de se converter em lei este ou aquele enunciado conduzem, invariavelmente, ao problema da fundamentação<sup>46</sup>.

Na mudança de paradigma para a legitimação do direito, Habermas entende necessário sobrepor as barreiras impostas pela razão prática, em benefício razão comunicativa. Segundo o seu entendimento, “a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir”, enquanto a razão comunicativa não estava adstrita a nenhum “ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico”, dependendo, tão somente do médium linguístico.<sup>47</sup> Sendo assim:

Habermas está atribuindo à linguagem uma força social, política e ética, que ele chama de emancipatória. Em outros termos, sempre que falantes estabelecem diálogos, argumentam, ‘agem lingüisticamente’, suas falas fazem mais do que significar, mais do que compreender uma expressão gramatical, mais do que asserir, mais do que constatar estados de coisas

<sup>44</sup> SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **A compreensão procedimental do direito, de Jürgen Habermas, ante a folha de contraste da teoria sistêmica, de Niklas Luhmann**. Philosophien, Lisboa, 28, p. 215, 2006. Disponível em: <<http://www.centrodefilosofia.com/uploads/pdfs/philosophica/28/11.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015..

<sup>45</sup> HABERMAS, 2003, p. 237.

<sup>46</sup> MOREIRA Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

<sup>47</sup> HABERMAS, op. cit., p. 19-20.

(referir e significar, como queria Frege) mais do que seguir uma regra através de um comportamento (ao modo de Wittgenstein H), mais do que depender de um contexto e de um uso (behaviorismo pragmatista). Isso porque nos atos de fala todas as "forças" da linguagem ou dimensões se fazem presentes: a da representação de estados de coisa, a do entendimento recíproco e a do uso em contexto.<sup>48</sup>

No interior da teoria discursiva do Direito, como forma de escapar das armadilhas habituais da razão prática, Habermas estabeleceu um novo patamar na relação entre Direito e moral, fugindo da proposta Kantiana, referente ao imperativo categórico, pois o filósofo compreende que ambas as esferas originam de modo simultâneo, cooriginário. Assim:

Habermas quer evitar uma subordinação do direito positivo a uma norma de direito natural ou à moralidade. O autor supõe que, 'no nível pós-metafísico de justificação, regras jurídicas e morais diferenciam-se simultaneamente da vida ética tradicional e aparecem lado a lado como dois tipos de norma de ação diferentes, mas mutuamente complementares' (1996, p. 105). A racionalidade prática que Habermas pretende recuperar a todo custo assumiria significados diferentes de acordo com a norma de ação a demandar justificação. Em se tratando de justificar uma norma de ação pertencente ao campo da moral, aplicar-se-ia o 'princípio da moral' — na forma de um 'princípio de universalização (U)'; em contrapartida, em se tratando de uma norma de ação pertencente ao campo do direito, aplicar-se-ia o 'princípio do direito' — na forma de um 'princípio da democracia'. Embora ambos os princípios possam ser reconduzidos à máxima inscrita no 'princípio do discurso', formulado de maneira formal-pragmática, refletindo 'aquelas relações simétricas de reconhecimento construídas a partir de formas de vida estruturadas comunicativamente' (1996, p. 109), expressando exigências pós-convencionais de justificação, os campos da moral e do direito não podem ser equiparados, embora possam ser, de fato, complementares. Apesar de seu conteúdo normativo, ele [o princípio do discurso] reside em um nível que é ainda neutro com relação à moralidade e ao direito, pois se refere a normas de ação em geral. Significa dizer: o direito não imita a moral.<sup>49</sup>

Em resumo, Habermas sustenta a legitimidade do direito a partir de um procedimento em que se busca a integração de todo corpo social como forma de dar sustentáculo democrático ao ordenamento jurídico estatal<sup>50</sup>. Assim:

<sup>48</sup> ARAÚJO, 2001. p. 206

<sup>49</sup> HABERMAS, 1996, p. 107 apud HERDY, Rachel. Habermas, pragmatismo e direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 50, n. 119, p. 43-61, 2009.. p. 57.

<sup>50</sup> Em relação a busca da legitimidade do direito em Habermas, cabe apresentarmos a seguinte lição: "Assim, um ato de fala comunicativo ajusta-se ao mundo objetivo formado pelo conjunto das entidades sobre as quais é possível um enunciado verdadeiro; ao mundo social, conjunto das relações interpessoais legitimamente reguladas; e ao mundo subjetivo, conjunto das vivências do falante. Estas ações se dão no mundo da vida, coordenam os atos de fala, sem esgotar-se neles, pois excedem a pura compreensão da significação, vão além do ato de entendimento efetuado em termos de interpretação do sentido, uma vez que estabelecem verdadeira e legitimamente, vínculos sociais. Esta seria a contribuição original de Habermas: a busca da legitimidade, que não se atém à busca por critérios que fecham a linguagem no universo propriamente lingüístico, seja ele o gramatical, o lógico, o semântico ou o do ato de fala intencional. Sem a ação comunicativa, o sistema, representado pelo mercado e pelo poder (Estado, burocracia) colonizaria o mundo da

Na perspectiva habermasiana a legitimidade do direito, é auferida, quando o sobredito direito emerge da discussão social, ou seja, quando o direito é amplamente discutido no âmbito da sociedade e desta discussão são criadas as normas. A construção do direito legítimo deve percorrer as mais diversas vertentes da sociedade, não deve ser limitada a casas legislativas, ou a meros intelectuais, ela deve ser democratizada<sup>51</sup>.

Esse "procedimento democrático-comunicativo da produção do direito" na visão de Habermas é considerado o único método de legitimidade pós-metafísica tolerável em meio ao modelo de sociedade moderna e o pluralismo existente. "Nele, o direito positivo pode se legitimar mediante um procedimento público e racional de formação da opinião e da vontade"<sup>52</sup>.

Tal elemento faz com que a facticidade envolvida pelo direito positivo leve a fundamentar suas normas, de modo imediato e específico, por meio de novo princípio, o princípio democrático, e só de modo indireto e genérico pelo princípio do discurso (d)<sup>53</sup>.

Observa-se, porém, que a produção da norma retirada do processo discursivo na fase legislativa, não se sobrepõe ao caráter independente do Poder Judiciário na aplicação da lei. Já que "a possibilidade de se confundir a universalidade procedimental com a universalidade semântica da lei parlamentar pode levar a enganos quanto à problemática da aplicação do direito, que é independente"<sup>54</sup>.

vida, abolindo a ação integradora. Neste sentido, a escola, por exemplo, de lugar essencial da socialização da personalidade, da educação integral, da formação completa, desprovida da função abalizada pelo mundo da vida, serviria apenas à reprodução e aos interesses do sistema, através de ações estratégicas, meio para determinado fim" (ARAÚJO, 2001 p. 216).

<sup>51</sup> SIQUEIRA, Gustavo Silveira. A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito. **Compólitica**, 2011. Disponível em: <[http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_dc-gustavo.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2015..

<sup>52</sup> SIEBENEICHLER, 2006, p. 216.

<sup>53</sup> Flávio Siebeneicher, diz a respeito do princípio do discurso: "Esse princípio procedimental autoriza a suposição - falibilista - segundo a qual, os argumentos e normas obtidos por este caminho são mais ou menos aceitáveis do ponto de vista racional. O sistema habermasiano apresenta dois argumentos principais em prol do princípio do discurso. O primeiro é formulado nos moldes de uma teoria da sociedade, nos seguintes termos: o direito preenche funções de integração social. Funciona, pois, como uma correia de transmissão capaz de transportar a solidariedade cidadã para um nível mais abstrato. Nesta linha de argumentação, a própria coação jurídica que normalmente se opõe à força integradora da comunicação social pode converter-se em um meio de integração. O segundo argumento de Habermas é formulado no nível de uma teoria do direito, segundo a qual **a legitimação das ordens jurídicas pós-modernas implica a idéia da autodeterminação do sujeito. E tal idéia leva a pensar que os cidadãos devem poder se entender, a cada passo, como autores do direito ao qual estão sujeitos como destinatários.**" (SIEBENEICHLER, 2006, p. 217).

<sup>54</sup> (HABERMAS, 2003, p. 244). Marcos Nobre, na introdução de "Direito e Democracia- Um guia de leitura de Habermas" expõe que Habermas trata tal tensão em duas esferas, uma tensão interna e outra externa, ou seja, uma tensão presente no interior do próprio sistema e na jurisdição, e uma tensão mais ampla entre o direito e a sociedade. (NOBRE, 2008, p. 29).

Tal fato ocorre, tendo em conta que no processo de construção da lei, pode emergir uma moralidade que ingressará no direito positivo, de tal forma que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista moral, que temos que respeitar as fundamentais normas<sup>55</sup>. Todavia, na aplicação de normas, sopesada a conjuntura fática, a imparcialidade do juízo não está garantida pelo simples fato de se ter previamente indagado acerca daquilo que todos poderiam querer, mas sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos relevantes de uma situação dada. Desse modo, com a finalidade de decidir quais normas podem ser aplicadas a determinado caso, é preciso esclarecer se a descrição da situação é completa e adequada englobando todos os interesses dos afetados.<sup>56</sup>

Disso, origina-se a distinção entre o plano de fundamentação do direito (tensão externa) e plano de aplicação do direito (tensão interna).

a positividade representa o elemento de facticidade, enquanto a legitimidade (expressão que abrevia a ideia de necessidade de legitimação discursiva e de presunção procedimental de legitimidade) atua como elemento de validade. Como ocorria com a liberdade e a coerção, positividade e legitimidade também se incorporam ao que Habermas chama de 'forma jurídica', que consiste, portanto, dos quatro elementos em conjunto, dois no polo da facticidade (coerção e positividade) e dois no polo da validade (liberdade e legitimidade).

Desta forma, desenham-se os dois eixos do que Habermas chama de tensão interna entre facticidade e validade, o eixo do produto (tensão entre liberdade e coerção) e o eixo do processo (tensão entre positividade e legitimidade)<sup>57</sup>.

Ao tratar da diferença entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação do direito positivo, Habermas utiliza-se dos ensinamentos de Klaus Günther, o qual estabelece que toda norma jurídica ao ser amoldada a uma situação específica tem necessidade de dois tipos diferentes de discurso: "o discurso de fundamentação, que mostre que ela é uma norma válida, isto é, que tem aceitabilidade racional no sistema jurídico; e o discurso de aplicação, que mostre que ela tem aplicabilidade para certo caso concreto em particular"<sup>58</sup>.

Sendo assim, qualquer dispositivo jurídico tem apenas validade *prima facie*, ou seja, sua validade garantida por um discurso de fundamentação, não

---

<sup>55</sup> HABERMAS, 2003, p. 246.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> COELHO, André Luiz Souza. **Facticidade e validade no processo judicial**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4435632/Facticidade\\_e\\_Validade\\_no\\_Processo\\_Judicial](https://www.academia.edu/4435632/Facticidade_e_Validade_no_Processo_Judicial)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>58</sup> COELHO, 2012.

autoriza imediatamente sua aplicação, mas exige um discurso específico, o discurso de aplicação, em que se prove argumentativamente que certo caso particular tem elementos e características tais que exigem, ou pelo menos justificam, a aplicação daquela norma a ele<sup>59</sup>.

De toda exposição até o momento, parece bastante clara a ideia de que através da ação comunicacional, transformada na Teoria Discursiva do Direito, Habermas tenta reformular a figura do Estado Democrático de Direito.

Sob esta nova roupagem, procura-se reforçar a garantia dos direitos fundamentais, principalmente os relativos aos direitos de participação, pois através dos consectários da democracia deliberativa, a partir deste moderno modelo de Estado Democrático de Direito, Habermas propõe a todos, indistintamente, o direito de participar das decisões políticas e jurídicas dentro de um ambiente igualitário, não se admitindo qualquer forma de exclusão ou discriminação.

#### 1.4 O MÉTODO TEÓRICO HABERMASIANO E A INTER-RELAÇÃO COM O SISTEMA PROCESSUAL QUANTO À IGUALDADE

Pretendendo assegurar meios para a inserção das pessoas nos discursos jurídicos, Habermas sustenta a ideia de um sistema de direitos, cuja finalidade é a de garantir a inclusão do maior número de cidadãos aos discursos jurídicos, visando preservar a igualdade necessária na concepção trazida pela teoria discursiva do direito<sup>60</sup>.

O sistema de direitos nada mais é do que um conjunto de princípios jurídicos capazes de assegurar a legitimidade do ordenamento jurídico estatal, e também para que seja preservada a validade do discurso<sup>61</sup>. A partir desta circunstância, Habermas destacou um rol de direitos fundamentais essenciais para se assegurar a validade do ato discursivo<sup>62</sup>, sendo:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

<sup>59</sup> COELHO, 2012, p. 225-226..

<sup>60</sup> GALUPPO, M. C. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 206.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>62</sup> HABERMAS, 2003, p. 159-160.

- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).”

Ao sustentar a necessidade de um sistema de direitos, Habermas tenta assegurar a reconstrução do Estado Democrático de Direito através do método discursivo, cuja existência daquele está pautada na concretização de diversos direitos fundamentais capazes de assegurar a validade do discurso nos moldes planejados pelo filósofo. Nesse sentido:

Uma vez que o Sistema de Direitos é condição racional e histórica de legitimidade do direito, e, inclusive, das normas constitucionais, mas na medida em que tal sistema só pode ser expresso por meio do direito positivo, a Constituição precisa assegurar um núcleo fundamental de direitos, se pretende ser legítima. Assim, do ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito, uma sociedade e um Estado que se pretendam democráticos não podem sonegar direitos fundamentais como aqueles referentes à vida, ao reconhecimento como pessoa, à formação livre da vontade política e à segurança contra coações físicas ou morais ilegítimas<sup>63</sup>.

Nessa conjuntura é perceptível que a igualdade<sup>64</sup> é uma premissa formal e material da concretização daquilo que concede legitimidade ao direito moderno, referente aos discursos de justificação e de aplicação, pois ela é considerada “como pressuposto em geral da própria legitimidade do direito, ou seja, a igualdade é fundamento da legitimidade do discurso jurídico”<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 100, out./dez. 2006.

<sup>64</sup> Nesse contexto de igualdade é relevante informar que: “como a fundamentação das normas jurídicas é sempre transitiva e provisória, já que pode ser superada pela fundamentação de outra norma posterior, o princípio jurídico da igualdade não pode ser entendido como um princípio substancial, com um conteúdo pré-estabelecido, porque isso não levaria a sério nem sua tarefa de incluir a todos nos discursos jurídicos, nem o fato de que ele é um princípio, uma norma cuja aplicação exige uma avaliação de adequabilidade à situação fática que pretende regular, e exige que todas as outras normas sejam postas de lado para sua aplicação”. (Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito : ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191, jul./set. 1999. Um princípio substancial, nesse caso, seria o maior obstáculo a uma igualdade materialmente e formalmente consistente” (GALUPPO; BASILE, op cit., p. 102).

<sup>65</sup> GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102.



Todavia, em países que se encontram numa realidade social econômica desigual, a exemplo do Brasil, é evidente que nem todos têm concretizado os direitos fundamentais mínimos para a mencionada igualdade, para que dessa forma possam exercer a ação discursiva. Sendo que esta situação apresenta contornos mais preocupantes, quando ele se estende no plano de aplicação do direito, pois na via judicial exige-se do jurisdicionado um nível básico de conhecimento na busca do direito pretendido.

Martins destaca que esse nível de compreensão jurídico depende de uma gama de situações, como o grau de escolaridade das partes, o status social dos envolvidos, a experiência em processos judiciais, dentre muitos outros<sup>66</sup>, sendo que nem todos possuem tais qualidades.

Já faz algum tempo que o direito brasileiro tem refletido muito acerca da igualdade e da democratização no interior do processo. Marinoni, por exemplo, identifica que por muitas vezes o conceito de relação jurídica processual escondeu a “cara” da parte, desconsiderando que a ciência processual é ligada a uma realidade social, e por isso é difícil cogitar a legitimidade da jurisdição fundamentada na efetividade da participação das partes na formação da decisão. Entretanto, a compreensão de legitimidade do poder jurisdicional deve emergir da efetividade da participação processual, com a visão inserida no contexto social, garantindo-se, assim, efetividade do direito de acesso à ordem jurídica justa.<sup>67</sup>

A igualdade como princípio constante do sistema processual brasileiro serve de incomparável valor na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os menos abastados financeiramente, “entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social”<sup>68</sup>.

Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correção e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 20015.

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Brasília, n. 6, p. 280, 2011.

<sup>68</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 44, p. 270, 2004.

<sup>69</sup> LEAL, 2004, p. 270.

Como se sabe a isonomia é um princípio impositivo, que gerencia o comportamento das partes no processo quanto à igualdade argumentativa que é indissociável da formação do discurso de aplicação do direito, não se admitindo a igualdade discursiva dos sujeitos do processo por vinculação normativa a outros princípios legais que estivessem numa realidade diferente da estrutura procedimental, “porque, a se considerar uma igualdade ou desigualdade extra-sistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático”<sup>70</sup>.

Marinoni avalia também o papel dos juízes no ambiente processual democrático e igualitário proposto por HABERMAS:

O que se pode dizer, na linha de Habermas, é que o juiz deve examinar os conteúdos das normas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático. Lembre-se que, segundo Habermas, a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate<sup>71</sup>.

Aliás, a ação comunicativa empregada no interior do processo, resguardada as premissas de paridade entre as partes, em igualdade de participação, acaba por “elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o seu caráter de surpresa”<sup>72</sup>.

Como referido anteriormente o plano da aplicação do direito visa que o discurso seja fundamentado por boas razões desde que amparado por aquela série de diretos explicitados acima; nesse ponto o princípio da igualdade se faz fundamental, podendo em certas circunstâncias exigir um tratamento diferente dos sujeitos políticos, vez que a igualdade não pode ser meramente formal, devendo ser também material. Isso se dá porque, “na modernidade, a igualdade é um conceito aritmeticamente inclusivo, ou seja, sempre que o maior número de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estaremos criando igualdade e não desigualdade”.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Ibidem, p. 272.

<sup>71</sup> MARINONI, op. cit., p. 280.

<sup>72</sup> HABERMAS, 2003, p. 75.

<sup>73</sup> GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102.

O viés de igualdade há pouco comentado se assemelha a situação ideal de fala<sup>74</sup> criado por Habermas, que segundo a sua concepção é uma série de regras básicas, que serve como fundamento para assegurar a efetividade discursiva, visto que todo aquele que apresenta um fato argumentativo, pressupõe que toda a argumentação suscita pretensões intersubjetivas para a validade das proposições com a finalidade de que elas possam ser verdadeiras, corretas, racionais, consensuais, universais, livres, etc. No entanto, só há a possibilidade de reconhecer-se como membro dessa comunidade de comunicação se todos esses pressupostos estiverem implícitos no procedimento argumentativo.<sup>75</sup>

Ao argumentar, há um dever recíproco de que somente argumentos são válidos, isto é, nenhuma outra instância alheia à argumentação poderá ser justificada. De acordo com isso, todas as questões de validade da vida humana devem ser resolvidas através do diálogo e da argumentação. “Assim, todo conteúdo que poderá ser reconhecido como verdadeiro terá que ser passível de consenso. Todas as pretensões da razão contidas no pensar, no conhecer e no agir devem ser justificadas no a priori da argumentação, ou seja, na comunidade ideal de ação e fala”.<sup>76</sup>

O que se quis dizer quanto a tudo o que foi explicado é deixar claro que é possível compatibilizar a teoria desenvolvida por Habermas com o sistema processual vigente.

---

<sup>74</sup> Para reforçar a ideia de situação ideal de fala, importante dizer que ela é: “caracterizada por condições formais de justiça processual, que implica ausência de coação interna e externa na apresentação da argumentação racionalmente fundamentada dos envolvidos, com igual possibilidade para todos de argumentar e rebater argumentos, na expectativa do acordo; na dialética manifestasse a interação entre os falantes, com liberdade de crítica e “independente das pressões quotidianas que buscam o êxito” (ibid, p. 43), dentro da qual é possível o mútuo reconhecimento de sinceridade e responsabilidade racional nas reivindicações de validade”. Pinent, 2004, p. 49/56.

<sup>75</sup> ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. Thaumazein: **Revista Online de Filosofia**, Curitiba, v. 5, n. 10, p. 134, 2012.

<sup>76</sup> Ibidem.

## CAPÍTULO II

### ACESSO À JUSTIÇA

#### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo sobre o acesso à justiça deve ser considerado sobre o ponto de vista da presente pesquisa, como um dos assuntos fundamentais para a sua conclusão. Ainda que não se considere o tema uma novidade<sup>77</sup>, é uma temática importante e que continua sendo bastante debatida em relação aos vários pontos de vista existentes pelas quais ela pode ser observada<sup>78</sup>.

A garantia de acesso à justiça, bem como a instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, há tempos é fonte de pesquisa da doutrina processual civil.

Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, nos ensina que depois de longos anos de árduos estudos sobre os conceitos e as categorias necessários para a compreensão do Direito Processual Civil, grandes pensadores do ramo abriram os olhos para um fato muito relevante: a sociedade como um todo continuava ansiosa por uma prestação jurisdicional mais efetiva.<sup>79</sup> No mais o citado autor discorre:

Aspirava-se, cada vez mais, a uma tutela que fosse pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados; por uma Justiça que fosse amoldável a todos os tipos de conflito jurídico e que estivesse ao alcance de todas as camadas sociais e de todos os titulares de interesses legítimos e relevantes; por uma Justiça, enfim, que assumisse, de maneira concreta e satisfatória, a função de realmente implementar a vontade da lei material, com o menor custo e maior brevidade possíveis, tudo através de órgãos adequadamente preparados, do ponto de vista técnico, e amplamente confiáveis, do ponto de vista ético.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Para Boaventura de Sousa Santos: “Não se trata de um problema novo. No princípio do século tanto na Áustria como na Alemanha, foram frequentes as denúncias das discrepâncias entre a procura e oferta da justiça e foram várias as tentativas para a minimizar que por parte do Estado (A reforma do Processo Civil levada a cabo por Franz Klein na Áustria)”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 185, 1986).

Boaventura de Sousa Santos cita como outros meios democráticos de acesso à justiça as: “promotorias legais populares; assessorias jurídicas universitárias populares; a capacitação jurídica dos líderes comunitários; advocacia popular, etc”. (SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática de justiça**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <[http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust\\_FEV\\_2011.pdf](http://72.29.69.19/~ejal/images/stories/arquivos/RevDemJust_FEV_2011.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>79</sup> THEODORO Júnior, Humberto. **Direito e processo: direito processual ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1997. v. 5, p. 45-46.

<sup>80</sup> Ibidem..

O mencionado autor destaca também que após a inserção do Direito Processual Civil como ramo do Direito Público, fez surgir a maior preocupação do Estado e maior atenção do processo civil em relação ao tema do acesso à justiça:

Mas não foi somente na publicização que se notabilizou o processo moderno. Além de ter sido, desde logo, reconhecido como um instrumento de atuação de soberania estatal, aos poucos o caráter mais marcante do instituto foi se deslocando para a sua qualidade cívica, até que a generalidade das Constituições democráticas passasse a incluir o devido processo legal como um dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Mais do que o meio de atuação e soberania do Estado, o processo assumiu a categoria de garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica declarada e assegurada pelas Constituições.<sup>81</sup>

Claramente, percebe-se, que dentro deste contexto de acesso à justiça irrestrito a todas as pessoas (e a longínqua conquista de efetividade), buscou-se dar maior força aos ditames da dignidade humana, sendo ela, hoje em dia, um dos arrimos de quase todos os ordenamentos jurídicos mundiais.

A rigor, José Afonso da Silva, ao contemplar a definição de dignidade humana, diz que ela não é uma criação constitucional, pois se trata de um conceito a *priori*, a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. Dessa forma, se uma Constituição certifica a sua existência, acaba por alçá-la como um valor supremo dentro da ordem jurídica estabelecida em determinada nação. “Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da república, da federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas também o é da ordem política, social, econômica e cultural”<sup>82</sup>.

Por ter uma relação bastante íntima com a dignidade humana, o acesso à justiça acaba por levar as suas raízes nas relações entre processo civil e justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.<sup>83</sup>

Por este motivo, o acesso à justiça será apresentado neste trabalho sobre duas vertentes: a da proteção dos direitos difusos e no aspecto socioeconômico, situação em que será abarcada a população necessitada, sendo que deste modo vai emergir a legitimidade da instituição da Defensoria Pública para o manejo do instrumento processual ação civil pública.

---

<sup>81</sup> THEODORO JÚNIOR, 1997. v. 5, p. 46.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

<sup>83</sup> SANTOS, 1986, p. 18.

Desse modo, buscar-se-á a compreensão de que:

Para que se possa falar em efetivo acesso à justiça, em seu sentido amplo, uma série de pressupostos tem de ser levados em consideração, sendo que apenas alguns deles têm de ser levados em consideração, sendo que apenas alguns deles dizem respeito ao direito processual. É necessária a existência: (a) de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social; (b) de uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a plena realização do Direito; (c) de instrumentos processuais que permitam a efetividade do direito material, o pleno exercício da ação e da defesa e a plenitude da concretização da atividade jurisdicional; e (d) de um Poder Judiciário axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que lhe apresentam.<sup>84</sup>

Nessa perspectiva, criou-se a Defensoria Pública, com a missão institucional de grande relevância do ponto de vista da concretização da justiça social e de democratizar o acesso à justiça.

Junkes<sup>85</sup> defende que a razão de ser da Defensoria Pública está na busca efetiva da justiça social, uma vez que ela é inserida no quadro institucional brasileiro como um organismo expressamente vinculado à promoção da justiça social, ou seja, um organismo capaz de estabelecer a mediação jurídica entre os necessitados e o poder público, com o que se propicia a descoberta e a concretização dos direitos daqueles.

De toda forma, é importante constar que não é de hoje que grandes estudiosos se debruçam na tentativa de encontrar meios realmente efetivos de acesso à justiça, principalmente em relação à introdução das pessoas carentes de modo coletivo ou individual a todos os instrumentos facilitadores na solução de suas controvérsias, sejam elas por meio do judiciário, ou de outros meios alternativos.

## 2.2 HISTÓRICO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

A melhor compreensão sobre o acesso à justiça emerge de sua constituição histórica e é estritamente vinculada à figura do Estado de Direito<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 15.

<sup>85</sup> JUNKES, Sérgio Luiz. O princípio da justiça social como fundamento da defensoria pública. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 9, n. 3, p.536, set./dez. 2004.

<sup>86</sup> Nessa perspectiva: "O Estado Democrático de Direito é, portanto, um Estado no qual o poder - constituído democraticamente como resultado da soberania popular- é exercido dentro de limites juridicamente estabelecidos e que se pauta nos ditames dos direitos fundamentais, tornando o cidadão corresponsável pelos destinos da sociedade. É o mote onde as relações entre Estado e sociedade são redesenhadas na busca pela complementaridade entre a realização pessoal do indivíduo e a harmonia das relações sociais". (VASCONCELOS,

Isso porque, falar em *direito de acesso* implica o reconhecimento por parte do Estado de alguns direitos do cidadão, incluindo nesse rol o direito de acesso, às instituições públicas, denominado direito de petição. De fato, não há dúvidas de que o direito de petição foi uma grande conquista do indivíduo frente à arbitrariedade estatal. Fruto dos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, cujos procedimentos adotados para a solução dos litígios refletiam uma filosofia individualista dos direitos, o direito à proteção judiciária significava essencialmente o direito formal, conferido ao cidadão, de petição ao Poder Judiciário.<sup>87</sup>

Contudo, foi preciso longos anos e várias lutas para se chegar à concepção moderna de Estado de Direito, também conhecido como Estado Constitucional. Apesar de se identificar precedentes desde a antiguidade, este modelo de Estado somente se desenvolveu “no século XIX a partir da influência gerada pelas revoluções francesa e americana [...] com contornos característicos da filosofia liberal, ou seja, mostrando-se como mero administrador de conflitos e vingança privada”.<sup>88</sup>

Neste período:

O acesso à justiça [...] não passa de mero direito de petição ao Estado, apresentando caráter formal da relação entre autor/vítima e acusador/violador. O papel do Estado liberal limitava-se a garantir igualdade formal aos litigantes, sem, contudo, preocupar-se com as condições sociais e econômicas das partes, ou intervir, a fim de assegurar a aplicação imparcial da justiça.<sup>89</sup>

Com o surgimento do estado social em meados dos anos 1950 é que se delinearão melhores os contornos do Estado Democrático de Direito, “na medida em que cria aos cidadãos mecanismos de participação e consagração de direitos, antes apenas reconhecidos no âmbito formal”.<sup>90</sup>

SANTOS observa que:

Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos e econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado de bem estar social transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.<sup>91</sup>

---

Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 66-82, 2013).

<sup>87</sup> ANNONNI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 78.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>91</sup> SANTOS, 1986, p. 18.

Foi a partir desta fase que houve uma reconfiguração da democracia, alargando as suas disposições de simples participação política para irradiar os seus efeitos em outras frentes de atuação, como no aspecto econômico e social. Buscou-se, com isso, colocar em prática o princípio democrático da igualdade material e da pluralidade de sujeitos e direitos.

Desse modo, a partir do século XX, a democracia tornou-se mais relevante, passando a integrar os princípios constitutivos do Estado contemporâneo, e por consequência, acabou por limitar o poder estatal e assegurar direitos fundamentais concretos.<sup>92</sup>

Neste viés democrático, Boaventura de Sousa Santos é enfático ao afirmar que o acesso ao direito e conseqüentemente à justiça possui extrema relevância no regime democrático, pois serve também como instrumento de acesso político. Por conseguinte, os impedimentos ao acesso à justiça são tidos como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia, sobretudo se o acesso for entendido no sentido amplo que envolve, para além da igualdade ao acesso à representação do advogado num litígio, também a garantia de efetividade, eficácia e implementação de direitos<sup>93</sup>.

Apesar de toda a luta histórica para a conquista do acesso à justiça, ainda é evidente no contexto atual as dificuldades de se implantar de maneira efetiva este direito. A exposição sobre os embaraços que acometem a plenitude de realização desta prerrogativa será melhor delineada ainda neste capítulo, quando se abordará a respeito da obra de Mauro Capelletti e Bryan Garth relativo ao tema.

### 2.3 A DISCUSSÃO A RESPEITO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Resguardadas as leis de incentivo à assistência judiciária existentes no Brasil antes mesmo da formação da República, de acordo com a pesquisa realizada, notou-se que a discussão referente ao acesso efetivo à justiça é relativamente recente no Brasil.

---

<sup>92</sup> ANNONNI, 2008, p. 62

<sup>93</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. 2002. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a\\_pdf/01\\_boaventura\\_acesso\\_jud\\_pt.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2015.



Eliane Botelho Junqueira, diz que fora algumas investigações realizadas sobre o assunto por Felipe Augusto de Miranda Rosa na década de 1970, não se tem registro de uma produção sistemática na área direito e sociedade antes dos anos de 1980.<sup>94</sup>

As poucas pesquisas realizadas naquela época não eram oriundas da área das ciências sociais, mas da discussão entre bacharéis de direito sociologicamente orientados. Dessa maneira, a sociologia do direito no Brasil surgiu de modo coincidente com as primeiras pesquisas sobre acesso à Justiça.<sup>95</sup>

Para a citada autora foi compreensível o atraso do Brasil no debate ao tema, pois diferentemente do que ocorria nos países europeus onde já eclodia o *welfare state*, situação na qual já haviam garantido e efetivado uma ampla gama de direitos aos seus cidadãos<sup>96</sup>, por aqui (Brasil) ainda se lutava para assegurar direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em “função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64<sup>97</sup>”.

Essa realidade só veio a ser mudada com a promulgação da Constituição de 1988, sendo a responsável pela instauração de um regime político democrático<sup>98</sup> no Brasil, a qual, por sua natureza, provocou inquestionável avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à justiça**: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389, 1996.

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> (Ibidem, p. 390). Sobre este aspecto histórico: “em 1º de abril de 1964, o Comando Militar destituiu o Presidente civil e instaura uma nova ditadura. O Estado, nessa época, encontra sua matriz no Estado Fascista, quando os direitos humanos ficam submetidos ao arbítrio do poder político. É editada a Carta de 1967, que acaba por resumir as alterações dos Atos Institucionais. Alguns anos após, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1961, a ditadura adquire novos contornos e se consolida. A partir da metade da década de 70, contudo, o regime militar começa um processo de abertura, que se materializa mais concretamente em 1979 com a Lei da Anistia. Esse processo amplia-se com o Movimento pelas Diretas e com a convocação da Assembleia Constituinte, até a promulgação da Constituição de 1988. (MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: para quem? **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 14, n. 23, 2013).

<sup>98</sup> O Estado, após uma longa evolução histórica, assume uma postura ativa e mais protetiva para a garantia da igualdade substancial, de modo que o Poder Judiciário tem papel de relevante importância no modelo do Estado e da sociedade, tendo em vista ser encarado como a garantia dos direitos fundamentais. Ele é imprescindível para dar eficácia à democracia constitucional, já que a função jurisdicional representa a passagem da barbárie à civilização e à segurança jurídica. O acesso à justiça é tido, por isso, como essencial para a efetivação dos direitos humanos no âmbito interno ou internacional, de modo que a ele estão relacionados os meios de proteção a qualquer violação aos direitos e garantias fundamentais e à manutenção da soberania do Estado. (Ibidem.)

<sup>99</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

Nesse sentido, PIOVESAN destaca que:

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]’. Se, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.<sup>100</sup>

De fato, a Constituição Federal de 1988 por ter sido influenciada por diversos movimentos sociais, incorporou um amplo conjunto de garantias e de direitos, sobretudo, no art. 5º em seus 77 incisos, “constituindo-se numa autêntica *bill of rights*, a mais precisa e ampla de toda a história constitucional brasileira”.<sup>101</sup>

E foi neste momento que se verificou uma voraz preocupação do Poder Constituinte originário em dar melhores contornos a temática referente ao acesso à justiça.

Na simples leitura de alguns dispositivos constitucionais consegue-se enxergar a importância dada ao acesso à justiça, como, por exemplo, no artigo 5º, LXXIV que garante a assistência judiciária integral aos necessitados; artigo 98 criando os Juizados Especiais (art. 98); artigo 134 que criou a Defensoria Pública, voltada à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados; e os artigos 127 e 129 ampliando as atribuições do Ministério Público.

Mas cabe lembrar que a legislação brasileira, mesmo antes da promulgação da Carta de 1988, já possuía alguns instrumentos facilitadores de acesso ao judiciário. Cita-se como exemplo, à criação de juizado de pequenas causas, pela Lei nº. 7.244/1984, mais tarde alterada pela Lei nº 9099/95. Aponta-se também, o advento de novas leis que estabeleceram modernas diretrizes para o Ministério Público alçando-o, como o maior responsável pela proteção de interesses coletivos e difusos: a Lei nº 6.938/81, legitimando-o para a promoção de ações de

---

<sup>100</sup> PIOVESAN, 2012, p. 80.

<sup>101</sup> MOTTA, Luiz Eduardo Pereira; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. **O acesso à justiça como objeto de política pública**: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 4, n.2, 2006.

responsabilidade civil por danos ambientais e, sobretudo, a Lei n.º 7.347/85, que instituiu a ação civil pública.<sup>102</sup>

Por fim, é importante expor que as explicações no tocante aos problemas enfrentados nos dias de hoje no Brasil serão apresentados oportunamente. No entanto é possível adiantar dizendo que apesar do avanço conferido pela Constituição Federal, ainda há muito o que fazer para executar as premissas estabelecidas por ela.

#### 2.4 ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DE MAURO CAPELLETTI E BRYAN GARTH

A abordagem da temática proposta será feita com base na obra *Acesso à Justiça*, de Mauro Capelletti e Bryant Garth. Considera-se a referida obra como um dos mais importantes referenciais teóricos sobre o assunto. Desse modo, entende-se importante iniciar a abordagem do tema, na perspectiva destes dois doutrinadores.

O estudo em tela derivou-se do “Projeto de Florença para o Acesso à Justiça”<sup>103</sup> ocorrido nos anos de 1970<sup>104</sup>, evento que teve a finalidade de “estudar assuntos como os obstáculos do acesso à justiça, dentre outros, além de implicar num repensar do conceito tradicionalmente ao acesso, revelando uma preocupação dos estudiosos do direito com o processo civil em face de referido acesso”.<sup>105</sup>

De início, CAPELLETTI e GARTH advertem que:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para <sup>106</sup>determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto [...].

<sup>102</sup> ibidem.

<sup>103</sup> Humberto Theodoro Junior diz que: “Em 1975, CAPELLETTI e alguns professores ingleses e norte americanos (J. Gordley, E Johnson JR., J. A. Jolowicz) iniciaram a publicação de uma série de trabalhos de Direito Comparado relacionados com o denominado “Projeto de Florença”, que tinha como tema o acesso à Justiça. Esses textos se inseriram numa sequência de estudos inaugurados nos Estados Unidos e na Inglaterra em 1968, todos preocupados com o acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional”. (THEODORO, 1997, p. 52).

<sup>104</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1988. p. 7.

<sup>105</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004. p. 66.

<sup>106</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, op. cit.

Adiante, na linha evolucionista, o conceito de acesso à justiça,<sup>107</sup> desde a concepção da temática, tem sido objeto de significantes transformações. Exemplificam, dizendo que no estado liberal do século XVIII e XIX, os meios utilizados para a solução dos conflitos civis, emergiam de uma natureza eminentemente individualista, a qual era entendida simplesmente como o direito formal<sup>108</sup> do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.<sup>109</sup>

Contudo, a partir da evolução da sociedade, da qual se derivou o crescimento e inevitável complexidade, o entendimento individualista de direitos foi deixado para trás, dando lugar para situações e concepções de direitos pertencentes a toda a uma coletividade. Neste passo, houve também o início das lutas para o reconhecimento e concretização de direitos e deveres sociais em face dos governos da época. Dessas circunstâncias, também se originou o entendimento de acesso efetivo à justiça, ultrapassado o aspecto meramente formal, como outrora explicado.<sup>110</sup>

Alçado a categoria de um direito, o acesso à justiça não foge aos problemas referentes a sua efetivação. Capelletti afirma que é utópico o pensamento de que existe de fato igualdade na busca de afirmação ou reivindicação de um direito, pois existem situações que vão além do mérito jurídico e que são dependentes de questões estranhas ao Direito.<sup>111</sup>

Para deixar mais clara esta ideia, os autores listam várias situações capazes de inviabilizar a efetividade do acesso à justiça. Neste ponto, eles elaboram uma lista indicando quais são os fatores que inviabilizavam o acesso à justiça, denominado pela dupla como obstáculos.

O primeiro obstáculo listado na obra diz respeito às “custas judiciais”<sup>112</sup>. Na visão dos juristas, as soluções de controvérsias pelas vias judiciais são

<sup>107</sup> Neste ponto, cabe trazer que: “A teoria era a que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática”. (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 9).

<sup>108</sup> Afastar a “pobreza no sentido legal” – **a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições** – não era preocupação do Estado. A justiça como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. **O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.** (Ibidem).

<sup>109</sup> Ibidem

<sup>110</sup> Ibidem, p. 10-11.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>112</sup> Hélio Márcio Campo, ao apresentar as origens das custas judiciais, expõe: “Segundo notícia de Chiovenda em valioso estudo, as custas judiciais foram desconhecidas nos primeiros tempos do processo civil romano.

notadamente onerosas. A transmissão de tais custos aos jurisdicionados se dá em razão, do grande dispêndio de dinheiro público para a estruturação, aparelhamento e manutenção do Poder Judiciário. Acrescenta-se a este fato, a regra da sucumbência, sendo a obrigação que tem o vencido, no final da demanda, em reembolsar o vencedor com os honorários advocatícios.

Também é fator preponderante em obstaculizar o acesso à justiça, as situações em relação as causas que versam sobre pequenos valores, as quais podem no final da demanda, superar o valor original do litígio. Sem contar, é claro, em relação ao tempo de solução da controvérsia, causada pela morosidade processual/judicial, cujas consequências podem ocasionar “aumento de custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muitos inferiores àqueles que teriam direito”.<sup>113</sup>

Outro ponto descrito na lista decorre da “possibilidade das partes” – Através de um raciocínio óbvio é certo afirmar que pessoas ou organizações que detenham mais dinheiro e poder, possuam maior capacidade de apresentar ou defender-se de eventuais demandas. De maneira geral, partes do processo que tenham essas características, podem pagar por melhores advogados, podem aguardar a demora do processo sem que isso lhe cause maiores prejuízos. Enfim, com o dinheiro, resultará na apresentação dos melhores argumentos na busca da concretização do direito posto em juízo.

Ainda nesta perspectiva é importante mencionar que a aptidão para reconhecer um direito e sua defesa é um sério entrave para a efetivação do acesso à justiça.

Aqui cabe destacar que:

A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente

---

As partes compareciam perante o Tribunal romano acompanhadas do *patroni* ou *advocati*, cuja função era de meros assistentes, quer dizer, somente para prestar auxílio, sem haver, portanto, qualquer representação. Era um cargo honorífico, desempenhado por um parente ou amigo, que não necessitava de um maior estudo ou preparação especial. Porém, em face do aumento da produção legislativa e do desenvolvimento das relações comerciais, tornou-se cada vez mais difícil aos litigantes, especialmente para aqueles que se ausentavam por um longo período de suas cidades, assim como aos estrangeiros e imigrantes, comparecerem sozinhos perante o Pretor. Aí está o motivo pelo qual o antigo amigo e protetor que auxiliava a parte passou a perceber remuneração pela assistência prestada no Tribunal; por outro lado, os presentes e as recompensas que eram recebidos pelos funcionários encarregados da marcha do processo, a fim de que os feitos tramitassem com maior rapidez e exatidão, logo se tornaram obrigatórios (CAMPO, HÉLIO MÁRCIO. **Assistência jurídica gratuita**: assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.1).

<sup>113</sup> CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 20.

superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através do aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem - superar essas barreiras na maioria dos tipos de processo.<sup>114</sup>

Dessa forma, aponta-se a capacidade de se reconhecer um direito, como fundamental para a desobstrução para a busca de justiça. A dificuldade em se ter conhecimento sobre um direito, normalmente ocorrem em grupos financeiramente desfavoráveis, como os necessitados, ou outros grupos vulneráveis, como é o caso dos consumidores.

Aliás, este será um dos pontos, no decorrer desta pesquisa, em que se verificará a importância da legitimidade da Defensoria Pública no manejo da Ação Civil Pública. Ora, sendo os necessitados, presumidamente desinformados de seus direitos, e tendo um órgão legitimado constitucionalmente para postular em seu nome direitos/interesses através do manejo de uma ação que poderá beneficiar vários interessados carentes, nada mais justo que a utilização do referido instrumento.

Outro obstáculo destacado na lista liga-se aos “problemas especiais dos interesses difusos”.

Mais a frente, no próximo capítulo deste trabalho, o conceito de interesses difusos será tratado de uma maneira mais minuciosa. Mas de antemão, para se ter uma compreensão básica sobre o que Capelletti e Garth querem dizer sobre a natureza dos interesses difusos, é possível considerá-los como direitos pertencentes a uma coletividade, sem um destinatário específico. Como exemplo, pode-se citar o direito ao meio ambiente saudável, proteção à saúde, consumidores, etc.

Contudo, a problemática encontrada se situa no fato de que em “razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequena demais para induzi-lo a tentar uma ação”.<sup>115</sup>

CAPELLETTI e GARTH exemplificam:

Suponhamos que o governo autorize construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas – ou nenhuma – terão qualquer interesse financeiro direito em jogo. Mesmo esse, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>115</sup> CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 26.

legitimação ativa (o que é frequentemente um problema), eles estão em posição análoga à do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é antieconômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade.<sup>116</sup>

Horácio Wanderlei Rodrigues, ao citar Kazuo Watanabe, alerta que a não efetividade dessa espécie de direito pode levar a litigiosidade contida, situação em que conflitos podem ficar completamente sem solução. E nesta hipótese, põe-se em risco a paz social e a própria ordem estatal.<sup>117</sup>

Incluindo o Brasil na conjuntura apresentada por Capelletti e Garth na referida obra, Humberto Theodoro Júnior, aponta alguns avanços sobre o acesso à justiça por aqui. Ao apontar caso análogo, alusivo ao primeiro obstáculo, ou seja, a assistência aos necessitados, o autor afirma:

Nos 20 anos que se seguiram ao Relatório do 'Projeto de Florença', constatamos, para a honra e satisfação nossa, que o direito positivo brasileiro tem caminhado na frente, quase sempre superando até mesmo os países do Primeiro Mundo no rompimento daquelas barreiras ao acesso à justiça já arroladas. E tem feito de maneira a adotar as soluções mais avançadas que a doutrina de CAPPELLETTI preconizava. Assim, e apenas a título exemplificativo, no terreno da assistência judiciária, Carta Magna de 1988 não só garantiu a gratuidade do processo (art. 5º, inciso LXXXIV), como também instituiu a Defensoria Pública, declarando-a 'instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados'. (art. 134).<sup>118</sup>

A expectativa é a mesma quando o jurista expõe sobre alguns avanços no tocante à proteção aos direitos difusos:

Para os interesses coletivos ou difusos, a Lei nº. 7.347, de 24/07/85, instituiu a ação civil pública para tutelar o meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico. E a Lei nº. 8.078, de 11/09/90, traçou todo o sistema de ordem material e processual de defesa específica do consumidor. Não só criaram as ações coletivas, mas também se cuidou de definir os órgãos que haveriam de assumir a respectiva titularidade, superando, destarte, todos os inconvenientes da ação singular em defesa de direitos e interesses da coletividade ou de segmentos anônimos dela.<sup>119</sup>

A partir dessas premissas, nota-se que ao menos no campo legislativo pode-se observar significativos avanços no campo da efetivação do acesso à justiça.

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 26-27.

<sup>117</sup> RODRIGUES, 1994, p. 36.

<sup>118</sup> THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 54

<sup>119</sup> Ibidem.

Todavia, no cotidiano, é perceptível a necessidade de melhorias em diversos aspectos, notadamente na melhoria de estruturação dos diversos órgãos responsáveis, para conceder eficácia aos ditames legais.

## 2.5 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A POBREZA E O ACESSO À JUSTIÇA

A finalidade deste tópico é demonstrar através do ponto de vista histórico, aspectos da pobreza e suas implicações quanto ao acesso à justiça<sup>120</sup>, até porque, segundo DA SILVA:

O acesso à Justiça não é só uma questão jurídico-formal mas é também e especialmente um problema econômico social, de sorte que sua aplicação real depende da remoção de vários obstáculos de caráter material, para que os pobres possam gozar do princípio de uma Justiça igual para todos. Ter acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo. A igualdade é um elemento comum a toda concepção de Justiça, mormente na sua manifestação mais característica e mais relevante que é a igualdade perante o Juiz. Pois, é nesse momento que a igualdade ou a desigualdade se efetiva concretamente, como coisa julgada. O princípio da igualdade da Justiça só será respeitado, no sentido atual, se o juiz perquirir a ideia de igualdade real, que busca realizar a igualização das condições dos desiguais em consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente da justiça formal.<sup>121</sup>

Faz-se relevante ressaltar que a barreira ao exercício do acesso à justiça se sobrepõe além da condição econômica do indivíduo. Segundo as 100 regras de acesso à justiça de Brasília, estabelecida na Conferência Judicial Ibero-Americana, identifica a vulnerabilidade de pessoas ou grupos, de um modo geral, como fator decisivo à obstrução da justiça. Além disso, o documento individualiza a idade, a incapacidade, as comunidades indígenas, a vitimização, a migração e deslocamentos internos, o gênero, as pertencas e as minorias e a privação liberdade, como situações que impactam na concretização do acesso à justiça.

---

<sup>120</sup> José Renato Nalini, em artigo interessante aponta: “A dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio sempre foi considerada em todos os estudos sobre o acesso aos tribunais. A primeira onda nas soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça, segundo Mauro Cappelletti, era justamente a assistência judiciária para os pobres. Hugo Mazzilli, depois de reconhecer que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata: Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais”. (NALINI, José Renato. Novas perspectivas do acesso à justiça. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 61-69, 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.).

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, 1999.



Para introduzir a explanação do tema, utilizar-se-ão, novamente, dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, que se encontram na obra *Processo, Ideologias e Sociedades*, nos quais consta o artigo “*Pobreza e Justiça*”.

“O tribunal está fechado para os pobres” esta frase de *Ovídio* é uma das premissas utilizadas pelo autor para adentrar ao problema, que segundo ele é tão velho como a sociedade humana”, mas que ainda serve de lema em diversas nações deste mundo<sup>122</sup>.

Consta que na Roma pré-imperial, um dos meios em que o indivíduo hipossuficiente econômico utilizava como instrumento judicial à disposição na época, era por intermédio de um “poderoso patrono”, mas que por questões óbvias, não foi considerado o modo mais adequado de solucionar o problema, nem mesmo naqueles tempos.<sup>123</sup>

No decorrer da história, o autor revela que:

Durante séculos, o problema teve um início de solução no plano da *charitas* individual ou, mais ou menos, organizada. Foi esta a contribuição que não devemos esquecer por inadequada, ou até francamente mistificada, que hoje passa parecer da ideia cristã nas relações entre homens. A assistência aos pobres insere-se nesta concepção, na ideia de beneficência e de *gratia*. Não é uma obrigação jurídica do rico, nem tampouco do governante e do Estado, nem, portanto, um direito do pobre, senão e tão somente um dever moral e meritório do homem pio.<sup>124</sup>

Ainda na categoria de assistência aos pobres contida na ideia religiosa, uma solução encontrada, em caso da não disponibilidade de um advogado para o pobre (*advocatus pauperum*), tinha-se a compreensão de que o juiz poderia nomear de ofício um advogado para o jurisdicionado hipossuficiente, obrigando o profissional

<sup>122</sup> CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedades**. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 190.

<sup>123</sup> (Ibidem). Ainda no aspecto histórico: “Na história antiga nem sempre o Estado atendeu a esta necessidade. No procedimento romano da primeira época, era preciso fazer um depósito, o “sacramentum”. Nada de certo existe quanto aos que não podiam depositar. No período formulário cessou o depósito. A defesa era facultada a qualquer um. Patenteada a necessidade de condição técnica do defensor, o pretor passou a nomear-lhe advogado » • quando não tivesse. Em uma “Novela” de Justiniano ordena-se a justiça gratuita aos necessitados. No século IV, os concílios haviam ordenado aos bispos que destinassem certas pessoas a assumir a defesa dos pobres. No século XIII, em vários Estados da península italiana, adotaram-se posições semelhantes. Nos tribunais eclesiásticos não se permitia aos juizes aceitar remuneração e nem poderiam reembolsar-se das despesas quando se tratasse de necessitado”. BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Assistência jurídica integral. **Revista da Faculdade de Direito Da UFMG**, Belo Horizonte, n. 33, p. 129-132, 1991. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1423/1352>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>124</sup> (CAPELLETTI, op. cit., p. 19) Nessa perspectiva religiosa, Cappelletti continua: “Santo Ivo, patrono dos advogados, tornou-se santo precisamente porque, apesar de insigne advogado, defendia os pobres ( ele dizia, justamente, que foi advogado, mas não ladrão, coisa admirada pelo povo)”. É assim que floresceram, em muitos centros populosos, com oficiais consagrações de caráter o mais das vezes religioso, instituições como certas congregações de caridade parisienses, medievais e também mais recentes, como o Pio Instituto de S. Girolano della Carità de Roma, e o já mencionado Pio Instituto de S. Ivo, etc, etc. (Ibidem, p. 191-192).

nomeado a aceitar o múnus gratuitamente, sendo previsto que na hipótese de rejeição do encargo pelo defensor era imposto a este a pena de um ano sem poder advogar, conforme estabelecia, por exemplo, o Estatuto de Veneza.<sup>125</sup>

Apesar de ineficiente e autoritário, este modo de assistência aos pobres foi predominantemente utilizado por uma grande parte de países Europeus no século anterior<sup>126</sup>. Apesar da existência de diplomas legais que os albergassem, não trazia nada além do que uma mera igualdade formal ao cidadão hipossuficiente<sup>127</sup>.

Essa situação, como dito em momentos anteriores, passou a ser alterada com a eclosão do *welfare state* na Europa. Assim, o patrocínio dos pobres deixou de ser observado como uma graça ou simples caridade. “Este se tornou um dever, mais precisamente um dever gratuito “honorífico”: um compromisso híbrido entre dever e *gratia*. E, como tal, dirigiu-se, em abstrato, a toda profissão e, em concreto, unicamente aos advogados “<sup>128</sup>.

Ao comentar a ineficiência desse sistema, SILVA, pontua:

A velha e hoje ultrapassada fórmula de nomeação de advogados dativos transfere o tratamento desigual para eles, confrontando procuradores em situação de desigualdade. Com efeito, o patrocínio gratuito como dever honorífico de defender o pobre é uma mistificação, como nota Cappelletti, que não prospera numa economia de mercado na qual uma prestação não retribuída está destinada a ser, na maior parte dos casos, de deficiente qualidade quando não possa ser, como de fato o é frequentemente, simplesmente recusada. Embora, na concepção da Constituição (art. 133), o advogado já não possa mais considerar-se um profissional tipicamente liberal, mas um colaborador ativo e indispensável ao julgador na solução justa, e não somente formal, das controvérsias, não será justo impor-lhe um

<sup>125</sup> Ibidem, p. 195.

<sup>126</sup> Exemplos de países que aderiram a este método, e suas respectivas leis de regência, citam-se: “ A Lei francesa de 22 de janeiro de 1851 sobre *assistance judiciaire* (assistência judiciária) (substancialmente mantida pela lei 10 de julho de 1901, e só marginalmente retocada pelo decreto 58-1289, de 22 de dezembro de 1958), aquela alemã de 1877 (ZPO, parágrafo 114 e segs.), e o decreto-lei italiano de 06 de dezembro de 1865, n.º. 2627, sobre o patrocínio gratuito (não melhorado, em absoluto, senão mantido em suas grandes linhas, pelo real decreto fascista de 1923 que lamentavelmente está, todavia, em vigor)” (Ibidem, p. 195.)

<sup>127</sup> Como resultado da displicência do Estado na formulação adequada nas políticas de assistência jurídica, nesse modelo adotado está: “Numa economia de mercado, o trabalho deve ser adequadamente retribuído, porque de outra maneira tende naturalmente a ser recusado ou, se isto não for possível, a ser de inferior qualidade”. (Ibidem, p. 196).

<sup>128</sup> (Ibidem, p. 197). A mudança desse panorama se deu “Tal ideia não poderia, na realidade, afirma-se até que na emergissem, precisamente, os novos “direitos sociais” de liberdade junto com o “direito burguês” ou “políticos” ou “individuais”, que se afirmaram através da grande escola do iusnaturalismo leigo, com a revolução francesa e com as constituições do século passado. Mas notoriamente que este acontecimento – gradual emergir de uma série de “direitos sociais” do homem - é fenômeno assaz recente, tanto é verdade que a primeira carta Constitucional, a proclamar uma lista de direitos sociais de liberdade, pertence ao nosso século: trata-se, de efetivo, da Constituição oriunda, em 1917, da Revolução dos camponeses mexicanos. O homem, quando não interessado pessoalmente nas mudanças, adapta-se a elas de má vontade, especialmente às mudanças sociais. A esse opõe-se, às vezes, com a força e, então, a reação é violenta: às vezes, com a astúcia e temor, então, o compromisso ou, francamente, a mistificação e a fraude. A este último tipo de oposição pertence, justamente, certo tipo de solução para o problema da justiça dos pobres adotado, como já disse, na França de 1851, na Itália em 1865, e na Alemanha em 1857”. (Ibidem, 2008, p. 195-196).

ônus, o patrocínio honorífico, que deve caber ao sistema de prestações positivas do Estado.<sup>129</sup>

No desenvolvimento da pesquisa revelou-se que todos os sistemas de assistência judiciária, criados para a prestação jurisdicional ao hipossuficiente, sofreu algum tipo de crítica, por este motivo NALINI apontou que:

O ideal da igualdade, a inovação revolucionária resultante dos movimentos do século XVIII, não passou de uma proclamação bombástica e estéril. Pois a igualdade assim atingida era mais frequentemente uma fachada que uma realidade, era uma derrisão em face daqueles a quem se poderia aplicar a frase cáustica segundo a qual eram todos ‘livres de dormir debaixo das pontes. Foi justamente a mais alta Corte desse país (a Inglaterra) que, nos anos 30, declarou que ‘a pobreza é uma desgraça pela qual o Direito nenhuma responsabilidade pode assumir’.<sup>130</sup>

Por fim, numa crítica mais incisiva Nalini chama a atenção para a circunstância de que se não houver melhor divisão de renda, se a miséria não for abrandada, já não se justificará a preservação do equipamento estatal chamado Justiça. Para ele, se este fato não for estabilizado o Poder Judiciário não vai mais conseguir através de sua atuação de reconstituir o justo concreto, pois assim como o capital internacional – e sem pátria – se subtrai à incidência da autoridade judicial, o crescimento da miséria reduz ainda mais o universo de sua atuação. “O pobre tem seus problemas resolvidos na polícia, nos postos de saúde ou nas seitas evangélicas. É raro o seu dia na Corte”.<sup>131</sup>

## 2.6 ACESSO À JUSTIÇA AOS HIPOSSUFICIENTES

A par dos problemas decorrentes do acesso à justiça, Mauro Capelletti e Garth traçam algumas diretrizes para a solução (ondas) para transpor as barreiras expostas acima.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> SILVA, 1999, p. 17.

<sup>130</sup> NALINI, 1997, p. 64.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>132</sup> Além da três “ondas” constantes na citada obra, Kim Economides chama a atenção para a existência de um a 4° onda de acesso à justiça, propondo que: “A que tipo de “justiça” os cidadãos devem aspirar? Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que tanto juízes quanto advogados estejam equipados para fazer “justiça”? O primeiro tema, portanto, é relativo ao acesso à educação jurídica: quem pode se qualificar como advogado ou juiz? Quem tem acesso às faculdades de direito? Uma vez que as faculdades de direito são,

A primeira “onda” proposta para a efetivação ao acesso à justiça, é a criação da assistência judiciária<sup>133</sup> aos pobres<sup>134</sup>. Aliás, esse tem sido um dos esforços realizados há algum tempo por muitos países, inclusive o Brasil (que será analisado mais à frente, com maiores detalhes).

No entanto, ao considerar toda a complexidade do sistema judiciário, como também de todos os meandros processuais ou de outras particularidades, exigiu-se dentro da estrutura da assistência judiciária a presença de um advogado. Contudo, esse tipo de trabalho não se mostrava muito atrativo a esses profissionais, pois quando não havia remuneração ela era bastante reduzida e certamente esses advogados migravam para outros setores da sociedade em que o fruto do seu trabalho fosse melhor retribuído financeiramente. E, sem dúvida, essas circunstâncias, por muito tempo foram decisivas pela ineficiência desta espécie de programa.

Todavia, em alguns países americanos e europeus, na década de 1960, voltaram-se os olhos para um sistema de assistência judiciária gratuita mais eficiente, adotando remunerações mais adequadas aos profissionais que prestavam essa assistência<sup>135</sup>.

---

invariavelmente, as guardiãs dos portões de acesso à carreira jurídica, torna-se preciso entender quem tem acesso a elas e em que bases. É a admissão governada, primariamente, segundo princípios de nepotismo ou de mérito? Os governos, os organismos profissionais e os advogados individualmente precisam esforçar-se para promover positivamente o acesso à profissão legal de mulheres, minorias em desvantagem e outros grupos que sejam social ou historicamente excluídos? A partir dessa perspectiva, o acesso dos cidadãos brasileiros à carreira jurídica deveria ser olhado como uma importante dimensão, até mesmo uma pré-condição, para a questão do acesso dos cidadãos à justiça. O segundo tema, mais difícil, refere-se à questão de como garantir que, uma vez dentro da carreira, tanto advogados quanto juízes tenham acesso à justiça. Este tema levanta, por sua vez, questões éticas referentes às responsabilidades mais amplas da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição de padrões mínimos de profissionalização. Estes assuntos estão presentes na maioria dos sistemas legais modernos, todos lutando com a conciliação de tensões entre a manutenção da qualidade da justiça e de seu acesso. Visando a analisar mais profundamente estes dilemas éticos, desenvolvo. (ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? **Revista Cidadania, Justiça e Violência**, Rio de Janeiro, p. p. 74, 1997. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

<sup>133</sup> Pode-se dizer que a origem da assistência judiciária remonta a época de Constantino (288-377 d.C.) incentivou o patrocínio judiciário gratuito aos poucos favorecidos, determinando, ainda, que as causas em que figurasse um desprovido de recursos econômicos deveriam ser levadas em primeira instâncias ao próprio Imperador e o mesmo verificou no Digesto, sob o título de postulandis, em que se lê que ao Pretor cabia dar advogado ao litigante miserável [...] Tãmanha era a preocupação do Imperador nesse sentido, isto é, de dar defensor aos que fossem hipossuficientes, que, caso não houvesse requerimento deles no sentido de ter um patrocínio advocatício gratuito, caberia ao próprio magistrado determinar de ofício (CAMPO, 2002, p. 2-3).

<sup>134</sup> A ineficiência quanto ao modo de prestação jurídica ao pobre, Nalini aponta: A barreira da pobreza impede a submissão de todos os conflitos à apreciação de um juiz imparcial. Mas é verdadeiramente trágica se considerada a dimensão do acesso do pobre aos direitos. Os despossuídos são privados até dos direitos fundamentais de primeira geração, para eles meras declarações retóricas, sem repercussão em sua vida prática. (NALINI, 1997).

<sup>135</sup> Interessante comentar: !A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o *office of Economic Opportunity* (OEO), e continuou através do mundo no início da década de 70. Em janeiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestados

Isto resultou na melhora do sistema de assistência judiciária gratuita em vários países do mundo. O sistema *judicare* foi um dos responsáveis por essa transformação. Pois, tratava-se “de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado”.<sup>136</sup>

O sistema *judicare* tem como características positivas a prestação de um serviço de melhor qualidade; participação da advocacia privada; remuneração adequada dos advogados participantes. Contudo, o sistema em questão ostenta alguns pontos negativos como, por exemplo, “trata os pobres como indivíduos, negligenciando a sua situação como classe, de modo que não está preparado para atender além das postulações individuais”<sup>137</sup>.

Dentro desta vanguarda, surgiu também o modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos, ou melhor, sistema de defesa oficial, com objetivos distintos do sistema a pouco exposto (*judicare*)<sup>138</sup>. Tal sistema se caracterizava pelos desmedidos esforços do aparelho estatal, para fazer as pessoas necessitadas conscientes de seus direitos e buscá-los através dos advogados disponíveis em suas próprias vizinhanças. Na verdade, os advogados frequentemente auxiliavam os pobres a reivindicar seus direitos, de maneira mais eficiente, tanto dentro quanto fora dos tribunais.<sup>139</sup> Em comparação aos demais sistemas é importante ressaltar que:

As vantagens dessa sistemática sobre a do *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres [...] 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar os seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.<sup>140</sup>

---

pelos advogados, por um enfoque moderno de “*securité sociale*”, no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. [...] Em outubro de 1972, a República Federal da Alemanha aperfeiçoou seu sistema, aumentando a remuneração paga aos advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres” [...].(CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 34).

<sup>136</sup> CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 35.

<sup>137</sup> (CAMPO, 2002, p. 18). José Renato Nalini, em relação ao “paternalismo” existente na figura do “advogado do pobre”, coloca: “Problema que não é só brasileiro, mas já foi detectado em países de primeiro mundo, onde muitas pessoas entendem, com alguma razão, que um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista. Tratem-se os pobres, dizem elas, simplesmente como indivíduos comuns, com menos dinheiro”. (NALINI, 1997).

<sup>138</sup> “A principal distinção em relação ao sistema *judicare* é que o sistema de defesa oficial faz uma autêntica guerra contra a pobreza e conscientiza os pobres acerca de seus direitos e da utilização dos serviços advocatícios; por isso, é mais ambicioso, realizado à título de serviço social, não se limitando à prestação da assistência judiciária”. (CAMPO, 2002, p. 18).

<sup>139</sup> CAPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 40.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 41.

Contudo, o maior ponto negativo que este modelo ostenta, a semelhança com os outros, é a dependência de recursos públicos, sendo que muitas demandas são interpostas contra o próprio órgão governamental que provê este sistema. Com base nisso é notório a existência de conflito de interesses (situação que muito se assemelha com o que acontece com a Defensoria Pública no Brasil).

Da experiência de ambos os sistemas, surgiu em contraponto a eles, o sistema combinado, que é resultado da mistura entre o sistema *judicare* e o sistema de defesa oficial. Neste caso, o beneficiário da assistência judiciária poderia “optar entre escolher um advogado particular de sua confiança ou um defensor público especializado para atender aos seus interesses”.<sup>141</sup>

O sistema combinado iniciou na Suécia e no Canadá e conseqüentemente se espalhou por diversos outros países como Austrália, Holanda e Inglaterra.

Por conta do êxito desse sistema, cada vez mais aumentava a criação dos “centros de atendimento jurídico de vizinhança”, em locais de maior concentração de pessoas necessitadas e os assuntos não se restringiam a questões individuais, mas também a assuntos de interesse de toda a comunidade.<sup>142</sup>

Apesar deste sistema ter contribuído significativamente para a melhoria da assistência judiciária pelo mundo, visando quebrar as barreiras existentes ao acesso efetivo à justiça, com referência aos hipossuficientes econômicos, sabe-se da necessidade do aumento de uma maior quantidade de advogados para o desempenho desta função, capacidade que várias nações não possuem. Por isso, se tem consciência do grande dispêndio de recursos necessários para esse fim, o que dificilmente vários países do mundo teriam condições financeiras para custear, em especial os países subdesenvolvidos<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> CAMPO, 2002, p. 221.

<sup>142</sup> CAPELLETTI, GARTH, *op. cit.*, p. 45

<sup>143</sup> Nalini, neste ponto destaca: “O problema da pobreza, a primeira onda do movimento do acesso à Justiça, na formulação de Cappelletti, não só deixou de ser solucionado, como intensificou-se neste final de milênio. Ele ainda está presente e suscita a constatação de que as liberdades civis e políticas tradicionais são uma promessa fútil, na verdade um engodo para aqueles que, por motivos econômicos, sociais e culturais, de fato não são capazes de atingir tais liberdades e tirar proveito delas”. (NALINI, 1997).

## 2.7 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Alguns estudos identificam que as primeiras linhas no desenvolvimento da assistência judiciária no Brasil se iniciaram nas Ordenações Filipinas proclamadas em 1603. Apesar de disporem de uma maneira bastante superficial sobre a assistência aos pobres, as Ordenações, por exemplo, liberavam o réu criminal pobre de pagar as custas, até que este pudesse custear tais despesas. (Ord ., L iv . i, tít. 24, § 4 3) . Curiosamente, a respectiva norma entrou em vigor na legislação nacional em 1841, no sentido que “foram logo transportados ao Brasil os dispositivos das Ordenações que asseguravam a nomeação de um curador para menores e loucos, duas classes fracas não muito diferentes dos que são economicamente fracos”<sup>144</sup>.

A situação referente à condição do pobre frente ao Poder Judiciário, mesmo naquela época, já era debatida no meio jurídico. Uma das personalidades que iniciaram os debates foi “Nabuco de Araújo, um estadista de grande reputação, que fora Ministro da Justiça e em 1870, Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados”.<sup>145</sup>

Peter Messite ao descrever melhor sobre esta etapa histórica no tocante ao tema, expressa:

Foi Nabuco de Araújo, a par de acontecimentos contemporâneos na Bélgica, na França, na Holanda, e na Itália, onde o assunto de assistência judiciária estava sendo muito debatido, que pela primeira vez no Brasil pôs em relevo a questão dos pobres no processo legal e propôs uma ampla solução. Assim foi criado pelo Instituto dos Advogados no Rio, um conselho para prestar “assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a algum dos membros do Conselho ou Instituto. É de notar que o próprio Nabuco de Araújo reconheceu as plenas implicações deste programa e com imensa previsão disse: ‘(A ) medida proposta não é completa, porque para sê-lo, depende ela do Poder Legislativo. Sem dúvida, assistência judiciária não consiste somente no patrocínio do advogado; mas,

<sup>144</sup> Além das Ordenações Filipinas, o Brasil se inspirou em outras leis sobre o assunto. Nesse sentido comenta Peter Messite: “Outra importação de Portugal foi a praxe forense pela qual advogados deviam patrocinar pobres que os solicitassem, presumivelmente em casos cíveis bem como criminais e mesmo quando o pobre fosse autor. Consta que os advogados realmente patrocinavam questões criminais. Depois de 1840, começaram a aparecer as primeiras leis nitidamente brasileiras, que, embora não objetivas especialmente a proteção jurídica dos pobres, deram passos naquela direção. Assim , em 1841, a lei que regulava as custas em processos penais, continha uma provisão isentando o réu pobre de pagar as custas do processo até que ele estivesse em condições de pagá -las .5 No ano seguinte, outra lei dispoñdo sôbre as custas no processo cível, isentou o litigante pobre de pagar o dízimo de chancellarias.6 Mas tais leis foram de alcance muito limitado e algumas até foram revogadas no decorrer do tempo”. (MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 128, 1967. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/707/663>>. Disponível em: 08 abr. 2015.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 130.

é principalmente, na isenção das custas e dos impostos.’ Outro fato digno de notar é que desde o princípio, a ideia de Nabuco de Araújo contava com a colaboração ativa dos abolicionistas, que viam no programa uma garantia de justiça para os escravos a serem libertados.<sup>146</sup>

Assim, posto em consideração esse forte movimento político, conjugado com o advento da Proclamação da República, surgiu através do Governo Provisório a expedição do decreto n°. 1.030 de 14 de novembro de 1870, que regulava a justiça no Distrito Federal o qual dispunha: “fica o Ministro (de Justiça) autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e no cível”. “Assim, pela primeira vez, a assistência judiciária foi consagrada por um órgão governamental no Brasil”<sup>147</sup>.

Pós-período colonial, a regulamentação da assistência judiciária no Brasil perpassou por diversos diplomas legais, até ser melhor aperfeiçoada nos moldes atuais. De toda essa retrospectiva, cabe constar o seguinte:

Já no período republicano, o auxílio jurídico aos extratos mais necessitados da sociedade foi disciplinado por decreto presidencial (Decreto n o 1.030 de 14-11-1890), ao tratar da organização da Justiça no Distrito Federal. A assistência judiciária é indicada também no Código Civil de 1916, sendo deixado aos Estados a sua efetivação. Com a Revolução de 1930 e o início do período varguista, é criada a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em cujos estatutos de fundação (1931) consta a obrigatoriedade da prestação de assistência jurídica pelos seus advogados inscritos (art.91 a 93). A Constituição Federal de 1934 também estabeleceu a assistência judiciária (art.113, XXXII), enquanto a Carta de 1937 não a abrigava em seu texto, mas a disciplinava através do Código de Processo Civil de 1939 (art.68). A assistência judiciária retornou ao texto constitucional com a Carta de 1946, inserida no capítulo dos direitos e garantias individuais (art.141 §35), segundo o qual o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. Dentro desse espírito, a Lei n o 1.060 de 5-2-1950 reformulou a disposição legal acerca da assistência judiciária, modificando os artigos do Código de Processo Civil e ampliando a assistência aos necessitados<sup>148</sup>. (art.2º, §único).<sup>149</sup>

Dando seqüência ao assunto, cabe adentrar na análise do conceito de assistência judiciária, que conforme o próprio nome mostra, é um benefício

<sup>146</sup> Ibidem, p 131

<sup>147</sup> MESSITTE, 1967, p.131.

<sup>148</sup> Em complementação ao assunto: “Mas a promulgação do Código Civil brasileiro em 1916, “despertou nos principais Estados”, diz Oscar da Cunha, “ a necessidade de ser acomodado ao nôvo Código o estatuto processual, então da competência estadual, e assim teve o Brasil a oportunidade de verificar a introdução de princípios modernos de processo civil nos novos códigos estaduais, de que o primeiro foi o da Bahia que regulou o instituto (de assistência judiciária) nos moldes mais modernos. Os demais Estados seguiram a esteira do código bahiano” .18 São Paulo foi um dos que seguiram e seu serviço pode ser tomado como típico. Esse serviço foi assumido pelo Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, sendo ministrado “por todos os advogados” e “competindo a designação ao Instituto dos Advogados na capital, e ao Juiz de Direito nas outras comarcas, sem prejuízo da escolha da própria parte” .19 Um serviço semelhante foi criado em Minas Gerais em 1923.20 É de notar que as respectivas legislações também dispunham sôbre isenções de custas. (Ibidem, p. 134).

<sup>149</sup> MOTTA; RUEDIGER; RICCIO, 2006, p. 05-06.



concedido ao litigante que não dispõe de recursos financeiros suficientes para custear as despesas processuais, “isentando o Estado, total ou parcialmente, seja em forma definitiva ou provisória, o hipossuficiente do recolhimento antecipado das taxas e demais custas processuais”.<sup>150</sup>

Do pouco que já foi produzido até aqui, é fácil compreender que a assistência jurídica não deve ser considerada tão somente como um benefício ou um mero favor do Estado, já que é maior que isso. É um inegável direito, que todo ser humano deve gozar.<sup>151</sup>

A existência deste direito emerge como um meio assecuratório a todos para o pleno exercício da cidadania. Por decorrência lógica, serve também como instrumento de proteção aos demais direitos constitucionalmente garantidos, como a ampla defesa e o contraditório, ambos constantes do artigo 5º, incisos XXXV e LV., da Carta de 1988<sup>152</sup>.

Nesse prisma, não se pode, para um melhor entendimento do tema, deixar de verificar que em consonância com os mais destacados e modernos sistemas judiciais dos grandes modelos de democracias mundiais, o exercício do direito de ação, como a plena observância dos princípios do amplo acesso em juízo e do contraditório, foi colocado e inscrito em nossa Constituição com status de garantia individual, em razão de constituir princípio basilar de direito constitucional competir somente ao Estado, através do Poder Judiciário a composição de todos as lides, dentro de procedimentos que ensejam às partes a correta efetivação da tutela jurisdicional, para evitar o exercício da autotutela.

THEODORO JUNIOR ao abordar o tema destaca:

Assim, num Estado de Direito, onde o princípio da legalidade comanda toda a convivência social organizada, é evidente a importância e o relevo da garantia constitucional do direito de estar em juízo pra defender-se de agressões ou ameaças a qualquer direito subjetivo, seja contra particular, seja contra o Poder Público. Mesmo porque o Estado assumiu, de forma definitiva, o monopólio da Justiça e proibiu a solução dos litígios pela força privada dos próprios litigantes. Essa plenitude da garantia de tutela jurisdicional, em nossa Constituição, encontra consagração no artigo 5º, inciso XXXV, onde se proclama que nenhuma lesão ou ameaça de direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário, regra que se integra com a garantia, também colocada entre os direitos fundamentais, de que

---

<sup>150</sup> CAMPO, 2002, p. 54.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>152</sup> “A assistência judiciária gratuita é decorrência do Estado Democrático de Direito, que viabiliza o exercício pleno da cidadania, nela compreendido não só o princípio da igualdade de todos perante a lei, mas também o exercício dos direitos e garantias individuais”. (Ibidem, p. 53.)

ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens senão com a observância do devido processo legal (art. 5º., inciso LIV).<sup>153</sup>

Da mesma forma, como decorrência do princípio de que a jurisdição é direito de todos e dever do Estado, e que pela Constituição Federal de 1988 este princípio foi posto a categoria de direito fundamental, é salutar que o Poder Judiciário facilite aos jurisdicionados o exercício de seus direitos na defesa de seus interesses jurídicos, e nunca deve dificultá-lo<sup>154</sup>. Pois, desse modo, a tutela jurisdicional estaria reservada somente as pessoas financeiramente abastadas, em nítido privilégio destes e em detrimento dos menos favorecidos. Outrossim, ao retirar a possibilidade e não oferecer condições mínimas aos necessitados de irem a juízo, comprometida estaria a ideia de justiça.

Nessa mesma linha, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXXIV, dispõe que o Estado prestará integral e gratuita assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Em comparação aos outros diplomas constitucionais a Constituição Federal de 1998, inovou ao alterar o termo “assistência judiciária” por “assistência jurídica”. É interessante proceder à distinção da natureza jurídica dos institutos da assistência jurídica gratuita, gênero de que é espécie a assistência judiciária e a gratuidade de justiça, pois em que pese se tratar de institutos parecidos, decorrendo ambos de obrigação inescusável imposta ao Estado de garantir e assegurar a todos os cidadãos o direito do mais amplo acesso ao Poder Judiciário e de proporcionar-lhes o mais irrestrito direito de defesa de seus direitos, possuem conotações diversas e elementos distintos para sua regular aplicação aos casos concretos.

A despeito desta mudança, Pedro Lenza apresenta a distinção citando MOREIRA:

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo ‘judiciário’, mas passa a compreender tudo que seja ‘jurídico’. A mudança do adjetivo qualificador da ‘assistência’, reforçada pelo acréscimo ‘integral’, importa em notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamento e à

<sup>153</sup> THEODORO JUNIOR, 1997, p. 46.

<sup>154</sup> Há título de reflexão, importante mostrar que: “Ainda que por ora circunscrevendo-se o exame à questão do acesso aos tribunais, não é suficiente a extinção das custas. A necessidade de um advogado encarece a parte quando tem de litigar na Justiça. A nomeação de advogado gratuito possui inconvenientes. Primeiro, por criar-se um préstimo de segunda classe. Quase sempre é nítida a distinção entre o trabalho do advogado constituído e o do dativo. Depois, o causídico encarregado de patrocinar a causa de um pobre corre o risco de fazê-lo de maneira diferente de como o faria se tivera sido contratado”. (NALINI, 1997).

prestação de serviços na apenas na esfera judicial, mas em todo o campo de atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.<sup>155</sup>

Embutido neste aspecto de gratuidade e umbilicalmente ligado ao acesso à justiça, cabe mencionar que o texto constitucional também garante a todos, independentemente de pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos tanto para a defesa de direitos como contra ilegalidade ao abuso de poder, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas, visando à defesa de direitos ou o esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV). Também estabelece a gratuidade do acesso nas ações de *habeas corpus* e *habeas data*, na forma que a lei estabelecer, a de todos os demais atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

É também neste espaço que se insere a Defensoria Pública, que de acordo com o artigo 134 da Constituição Federal, é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus do necessitado, na forma do art. 5º, LXXXIV”. E como se analisará com mais detalhes brevemente, a referida instituição, no desempenho de sua função, não se limita a prestação de simples assistência judiciária. A atuação dela, nos dias de hoje, ultrapassa os limites dos processos judiciais, o que se justifica pelo aumento da utilização de instrumentos não judiciais de tutela de direitos. Por este raciocínio, compreende-se que:

O artigo 134, da Constituição, concebe a Defensoria Pública como uma ‘instituição essencial à função jurisdicional do Estado’. A jurisdição é inerte, ou seja, precisa ser provocada para atuar. Essa provocação, no caso do interessado ser pessoa necessitada, é incumbência institucional da Defensoria Pública. Por isso, em um sentido amplo, a existência e o funcionamento da Defensoria Pública são essenciais à jurisdição para que essa também possa estender-se aos interessados que não ostentem situação econômica suficiente para arcar com as custas processuais e honorários de um advogado particular. Em outros termos, a existência e funcionamento da Defensoria Pública apresenta-se atrelada à necessidade de viabilização da função jurisdicional perante os necessitados.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> MOREIRA apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 894.

<sup>156</sup> JUNKES, 2004, p. 536-537.

Como frisado, a partir da estruturação da Defensoria Pública, demandas que antes eram encaminhadas a tutela estatal, recebem outro tratamento e solução, como por exemplo, a utilização de instrumentos de solução extrajudicial de conflitos, como mediação e até a arbitragem.

### 2.7.1 Análise do Conceito de Necessitado

Como já dito, nos moldes da Constituição Federal, a assistência jurídica será prestada pelo Estado para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º. LXXIV, da CF/88).

No plano infraconstitucional existe a Lei nº. 1.060/50, que apesar de antiquíssima, ainda regula a assistência judiciária no Brasil, a qual dispõe que necessitado, são assim considerados aqueles cuja situação econômica não permita pagar às custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família, estendendo-se este benefício aos nacionais ou estrangeiros residentes no país que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. (Artigo 2º, parágrafo único).

Indo um pouco além no conceito de necessitado, CAMPO discorre:

Pobre, assim, é o economicamente fraco. É aquele que tem impotência econômica. É, enfim, a pessoa que, sem possibilidade de prejudicar a si e à sua família, não terá condições de arcar com as custas do processo, cujo conceito, abarca os indigentes e os miseráveis; a assistência não é preciso que o indivíduo viva de caridade pública.<sup>157</sup>

É possível pensar que o conceito de necessidade, descrito na Lei 1.060/50, se revela na eventualidade de ausência de liquidez patrimonial ou de indisponibilidade financeira momentânea, podendo a pessoa ir a juízo, solicitando as benesses concedidas pela lei, para promover a defesa de seu direito, vez que na circunstância como a existência de prazos preclusivos, decadenciais ou até mesmo prescritivos, pode por em risco a sua pretensão.

Vem a calhar o seguinte exemplo:

---

<sup>157</sup> CAMPO, 2002, p. 60.

Basta lembrar a tão discutida Medida Provisória do ex-presidente Fernando Collor de Mello que, à guisa de empréstimos compulsório, confiscou os valores que se encontravam aplicados em cadernetas de poupança e outros investimentos em instituições bancárias. Ter-se-ia como negar, nesta hipótese, a concessão do benefício da ajuda legal àquele que teve o seu dinheiro confiscado para recorrer ao Judiciário? Certamente que não.<sup>158</sup>

É bastante nítido que a lei da assistência judiciária teve como foco a concessão do benefício às pessoas físicas. Essa afirmação fica mais clara a partir da leitura do artigo 10 da citada lei, pois ela determina que “não se transmite ao cessionário do direito do beneficiário e o beneplácito extingue-se com a morte daquele que o alcançou, de sorte ser intransmissível a gratuidade”.<sup>159</sup>

Contudo, dentro da análise dos potenciais beneficiários, é importante frisar que não é exclusivo das pessoas físicas o direito de obter a assistência judiciária gratuita. Apesar de não previsto na lei de regência, mas levando a pensar que a Constituição Federal, no artigo 5º. LXXXIV, não distingue pessoa física ou jurídica, é plausível conceber a possibilidade de concessão deste benefício às pessoas jurídicas<sup>160</sup>.

Apontando os ensinamentos João Manoel de Carvalho Santos, CAMPO, aponta que:

É inegável reconhecer que esta possibilidade é passível de verificação entre as pessoas jurídicas, ou seja, a necessidade de obtenção do beneplácito. Assim sendo, é questão ultrapassada não se verificar o alcance do favor a estas pessoas sob o argumento de que não seriam miseráveis, circunstâncias esta, aliás, que nem mesmo às pessoas físicas é tributada para se socorrer ao instituto da assistência jurídica, tal como visto anteriormente.<sup>161</sup>

A par desta possibilidade, a doutrina como a jurisprudência<sup>162</sup>, amplamente consente na inclusão da pessoa jurídica como alvo do benefício. Entretanto, na análise do caso concreto, estabelecem diversos critérios e requisitos de admissibilidade para a concessão. Esta linha de raciocínio está albergada no

<sup>158</sup> CAMPO, 2002, p. 60.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>160</sup> Nesta linha Hélio Campo defende: “Na verdade, mesmo que o texto constitucional não tivesse disposto daquela maneira, ainda assim seria compreensível a concessão do benefício em algumas circunstâncias. Para tanto, basta lembrar o exemplo referido anteriormente, que convém repeti-lo e adaptá-lo: uma determinada empresa não possui recursos financeiros para promover uma ação de indenização pelo incêndio que conuiu todas as dependências e instalações; haveria, nesta situação, como se negar a esta empresa o benefício de litigar sem custas processuais, mormente diante do fato de que, se tiver de recolher os emolumentos e taxas, vai parar com as suas atividades?” (Ibidem, p. 62).

<sup>161</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>162</sup> Aliás, a respeito do tema há, inclusive, a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça cujo enunciado assim elucida: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstra sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

escopo que possui a assistência judiciária, sendo que a mesma deve garantir o pleno acesso à Justiça, isentando o pagamento das despesas processuais àqueles cuja situação econômica não permita tal recolhimento, sob pena de prejuízo do sustento próprio e de sua família, conforme disciplina o artigo 2º, parágrafo único da lei 1.060/50.

Nos demais aspectos da lei nº. 1.060/50, é possível captar do artigo 4º da lei 1.060/50, que a pessoa física ocupa presumidamente a condição de miserabilidade para os fins legais, sendo o bastante sua declaração para a concessão da assistência judiciária.

Todavia, o artigo 5º, LXXXIV da Constituição Federal, condiciona a obtenção do benefício com necessidade de se demonstrar a “insuficiência de recursos”, sendo que o mero requerimento da parte não conduz ao deferimento automático do benefício, cabendo ao juiz averiguar a existência de elementos objetivos nos autos que possam identificar a situação econômica de quem pede.

Da aparente incompatibilidade entre o dispositivo constitucional e legal (artigo 5º, LXXXIV, CF e 4º da Lei 1.060) convém observar que conforme disposto constitucionalmente, a assistência jurídica ao necessitado é instituto estritamente relacionado ao direito administrativo, caracterizando-se como um auxílio compulsório, o qual deverá ser prestado pelo Estado aos que não detêm recursos financeiros, de forma mais abrangente, seja no âmbito judicial ou extrajudicial.

De outro modo, quando o artigo 5º, LXXXIV, da Constituição Federal, determina à concessão a prévia demonstração da incapacidade do beneficiário, não torna sem efeito o contido no artigo 4º da Lei 1.060, tendo em vista que tais disposições não se divergem e nem se excluem, aliás, se compatibilizam, vez que aquela obrigação quanto à prova da incapacidade financeira deve ser realizada junto ao órgão administrativo encarregado de prestar assistência jurídica, sendo, no caso a Defensoria Pública (artigo 134, CF)<sup>163</sup>.

Para melhor esclarecimento do tema, NERY e NERY:

A CF 5º LXXXIV, que garante assistência jurídica e integral aos necessitados que comprovarem essa situação, não revogou a LAJ 4º. Basta a simples alegação do interessado para que o Juiz possa conceder-lhe o benefício da assistência judiciária. Essa alegação constitui presunção 'juris tantum' de

---

<sup>163</sup> Nesse panorama, descabe fazer a distinção que grande parte da doutrina estabelece entre assistência judiciária gratuita e benefício da gratuidade judiciária, em razão de que a Lei Complementar 80/94 que regula a defensoria pública, determina que seja de atribuição deste órgão a prestação da assistência jurídica, integral e gratuita aos necessitados.(CAMPO, 2002, p. 67).

que o interessado é necessitado. Havendo dúvida fundada quanto à veracidade da alegação, pode ser exigida do interessado prova da condição por ele declarada. Persistindo dúvida quanto à condição de necessitado do interessado, deve decidir-se a seu favor, em homenagem aos princípios constitucionais do acesso à Justiça (CF 5.º XXXV) e da assistência jurídica integral (CF 5.º LXXIV).<sup>164</sup>

Independente do que se entenda ou qual é a melhor linha teórica para tratar o assunto, o que deve ser levado em conta, é o cumprimento por parte do Estado de estabelecer a mais irrestrita oportunidade ao necessitado de utilização do Poder Judiciário e de demais meios, para cumprir com comando constitucional de assegurar o mais amplo acesso à Justiça, como direito fundamental do indivíduo<sup>165</sup>.

### 2.7.2 Assistência Judiciária Gratuita: uma Análise Crítica

É fato inegável que a assistência judiciária por si só é insuficiente. “A verdade é que a possibilidade do patrocínio judicial gratuito e da isenção das despesas processuais não assegura a “libertação” e o necessário respeito jurídico à dignidade o hipossuficiente”<sup>166</sup>

GRECO FILHO ao dispor sobre os ideais de justiça, assevera que:

Uma justiça ideal deveria ser gratuita. A distribuição da justiça é uma das atividades essenciais do Estado e, como tal, da mesma forma que a segurança e a paz públicas, não deveria trazer ônus econômico para aqueles que dela necessitam.<sup>167</sup>

Entretanto, talvez por herança histórica, a gestão da máquina judiciária tem sido acompanhada pelo dever de pagamento das despesas processuais, entre

<sup>164</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P 1791.

<sup>165</sup> José Renato Nalini, ao inserir o juiz como um dos principais instrumentos de concretização desses direitos, coloca: “Não se admite hoje esse alheamento. Vencer a pobreza é dever positivado na Constituição da República. Ninguém está liberado desse compromisso. E se a cruzada contra a miséria é a única alternativa para redesenhar o futuro do Brasil, dela não pode estar excluído o juiz. Como servidor do povo, precisa estar atento à intenção do pacto fundamental: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Que isso não sirva para neutralizar, singelamente, a imparcialidade, mas atue no sentido de reclamar adequada aplicação do princípio da isonomia, e molde a conferir desigualdade de tratamento aos naturalmente desiguais. Insistir no mito da igualdade formal é aprofundar o fosso que separa despossuído e poderoso. Além de manter o juiz na sua rigidez mental, que não permite ao menos enxergar, quanto mais entender, a crise com que o Judiciário se defronta”. (NALINI, 1997,).

<sup>166</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil. In: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Acesso à justiça e cidadania**. São Paulo: Annablume Ed., maio 2000. p. 31-32. Cadernos Adenauer, 3.

<sup>167</sup> GRECCO FILHO, 1994, v. 1. p. 108.

as quais se inclui as custas e as taxas a serem pagas em virtude da movimentação do aparelho jurisdicional.<sup>168</sup>

Numa perspectiva crítica, não há dúvida que a cobrança das custas<sup>169</sup> se contrapõe a concretização da justiça, pois:

Embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído.<sup>170</sup>

Nessa análise, com espeque ao entendimento há pouco exposto por Greco Filho, “considerando que a justiça venha a ser prestação pública de caráter essencial, ela deveria ser gratuita”.<sup>171</sup>

A partir deste pensamento, presume-se o surgimento de argumentos no sentido de que a gratuidade estimularia o crescimento de demandas. Todavia, tal conclusão não se mostra compatível diante da complexa das relações humanas. Ora, as pessoas não se sujeitarão a conflitos, simplesmente pela liberação das despesas processuais. Por óbvio, poderá haver um ligeiro crescimento de demandas, “mas o fato de não se cobrar pela prestação jurisdicional é desvinculado da multiplicação dos processos, da mesma maneira como a imaginária isenção de pagamento por internação hospitalar não é, diretamente ao menos, causa de epidemia”.<sup>172</sup>

Além disso, muitas vezes o recolhimento das custas ocasiona a procrastinação demasiada da demanda. Como exemplo, cita a situação de condicionar o envio do recurso ao seu preparo, quando se utiliza do modelo jurídico onde o reexame é obrigatório e tem fundamento constitucional.<sup>173</sup>

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> Em relação as críticas ao pagamento das custas processuais, encontra-se o seguinte argumento: “A manutenção das custas se justificaria se elas efetivamente sustentassem o equipamento judiciário. Mas não é isso que ocorre. O montante arrecadado talvez não seja suficiente sequer para pagar os setores encarregados de fazer funcionar o sistema. Há algum tempo, admitia-se que a preservação de tal equipamento seria autofágica, ou seja, seria maior o dispêndio do Estado remunerar servidores em atuação no serviços de recebimento das custas do que o quantum obtido com a taxa judiciária” (NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 62).

<sup>170</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> (Ibidem). Dentro do pacote de soluções previsto por José Renato Nalini, encontra-se: “A implementação da autonomia financeira do Judiciário permitiria constatação dessa realidade e a adoção de uma política remuneratória mais racional. Não se exclui uma análise da relação custo/benefício entre os investimentos oficiais na máquina judiciária e o retorno efetivo por esta propiciado, tudo a tornar mais eficiente essa prestação pública de nítida essencialidade. Impõe-se, ainda, que todo o montante arrecadado com os emolumentos, remuneração dos serviços extrajudiciais confiados à fiscalização do judiciário, venham a ser



Ao concluir a crítica a esta espécie de sistema, NALINI finaliza:

À justiça deve chegar de maneira fácil. O pagamento de despesas, a par de não distinguir entre hipossuficientes e os abastados, constitui em si um fator de prolongamento da demanda. É a necessidade de burocracia para o recolhimento, a demora nos cálculos, o preparo a impedir que injustiças venham a ser corrigidas por instâncias superiores.<sup>174</sup>

Além do mais, é possível pensar, dentro do ponto de vista do princípio da separação dos poderes e as respectivas funções estabelecidas para cada “Poder” na Constituição, não é tarefa do juiz administrar quem deve ou não ser beneficiado pela assistência ou justiça gratuita, sendo que tal incumbência é imposta ao Estado, o qual tem a razão de existir no dever de efetivar obrigações basilares constitucionalmente estabelecidas.

Aliás, ao analisar este assunto numa perspectiva ampla, de democratização irrestrita de acesso ao Poder Judiciário, parece coerente que os benefícios da assistência judiciária e da gratuidade de justiça deveriam ser, por constituir obrigação Estatal, concedidos a todos os jurisdicionados, nos mesmos moldes que já é realidade na Justiça do Trabalho, nos juizados especiais e no âmbito administrativo, sendo que nessas esferas não há custas e não só aos necessitados, tendo em vista que a justiça, assim como a educação e a saúde, representa uma garantia à subsistência digna do indivíduo, constituindo o acesso ao Judiciário direito fundamental constante na Carta de 1988<sup>175</sup>.

Porém, cabe ser lembrado, que nas situações onde se espera uma atuação positiva do Estado, como é o caso desta, há a necessidade de que ela passe pela filtragem constantes dos paradigmas entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

---

destinados ao próprio Judiciário. Só com recursos materiais é que ele poderá fazer frente às inúmeras demandas, não apenas no sentido de processos, que lhe são direcionadas.[...]. (Ibidem).

<sup>174</sup> NALINI, 2000, p. 62.

<sup>175</sup> Com o Movimento Militar de 1964 e sua consolidação legal pela Constituição Federal de 1967/69, a assistência judiciária não foi abortada e permaneceu no âmbito legal através do art.150, §32, e do art.153, §32, que dispunham que “será concedida assistência judiciária aos necessitados na forma da lei”. Contudo, tal qual a Carta de 1934 e a de 1946, não havia uma definição institucional de quem seria responsável pelo exercício dessa função. Apesar do contexto autoritário, é nessa conjuntura que surgem as primeiras manifestações em defesa da criação de uma Defensoria Pública. No final da década de 1960, o Ministério Público do antigo estado do Rio de Janeiro, tendo à frente a Associação do Ministério Público Fluminense – que congregava, à época, Promotores de Justiça e Defensores Públicos do antigo estado do Rio de Janeiro – deu início à realização de congressos nacionais que consolidaram diversos movimentos em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública, então denominada Assistência Judiciária (MOTTA; RUEDIGER, RICCIO, 2006, p. 07)

## 2.8 ACESSO À JUSTIÇA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dando continuidade às “ondas” renovatórias de acesso à justiça proposta por Capelletti e Garth, inicia-se a problemática envolvendo a representação dos interesses difusos.

A ideia de interesses difusos desponta com o início da Revolução Industrial, surgindo, concomitantemente, as sociedades de massa.

MANCUSO, explica que:

Nessa sociedade de massa, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade: não há mais preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados.<sup>176</sup>

Mancuso ainda acusa que além da Revolução Industrial, o sindicalismo foi um fator importante para o fortalecimento da “ordem coletiva”, pois “os conflitos não mais se dão entre empregado e patrão, mas coletivamente, isto é, integrantes da força-trabalho na categoria “X” versus integrantes da força-capital na categoria “patronal””.<sup>177</sup>

Marinoni em torno do fenômeno dos interesses difusos, utilizando-se dos ensinamentos de CAPELLETTI, explica:

A complexidade da sociedade moderna, com o intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea.<sup>178</sup> (MARINONI, *Novas linhas de processo civil*, 3º edição, revista e ampliada, 1999, São Paulo, Editora Malheiros, p. 86/87).

Doutrinariamente, para melhor compreensão, os direitos difusos são entendidos como:

---

<sup>176</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 82.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. 2. ed. Belo Horizonte: Jus Podium, 2012.

Aqueles que depassam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na 'ordem coletiva', lato sensu. Nesse campo, o primado recai em valores de ordem social, como 'o bem comum', a 'qualidade de vida', 'os direitos humanos' etc. Os conflitos que ai podem surgir trazem a marca da impessoalidade, Isto é, discute-se em torno de valores, de ideias, de opções, fazem-se escolhas políticas; não está em jogo a posição de vantagem de A em face de B e, sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas, aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, naquilo que se pode chamar, com a doutrina italiana, 'conflituosidade intrínseca'.<sup>179</sup>

Após lançada a preocupação concernente a esta espécie de interesse, forçou-se a reflexão sobre os paradigmas tradicionais do processo civil, causando notavelmente uma "revolução" no sistema. Dada à natureza difusa dos interesses, não havia como pensar na tutela destes através da concepção até então vigente do processo civil, pois estes eram voltados especificamente à proteção de direitos individuais. Por tal particularidade, não se tinha a compreensão da forma de tutela destes direitos, ante a ausência de regras de procedimento e a indeterminação de legitimidade, "e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesse difusos intentadas por particulares"<sup>180</sup>..

A citada obra descreve que a proteção de tais interesses acontecia por meio de ações governamentais. Interessante constar, que os autores criticam severamente a utilização deste meio, pelo fato de entender que o Estado não detém estrutura suficiente, e por isso é naturalmente ineficiente no desempenho desta tarefa. Aludiram, ainda, que a figura dos Ministérios Públicos em alguns países, cedem facilmente à pressão política, já que por vezes as ações são intentadas contra as próprias "entidades governamentais"<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> MANCUSO, 2000, p. 132.

<sup>180</sup> (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p. 49-50). Dentre os aspectos de proteção aos interesses difusos, Capelletti e Garth, demonstram algumas outras questões, sendo: "Em primeiro lugar, com relação à legitimidade ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem na representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou-se necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a "citação" e o "direito de ser ouvido". Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um "representante adequado" para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam "citados" individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da *class action*, abordada a seguir, permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos "direitos públicos" relativos a interesses difusos" (Ibidem, p. 50-51).

<sup>181</sup> (ibidem, p. 52) "A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnicas em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e

Exemplificam também como método de proteção, relacionado às ações governamentais, a criação de agências públicas regulamentadoras e a figura do advogado público, mas que também por pertencerem ao aparelho estatal, sofrem dos mesmos problemas como acima foi exposto<sup>182</sup>.

O legislador brasileiro atento a este novo paradigma de situações foi aos poucos criando variadas formas de proteção aos interesses difusos. Essa necessidade ficou mais evidente com a promulgação da Constituição de 1988, sendo que com ela veio um longo catálogo de direitos sociais (direito à saúde, direito à moradia, direito à educação, direito ao transporte, direito ao meio ambiente, etc.). Como também, identificou no seu texto instrumentos que são capazes de efetivar esses direitos<sup>183</sup>. Dentre os vários mecanismos à disposição, destaca-se a ação civil pública.

Assim, ao entrelaçar o instrumento de proteção aos direitos difusos e do acesso à justiça, se observa que ambos os institutos encontram suas origens no Estado Democrático de Direito. E sendo o processo um “imperativo da própria estrutura democrática, porquanto, inefetivo é o reconhecimento dos direitos fundamentais se desacompanhados de instrumentos que os imponham”.<sup>184</sup>

Nessa lógica, o processo deve ser observado como um mecanismo para a realização dos fins sociais do Estado, uma ferramenta fundamental de alcance dos objetivos essenciais da sociedade, possuindo, pois, função social e construtiva<sup>185</sup>.

---

suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes”. (CAPELLETTI: GARTH, 1988, p. 52).

<sup>182</sup> (Ibidem, p. 53-55). Cabe aqui apresentar os três sistemas de acesso coletivo à justiça utilizados mundialmente: “ a) O *publicista*, no qual a legitimação para defender os interesses metaindividuais é confiada a órgãos públicos, tais como o Ministério Público francês, o *Ombudsman* dos países escandinavos, a *Prokouratura* soviética e o *Attorney General* norte-americano; b) o privatista, que confere a legitimação para defender tais interesses à iniciativa dos particulares, é dizer, dos próprios indivíduos. É o sistema adotado nas *relator actions* e nas *class actions* dos países de *common laws*; c) o associacionista, que é fundado no reconhecimento da capacidade dos grupos sociais ou associações privadas para representar, em juízo, os interesses públicos ou metaindividuais. Tal sistema conta com um número crescente de adeptos e tem sido adotado na maioria dos países latino-americanos. No início restrito a matérias decorrentes de conflitos de trabalho, atualmente foi ampliado para matérias concernentes à proteção do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio social e cultural”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2007. v.2, p. 167-168).

<sup>183</sup> Quanto aos sistemas acesso coletivo à justiça Carlos Henrique Bezerra Leite, comenta: “O direito brasileiro, segundo nos parece, adotou solução eclética, na medida em que harmonizou os três sistemas já mencionados. E isto porque, no nosso ordenamento, a legitimação ad causam em tema de interesses metaindividuais é conferida: a) aos *órgãos públicos* (com destaque para o Ministério Público), nas ações civis públicas ou coletivas destinadas à defesa de interesses difusos coletivos e individuais homogêneos; b) às *associações civis*, nas mesmas condições conferidas ao Ministério Público para a promoção das ações coletivas; c) ao *cidadão*, na ação popular que tenha por escopo, principalmente, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa”. (Ibidem, p. 168).

<sup>184</sup> VASCONCELOS; THIBAU; OLIVEIRA, 2013, p. 73-74.

<sup>185</sup> “A par do exposto, a função social do processo coletivo deve ser ainda reconhecida na sua formulação enquanto meio de solução de conflitos que oportuna à realização e a defesa de direitos sociais, na medida em que a teorização dos direitos metaindividuais e sua definição legal servem como um instrumento facilitador do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, ampliando os meios de sua dedução em juízo. Esse é o entendimento que imprime caráter de interesse público ao processo coletivo como um instrumento a favor do

Nesse passo:

A ideia fundante do processo coletivo é possibilitar a cognição judicial dos interesses metaindividuais por iniciativa de um único ente intermediário, legalmente legitimado para a tutela de direitos da coletividade, a fim de incrementar o acesso à justiça, o que remete à essência de interesse público do processo coletivo, e, conseqüentemente, de instrumento realizador de direitos fundamentais. Ricardo de Barros Leonel esclarece que o processo coletivo tem intensa dimensão política, pois o equacionamento dos conflitos a ele relativos implica em escolhas políticas, trazendo à sociedade a possibilidade de influir em decisões fundamentais do Estado através do exercício da jurisdição coletiva<sup>186</sup>.

Longe de destacar, pelo menos neste momento as características materiais e procedimentais da ação civil pública, é oportuno relevar a natureza político-social que a ação civil pública vem mantendo desde a sua criação. Foi através dela, que vários assuntos polêmicos de grande relevância social, mas que ainda não detinham uma resposta do Poder Legislativo vieram a se materializar.

Apesar de não ser exclusivo, pode se dizer que a ação civil pública:

Hoje se pode à incluir os segmentos sociais representados pelos portadores do vírus HIV, ou ainda os chamados 'sem terra', o 'povo de rua', a 'comunidade gay': grupos até pouco tempo marginalizados, mas que vão ganhando identidade e reivindicando seu espaço e seus direitos na sociedade civil.<sup>187</sup>

Ao exemplificar esses acontecimentos, destaca-se o reconhecimento de vários direitos ligados à comunidade LGBT, como: equiparação da união homoafetiva como união estável; concessão de direitos previdenciários ao companheiro homossexual, inclusão companheiro homossexual em plano de saúde.

Recentemente a Justiça de São Paulo, por meio de uma ação civil pública apresentada pela Defensoria Pública do Estado, condenou em um milhão de reais, por danos morais coletivos, em razão de declarações homofóbicas proferidas por um candidato à Presidente da República<sup>188</sup>.

Também se destaca a ação civil pública como instrumento efetivo de tutela de diversas outras espécies de direitos, como saúde, assistência social, etc.

---

interesse público primário erigido pelos grupos sociais e almejado pela sociedade, cujo escopo é a manutenção do Estado Democrático de Direito". (VASCONCELOS; THIBAU; OLIVEIRA, 2013, p. 73-74).

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> MANCUSO, 2000, p. 134-135.

<sup>188</sup> "Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Determina que os réus reparem o dano moral coletivo praticado, através do pagamento de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), que reverterá para as ações de promoção de igualdade da população LGBT, conforme definição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT". (TJSP, Proc. nº 1098711-29.2014.8.26.0100, Juíza de Direito Flávia Poyares Miranda, j. 13/03/2015).

## CAPÍTULO III DEFENSORIA PÚBLICA

### 3.1 CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES

A Constituição consigna como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação (art. 3º). “É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais [...] a fim de efetivas na prática a dignidade da pessoa humana”.<sup>189</sup>

Angelita Maria Maders, ao apresentar a preocupação do Poder Constituinte de 1988, a respeito dos objetivos fundamentais da República Brasileira, mais precisamente no aspecto da erradicação da pobreza, relata:

No que se refere à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais, estas foram elevadas à condição de objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro no artigo 3º, III, da CF, cuja obrigação é comum. Em busca de sua concretização, foi elaborada a Emenda Constitucional nº 67/2010, prorrogando, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza referido no caput do art. 79 do ADCT e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que ‘Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias’. Além disso, no dia 18 de agosto de 2011, foi lançado o Plano Brasil sem Miséria, na sede do governo de São Paulo, como uma das principais metas da Presidente da República, o que é citado aqui a título de exemplo, pois muito se fala de um pacto para transformar a realidade social<sup>190</sup>.

Foi a partir de então que a nova Constituição concedeu ao acesso à Justiça *status* de um direito humano, como instrumento imprescindível para promover e proteger outros direitos. E por decorrência desta circunstância, criou-se a Defensoria Pública, com uma missão extremamente relevante.

---

<sup>189</sup> SILVA, 2003, p. 105-106.

<sup>190</sup> MADERS, Angelita Maria. O acesso à justiça no Brasil: o papel da defensoria pública na erradicação da pobreza. In: CONGRESSO NACIONAL DO DEFENSORES PÚBLICOS, 10., 2-11, Natal – RN. **Anais...** Brasília: ANADEP, 2011. Disponível em: <[www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20646/ANGELITA\\_MARIA\\_MADERS.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20646/ANGELITA_MARIA_MADERS.pdf)>. Acesso em: 06 ab. 2015.

Buscou-se com isso um novo destino para o acesso à Justiça no Brasil e a Defensoria Pública, de maneira inédita, tornou-se peça essencial na prestação jurisdicional. Deixou-se, a partir disto, o entendimento de que a concessão de simples prestação de assistência judiciária, mas a definição de que o Estado tem o dever de oferecer os meios adequados para a defesa do cidadão.<sup>191</sup>

A mudança do paradigma de assistência judiciária para assistência jurídica permitiu apresentar um novo tipo de ação para a comunidade jurídica no tocante ao campo do acesso à Justiça, pois, conforme estabelecido anteriormente, a assistência jurídica não pode ser entendida como o mero patrocínio gratuito da causa, “mas abrange também os custos e as despesas (judiciais ou não) ligados ao processo, além do direito à informação, consultoria jurídica e conciliação entre as partes”.<sup>192</sup>

Importante constar, que de acordo com o estudo de Humberto Agrícola Barbi, antes mesmo da Constituição da República de 1988, já havia a prestação de serviços, semelhantes ao da Defensoria Pública, da seguinte forma:

A Defensoria Pública não é novidade. Sua existência como instituição é que surgiu recentemente. Os Códigos de Processo e Organizações Judiciárias tratavam do assunto, no intuito de assegurar aos necessitados a defesa ampla em Juízo. Necessitado era aquele que não poderia pagar custas e honorários sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família. Com a Lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950 deu-se unicidade à assistência judiciária. A estruturação da Defensoria Pública dava-se, algumas vezes, dentro do Ministério Público, como cargo inicial de carreira, outras vezes ocorria como integrante da estrutura do Serviço Jurídico do Estado<sup>193</sup>.

Como foi dito, a concepção trazida pela novel carta política, renovou caminho para o acesso à justiça no país, fazendo a Defensoria Pública, pela primeira vez, a instituição estatal com missão indispensável na prestação jurisdicional. Houve, portanto, uma mudança drástica de pensamento, já não se tratava mais de mera prestação de assistência judiciária, mas a ideia de que o Estado tem como princípio normativo o dever de oferecer os meios adequados e efetivos para a defesa do cidadão<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> MOTTA; RUEDIGER, RICCIO, 2006, p. 07-08.

<sup>192</sup> Ibidem,

<sup>193</sup> BARBI, Humberto Agrícola. **Advocacia Geral da União: Advocacia e Defensoria Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 33, 1991, p. 448.

<sup>194</sup> MOTA, Luiz Eduardo. Da justiça caritativa à defesa dos novos direitos: a reconfiguração institucional da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. **Cadernos CEDES**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 21, 2009. Disponível em <[http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos\\_12\\_dajustica\\_direitos.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos_12_dajustica_direitos.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

Dessa forma, a criação da Defensoria Pública no âmbito federal e sua organização nos Estados trouxe a esperança de uma Justiça colocada a serviço dos hipossuficientes. Todavia, como já exposto, deveria o Estado conceder a essa nova instituição os mecanismos para concretizar o enunciado constitucional de forma efetiva. Assim, pode se considerar “o surgimento da Defensoria Pública, com corpo próprio de advogados, constitui saudável novidade, que vem ao encontro do dever do Estado de atender a esse enorme contingente de necessitados que não tem a quem recorrer na sua busca pela Justiça”.<sup>195</sup>

Entretanto, em contrapartida:

Criar a Defensoria Pública, por si só, não basta. Necessário será dar-lhe os meios para superar essas dificuldades, como poderes de requisição de documentos e de responsabilizar aqueles que estorvarem o curso das ações de interesse dos necessitados. Essas notáveis conquistas qualificadas como funções essenciais à Justiça, e que se inscreveram na Magna Carta, desafiam, agora, a argúcia do legislador ordinário, a quem cabe a tarefa de torná-las efetivas e reais, através das leis complementares, adequadas, não permitindo que se tornem «elas melancolicamente, apenas um ideal a atingir».<sup>196</sup>

Mas, indo um pouco além, constata-se que este não é um problema que acontece exclusivamente no Brasil. Pois, ao fazer uma incursão no direito comparado de como se dá a forma de prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes em alguns países da América Latina, restará configurada a semelhança entre todos.

MOTA, especialista no assunto, por exemplo, apresenta:

Na América, há diversas Defensorias Públicas em atuação, e algumas de perfil público-estatal, embora nenhuma delas tenha o mesmo nível organizacional, e o amplo alcance em suas funções, como a DP-RJ. Na pesquisa realizada pelo IBCCRIM sobre as Defensorias Públicas na América Latina e nas Antilhas, verificou-se que, na maioria das ex-colônias britânicas, situadas no Caribe, em que vigora o sistema da common law, não há Defensorias Públicas institucionalizadas, apesar da maioria das Constituições desses países conterem artigos que estabelecem tipos de representação à prestação de serviços jurídicos gratuitos. O sistema empregado não é igual ao *judicare*. Em Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados (somente em casos excepcionais), Dominica, o Tribunal de Justiça indica um advogado, pago pelo Estado, para representar o réu que não tenha capacidade de contratar.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> BARBI, 1991, p. 449.

<sup>196</sup> *Ibidem*,

<sup>197</sup> MOTA, 2009, p. 8.



Distante da estagnação das nações acima, um número considerável de países da América do Sul, Central e México, unidos tradicionalmente pelo sistema da *civil law*, possuem Defensorias Públicas, que por óbvio guardam suas particularidades no que se refere ao modelo organizacional e suas funções, sendo também, que nem todas ainda foram institucionalmente previstas pelas Constituições dos seus respectivos países. Todavia, ante as diversidades existentes, todas as instituições possuem um denominador comum: a ênfase que dão às questões relacionadas aos direitos humanos. Nessa via, encontram-se semelhanças entre as Cartas constitucionais dos países europeus que viveram a experiência do fascismo (Alemanha e Itália) e de governos autoritários (Grécia, Portugal e Espanha) com as formações sociais latino-americanas que durante décadas estiveram sob o domínio de regimes ditatoriais (Argentina, Bolívia, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Peru, Paraguai, Uruguai, etc.).<sup>198</sup>

Observa, entretanto, que como ocorre no Brasil, a maioria das Defensorias Públicas já organizadas do continente americano está “aquém de seus objetivos constitucionais por um conjunto de fatores como baixos salários, limitações constitucionais, sobrecarga de trabalho, além de estarem desaparelhadas para o atendimento de sua demanda”<sup>199</sup>

### 3.2 DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO

A Defensoria Pública<sup>200</sup> é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma

---

<sup>198</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>200</sup> Ao demonstrar um breve histórico do modelo de busca da justiça aos pobres existente na história, Cappelletti cita uma instituição criada nos moldes da Defensoria Pública. “Uma solução mais radical do que a instituição iuscanonista do *advocatus poverum deputatus et stipendiatus* (advogados dos pobres delegado e estipendiado). Tratava-se de uma especial advocacia instituída e paga como serviço público com finalidade específica de exercitar o patrocínio gratuito aos pobres. A ideia é muito avançada mas, lamentavelmente, sua realização, de resto mui tardia., foi incompleta e esporádica, quando não ficou, totalmente, tão só nas boas intenções de algum soberano iluminado. Cuida-se obviamente, de tentativas ideológicas prematuras numa época feudal e numa organização político-social hierárquica e desigual”. (CAPPELLETI, 2008, p. 193).

do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal<sup>201</sup>. Essa é basicamente a função institucional afeta à Defensoria Pública.

O conceito acima exposto é facilmente extraído da transcrição dos artigos 134 da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994, uma vez que ambos possuem a mesma redação.

Do teor dos dispositivos acima transcritos, é de se notar importantes características referentes à instituição. Nessa esteira Junkes, aponta que a natureza jurídica da Defensoria Pública é a de um órgão central independente, composto e obrigatório. A Defensoria Pública é um órgão, ou seja, constitui um centro de atribuições específicas instituído para o desempenho de funções estatais, por intermédio dos seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. Tocante à esfera de ação, a Defensoria Pública é um órgão central, pois a sua atribuição de prestar assistência jurídica integral é exercida em todo o território nacional. A Defensoria Pública constitui também um órgão do tipo independente, em razão da independência funcional atribuída à instituição e aos seus membros. No tocante à configuração estrutural, a Defensoria Pública é um órgão composto, dado que a sua constituição é desmembrada por centros de atribuição. Por tudo isso, a Defensoria Pública se assegura como instituição obrigatória e por sua existência está calcada na lei maior.<sup>202</sup> A partir disso decorre que:

Aos Estados-membros não é facultado escolher se instituem e mantêm a Defensoria Pública, ou não. Isso porque a Defensoria Pública é um organismo de obrigatória institucionalização e manutenção, por força do próprio artigo 134, da Constituição. De acordo com Barcellos, diante da omissão do poder público em instituir adequadamente a Defensoria Pública, cabe a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição.<sup>203</sup>

Essa conquista somente foi possível após o advento da Constituição de 1988, a qual transpôs a barreira do autoritarismo, com a migração para um Estado Democrático de Direito. Conseguiu, com isso, trazer a lume garantias antes esquecidas, após mais de duas décadas de ditadura, para firmar novos direitos humanos individuais e sociais.

---

<sup>201</sup> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>202</sup> JUNKES, Sérgio Luiz. O que é o que faz a defensoria pública? **Ágora: Revista de Divulgação Científica**, Mafra, v. 16, n. 1, p. 125-137, 2009.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 128.

MOTA, grande estudioso do assunto, comenta:

O grande salto institucional-legal da Defensoria Pública ocorreu a partir da Constituição da República de 1988. Os princípios assegurados pela Carta Magna no seu artigo 5º, que estruturam as garantias fundamentais dos cidadãos abordam a Defensoria Pública e o papel do defensor público no processo de constituição do acesso à justiça.<sup>204</sup>

Em que pese à notabilidade dada pelo texto constitucional, a Defensoria Pública prevista no texto de 1988, originariamente não possuía o mesmo destaque institucional garantido aos outros órgãos do sistema de Justiça, como o Poder Judiciário e o Ministério Público. Somente no ano de 2004, por meio de emenda constitucional n.º. 45 é que houve a garantia de autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais, que até então eram órgãos auxiliares do governo e subordinadas ao Poder Executivo.

Em 2009, por meio da Lei Complementar 132, a lei de regência da Defensoria, de modo positivo, passou por uma grande reforma, enriquecendo ainda mais o órgão dotando-o de várias atribuições, dentre elas, destacam-se: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; 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; VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Na mesma lei, atribuiu-se ao Defensor Público como forma de desenvolver as funções institucionais acima transcritas, as garantias de: (I) a independência funcional no desempenho de suas atribuições; (II) a inamovibilidade; (III) a irredutibilidade de vencimentos; (IV) a estabilidade.

---

<sup>204</sup> MOTA, 2009, p. 21-22.

No mais, a Defensoria Pública constitui um órgão institucional uno, indivisível e independente nos termos do art. 3º da Lei Complementar 80/94 e artigo 134, parágrafo 4º da Constituição.

Os princípios institucionais que regem formalmente a Defensoria Pública, como a unicidade, a impessoalidade e a independência funcional. “Esses princípios são característicos do direito administrativo, que por ser um sistema de normas gerais, abstratas, formais e axiomatizadas tem a função de organizar e regular as relações entre os escalões e aparelhos impessoais de exercício de poder”.<sup>205</sup>

Por unicidade, compreende-se que a Defensoria Pública funcione como um todo orgânico, sob uma mesma direção, mesmos fundamentos e mesmas finalidades. “Cada um deles seria parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades”.<sup>206</sup>

O princípio de impessoalidade por sua vez é resultante do primeiro princípio, ou seja, significa a possibilidade de os defensores serem substituídos uns pelos outros no decorrer do processo, sem qualquer alteração processual.

O princípio da independência funcional pode ser interpretado como a prerrogativa da Defensoria Pública de atuar de forma autônoma, isenta da intervenção de qualquer mecanismo estatal, mesmo que seja do próprio Poder Executivo. Incluem-se, neste aspecto os Defensores Públicos, sendo que a sujeição destes é apenas administrativa e não hierárquica. “Em outros termos, os membros da Defensoria Pública, no exercício das suas atividades, apenas estão sujeitos à lei e às suas convicções e não a ordens de quem quer que seja”.<sup>207</sup>

Por fim, cabe dizer que recentemente foi dado um grande passo para o fortalecimento da Defensoria Pública, com o advento da Emenda Constitucional 80/2014, que fixa prazo de oito anos para que a União, os estados e o Distrito Federal dotem todas as comarcas com defensores públicos.

---

<sup>205</sup> MOTA, 2009, p. 22.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>207</sup> JUNKES, 2009, p. 131.

### 3.3 PANORAMA ATUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

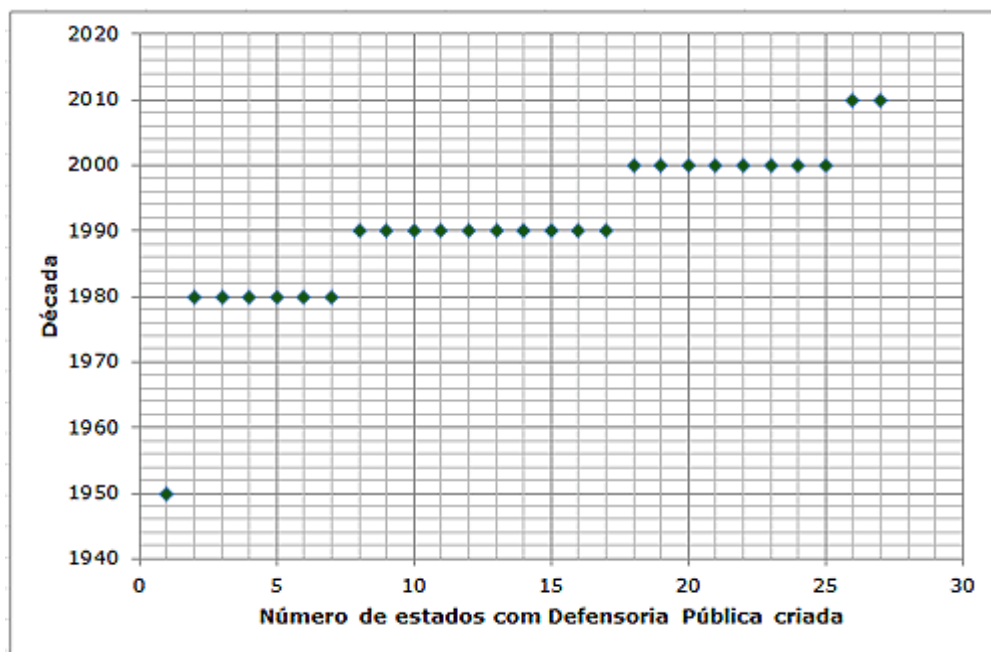
Apesar da previsão legal e do reconhecimento internacional como boa prática do modelo adotado no Brasil, a criação e a implementação de Defensorias Públicas têm sido um processo lento e intrincado, em quaisquer níveis, seja federal ou estadual.

No ano de 2013, o **IPEA** (Instituto de Pesquisa Econômica Avançada) e a **ANADEP** (Associação Nacional dos Defensores Públicos), por meio de pesquisa, criaram o “*Mapa da Defensoria Pública no Brasil*”, trazendo informações acerca de como um órgão de grande relevância constitucional, implementador de acesso à justiça, ainda é tão ignorado pelo Poder Público.

Para se ter uma ideia, conforme consta na citada pesquisa, anterior ao ano de 1990, somente existiam Defensorias Públicas em apenas sete estados brasileiros. Esse número cresceu de modo substancial a partir dos anos de 1990, quando mais dez estados estabeleceram essas instituições. E os outros oito estados criaram as suas defensorias públicas apenas nos anos 2000, com as duas últimas delas tendo sido criadas por lei apenas em 2011, no Estado do Paraná e, em 2012, no Estado de Santa Catarina.

O mapa a seguir concede uma noção de como foi lento o processo de criação de algumas defensorias estaduais:

**Figura 1** – Gráfico do Processo de Criação das Defensorias Públicas Estaduais.



**Fonte:** III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil/MJ e Leis Orgânicas das Defensorias Públicas de Goiás, Paraná e Santa Catarina.<sup>208</sup>

A par de sua existência formal, ainda existem algumas Defensorias, que no plano fático não funcionam adequadamente. Pode-se citar o caso da Defensoria Pública do Paraná, que recentemente foi obrigada a suspender as suas atividades por falta do repasse de verbas pelo Poder Executivo<sup>209</sup>. Aliás, em alguns Estados a Defensoria só foi implantada após diversas reivindicações sociais. Interessante citar o fato da Defensoria do Estado de Santa Catarina, que foi obrigada pelo Supremo Tribunal Federal a iniciar a implantação do órgão, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Outro gráfico ilustra outros Estados ainda vivem sem a presença adequada da Defensoria Pública:

<sup>208</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Mapa da defensoria no Brasil**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_19\\_03.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 20015.

<sup>209</sup> FRAZÃO, Marcelo. Sem receber recursos do Estado, Defensoria fecha as portas. **Paraná Online**, Curitiba, 02 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/politica/news/869561/?noticia=SEM+RECEBER+RECURSOS+DO+ESTADO+DEFENSORIA+FECHA+AS+PORTAS>>. Acesso em: 15 abr. 2105.

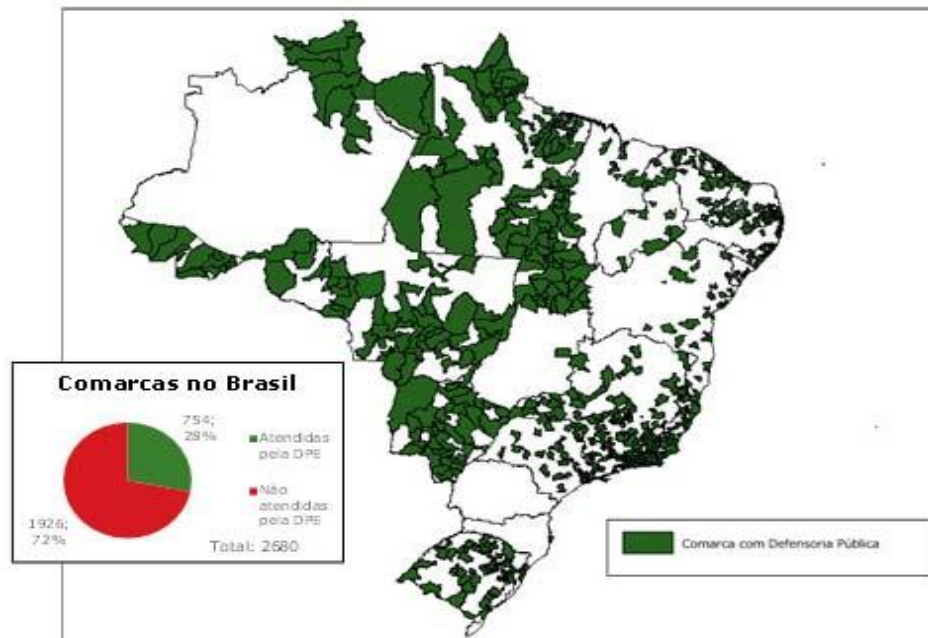
**Figura 2 – Estados com Defensoria Pública Criada, mas sem Estrutura Adequada.**



Fonte: ANADEP, 2013<sup>210</sup>.

Além da ausência do órgão, em algumas unidades da federação mais precário ainda é o atendimento pela instituição nas comarcas brasileiras. O resultado é lamentável, conforme se depreende nos gráficos abaixo:

**Figura 3 – Comarcas com Defensorias Públicas Instaladas**

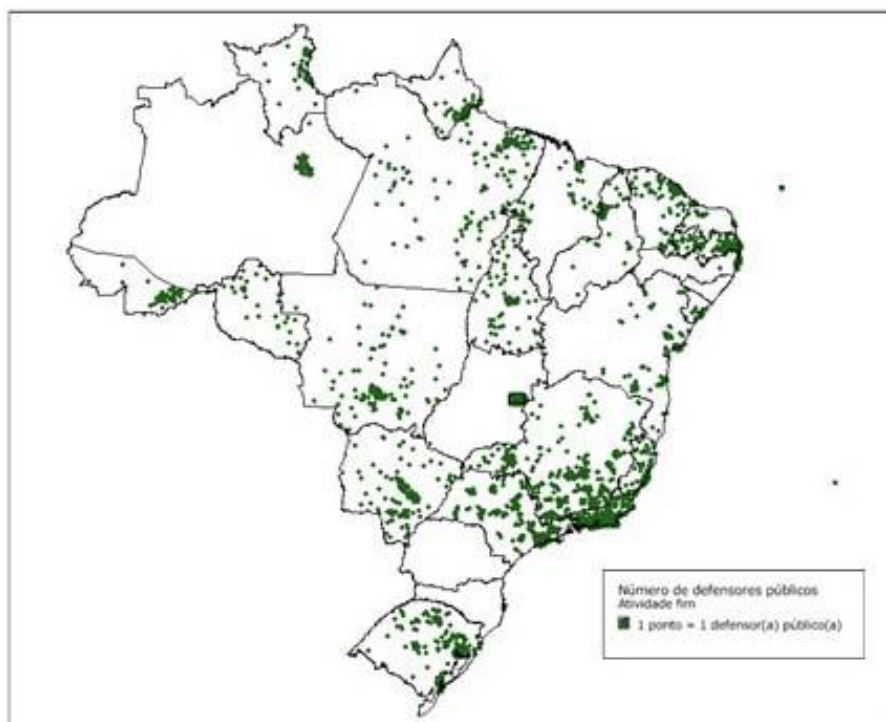


Fonte: IPEA

<sup>210</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA), 2015.

O déficit de comarcas atendidas só não é maior pelo fato de alguns defensores atenderem a várias comarcas, simultaneamente:

**Figura 4** – Quantidade de Defensores Públicos por Comarcas.



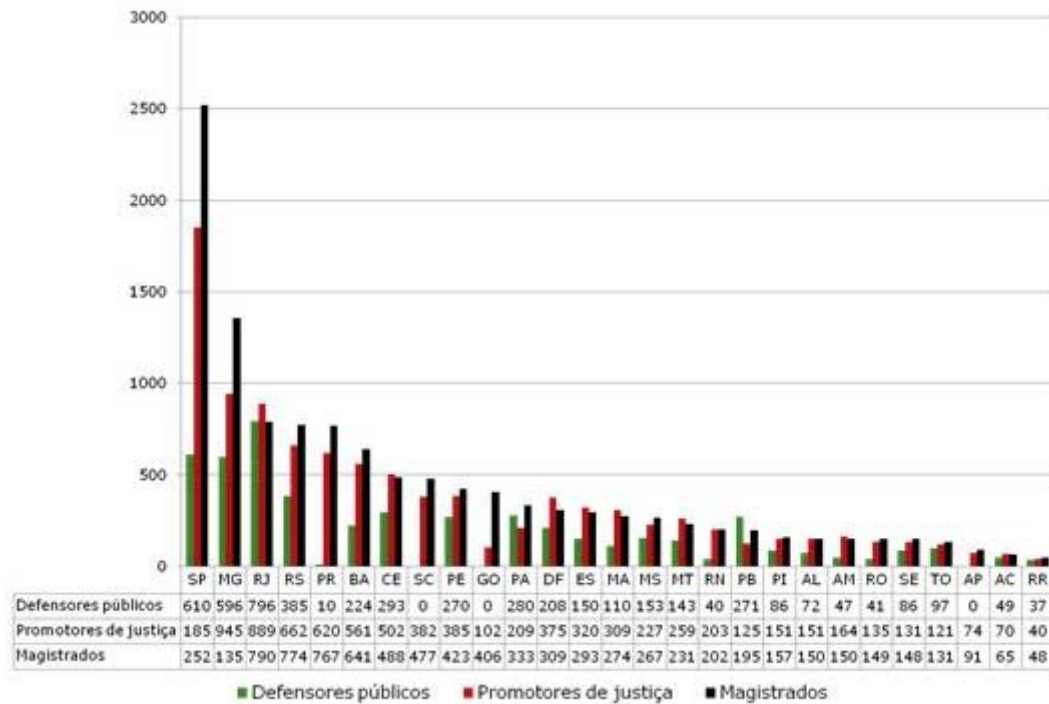
Fonte: ANADEP, 2013<sup>211</sup>.

Outra constatação que se chegou com a pesquisa, situa-se na disparidade existente entre a quantidade de Defensores Públicos, em comparação com o número de Promotores e Magistrados:

<sup>211</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA), 2015.



**Figura 5** – Quadro Comparativo entre a Quantidade Existente de Defensores Públicos, Magistrados e Promotores de Justiça.



Fonte: IPEA<sup>212</sup>

Como se vê, os dados apresentados somente reforçam as afirmações feitas anteriormente, relativamente à concretização ideal do acesso à justiça, principalmente a população hipossuficiente.

<sup>212</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA), 2015

## CAPÍTULO IV

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Este capítulo tem como foco explorar o conteúdo pertinente à ação civil pública. Inicia-se com a apresentação do surgimento dos direitos transindividuais, assentando também a definição e o objeto da ação civil pública, da mesma maneira que explora alguns aspectos processuais importantes, como a legitimidade ativa e a coisa julgada e, por fim, expor os contornos políticos da ação civil pública.

#### 4.1 MARCO HISTÓRICO DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.

Característica marcante do Direito desde os seus primórdios, destacava-se notavelmente pela cisão entre o público e o privado<sup>213</sup>. Pois, indubitavelmente “tal separação era compreensível naquelas priscas eras, onde, efetivamente, os dois únicos polos de referência eram o indivíduo e o Estado; não se podendo cogitar de “corpos intermediários” que ameaçassem o monopólio estatal”.<sup>214</sup> Entretanto, sucede que:

Ao longo do período medieval, o Estado foi se enfraquecendo: por um lado, em virtude das guerras constantes e onerosas; por outro, em face do surgimento de novos focos de poder, chamados por Montesquieu ‘os corpos intermediários’. Estes manifestaram-se em diversas ordens: os feudos significam para o soberano a necessidade de dividir o poder com a nobreza sempre numerosa e ávida de participar do centro de decisão; as grandes corporações, a seu turno, agrupavam comerciantes, artesãos, mestres e aprendizes, dando início, assim, às futuras confrontações entre o capital e o trabalho; a Igreja, por fim, revelou seu enorme poder temporal, com Papas rivalizando em poder com reis e, por outro lado, manobrando habilmente a Santa Aquisição como instrumento de poder político mediante processo de intimidação geral.<sup>215</sup>

Para Rizzardo, as ações coletivas tiveram seu início no direito romano, através da *actio romana*. Embora este autor, ao citar Mancuso, indica que a origem da ação coletiva se deu com a *actio popularis*, instrumento, que visava a proteção do

---

<sup>213</sup> “O próprio Direito Positivo restou dividido em dois ramos distintos: o público e o privado, discrímen que, de resto, a menos em seus fundamentos, ainda frutifica nos dias de hoje, bastando observar um dado extraído da experiência judiciária paulista, onde o Tribunal de Justiça vem organizado em duas grandes Seções: a de Direito Público e a de Direito Privado”. (MANCUSO, 2000, p. 34)

<sup>214</sup> Ibidem.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 35.

interesse público e dos bens sacros, o qual possuía finalidade eminentemente privada, com vista a inibição de determinada conduta.<sup>216</sup>

Rizzardo destaca, ainda, que desde 1936 já existiam em países como a França, Bélgica e Itália, leis prevendo ações populares. Contudo, relacionadas mais à perspectiva eleitoral e administrativa, estendendo-se, subsequentemente, à tutela de interesses populares como, por exemplo, combatendo privilégios fiscais.<sup>217</sup>

Deste então, houve, gradativamente, uma ruptura da concepção Direito, que ostentava até naquele momento um caráter eminentemente individualista perante o sujeito. Começou-se a enxergar o Direito do ponto de vista coletivo, o que gerou, certamente, um grande impacto no direito processual civil<sup>218</sup>.

Nesse ponto, RIZZARDO destaca:

Foi a partir da segunda metade do século passado, e mais acentuadamente no curso da década de 1980, mas com resultado de um processo cuja maturação iniciou na década de 1960, operado em vários países do mundo e no Brasil, que se exteriorizou a formação de um novo direito o qual se inspirou e se inspira em valores altaneiros voltados para a defesa dos interesses da sociedade como um todo ou de extensos grupos sociais, de populações inteiras e, sobretudo da natureza. [...] Deixaram-se de lado valores individuais, e propiciou-se a postulação da tutela jurisdicional para categorias novas de aspirações, em favor do ser humano visto como integrante da sociedade.<sup>219</sup>

Essa influência se espalhou, conseqüentemente, em diversos países do ocidente, principalmente no Brasil, cujo desenvolvimento em âmbito nacional contou com grandes nomes do direito processual civil brasileiro, como Ada Pellegrini Grinover, Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, etc.

Eduardo Appio pontua que a história das ações coletivas no Brasil somente aconteceu graças à superação entre a relação do direito de cunho patrimonial e seu correspondente titular, colocando em foco bens de interesse

---

<sup>216</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p. 7..

<sup>217</sup> Ibidem.

<sup>218</sup> Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr, no contexto individualista do processo civil, destaca o seguinte aspecto histórico: “ Com grande percucência na análise e profunda pesquisa histórica salienta Rodrigo Mazzei um aspecto fundamental da nossa evolução jurídica nas tutelas coletivas. Propugna e demonstra que o art. 76 do Código Civil de 1916 foi geneticamente projetado por Clóvis Beviláqua para a limpeza do sistema, quer dizer, pensando para afastar o direito civil do Código, marcadamente individualista, centrado no proprietário e na autonomia da vontade do cidadão, qualquer possibilidade de abertura para as tutelas coletivas. Ou seja: “segundo as próprias palavras do condutor daquela codificação ( de índole individualista), teve a intenção de extinguir as ações populares que remanesciam no nosso sistema jurídico, a partir do direito romano”(DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo Coletivo**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 4., p. 25).

<sup>219</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 7.

coletivo e social, tais como, meio ambiente e patrimônio histórico, consumidor, os quais alçaram uma natureza distinta dentro ordenamento jurídico<sup>220</sup>.

Pode-se dizer que os instrumentos para proteção de direitos metaindividuais tiveram seu início com o advento da Lei 4.717/1965 (Lei Ação Popular), sendo este, o primeiro instrumento destinado à proteção de alguns interesses coletivos, principalmente o patrimônio público.

Importante dizer que a entrada da vigência desta lei causou uma reviravolta no sistema processual daquele momento, tendo em vista a legitimidade concedida a qualquer cidadão para cuidar, em seu próprio nome, de direitos em que são titulares toda a coletividade, algo bastante incomum para a época.

Cabe também citar que no ano de 1981 entrou em vigor da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que previa a responsabilidade civil para quem poluísse o meio ambiente, sendo a legitimidade para propor este tipo de ação de competência do Ministério Público, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º, do referido diploma legal.

Entretanto, o ápice em relação à tutela coletiva ocorreu com o surgimento da Lei da Ação Civil Pública, no ano de 1985, vez que tal lei incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais de natureza essencialmente coletiva, como por exemplo, a extensão da legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades e associações (art. 5º); a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, etc.

A partir disso, o sistema para proteção de direitos transindividuais passou constantemente por profundas transformações. É possível citar como exemplo a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual prevê a proteção dos direitos difusos e coletivos (art. 5º, LV), além de criar o instituto do mandado de segurança coletivo (art. 5º. LXX), legitimando partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída para a propositura desta ação; e o mandado de injunção coletivo (art. 5º LXXI); como também a ampliação do objeto da ação popular, incluindo o meio ambiente e a moralidade administrativa; a representação processual para as entidades associativas (art. 5º, XXI) e a substituição processual para os sindicatos (art. 8º, III); e a legitimação processual aos índios, conforme previsão no artigo 232.

---

<sup>220</sup> APPIO, Eduardo. **Ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

Aliás, essa transformação só foi possível no Brasil, em razão “das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã”.<sup>221</sup>

Na perspectiva de ampliação da tutela dos direitos metaindividuais a Constituição Federal ampliou também o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. A atribuição de legitimidade para esta espécie de ação, nos termos do artigo 103 da Constituição, ficou a cargo do Presidente da República; mesa do senado federal; mesa da câmara dos deputados; mesa da assembleia legislativa; Procurador da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, etc.

A proteção dos direitos transindividuais também se fortaleceu com a entrada em vigor dos seguintes instrumentos normativos: Lei n.º. 7.853/89 (Lei portadores de deficiência; Lei n.º. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei n.º. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n.º. 8.429/92 (Lei Improbidade Administrativa; Lei n.º. 884/94 (Lei Ordem Econômica e Financeira) e Lei n.º. 10.741/ 2003 (Estatuto do Idoso).

Importante destacar, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor, inovou no sentido estabelecer regras específicas para o processamento das demandas de cunho coletivo. Talvez o ponto mais interessante desta lei foi apresentar os conceitos de direitos difusos, coletivos *Stricto sensu* e individuais homogêneos, vez que tal definição não havia sido contemplada por nenhuma outra lei anteriormente.

Toda essa “revolução” fez Teori Zavascki classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos:

- (a) Mecanismo para tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendendo o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes, a grupos ou a classe de pessoas indeterminadas, a ação popular e as ação civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa, e (c) instrumentos para tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada,

---

<sup>221</sup> "DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 28-29.

representados pelos vários mecanismos de controle constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.<sup>222</sup>

Para o mencionado autor, tais acontecimentos são o reflexo dos novos tempos, marcados cada vez mais por relações impessoais e mais coletivizadas. Assim, essa gama de instrumentos, atualmente em vigência para tutelar essas novas formas de direitos, caracteriza, de certa forma, um subsistema processual, denominado de processo coletivo.<sup>223</sup>

Cabe observar, ainda, que os processos coletivos são disciplinados por normas e princípios próprios, através de normas que se interagem, as quais descrevem com mais detalhes sua dupla finalidade de tutelar os novos direitos coletivos e efetivar a justiça nas sociedades de massa, eliminando os litígios repetitivos.<sup>224</sup>

Nestes casos, aplica-se, residualmente, o Código de Processo Civil (legislação individual), quando surgir um problema na aplicação da lei. Antes disso, é importante analisar o sistema de forma geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto de instrumentos normativos que compõe o microsistema, se não existe uma norma melhor e mais adequada a correta pacificação com justiça.<sup>225</sup>

#### 4.2 DEFINIÇÃO E DO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

De modo bastante simples, a ação civil pública pode ser definida como um instrumento para a solução de conflitos, que envolvam uma gama determinada ou indeterminada de pessoas ou grupo. Presta-se, via de regra, como meio de proteção a bens indispensáveis ao convívio social de seus cidadãos.<sup>226</sup>

A despeito do assunto, importante mencionar a divergência existente no campo doutrinário sobre a terminologia da ação tratada na Lei 7.347/1985.

---

<sup>222</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 13.

<sup>223</sup> ZAVASCKI, 2005, p. 14.

<sup>224</sup> DIDIER, 2014, p. 126.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>226</sup> APPIO, 2009, p. 33

Nos primórdios, o art. 3º, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar Federal n. 40, de 13-12-81), foi a primeira lei a mencionar a expressão ação civil pública<sup>227</sup>.

Neste ponto, Pedro Lenza, com base na doutrina estrangeira, relata que a expressão ação civil pública, surgiu em contraposição à ação penal pública, porque ajuizada pelo Ministério Público.<sup>228</sup>

Dessa forma, entendia-se que a ação civil pública era um direito conferido ao Ministério Público para agir na esfera civil, tão somente por sua titularidade na ação penal pública.<sup>229</sup>

Mas esta concepção subjetiva<sup>230</sup>, que levava em conta a titularidade do Ministério Público foi superada, do ponto de vista legal, com o advento da Lei n.º. 7.347/1985 e a Constituição Federal de 1998, em relação à legitimidade concedida a demais órgãos<sup>231</sup>.

A respeito da terminologia, MANCUSO, explica:

A conclusão razoável, a respeito desse aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a ação da Lei 7.34/85, objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na sequência se agregam os individuais homogêneos (Lei 8.078/90, artigo 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é 'pública' porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo 'limbo jurídico'<sup>232</sup>.

<sup>227</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente**. 2011. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

<sup>228</sup> LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>230</sup> Cabe lembrar que a doutrina analisa a concepção de ação civil pública através de aspectos objetivos. Rodolfo de Camargo Mancuso pontua que: " Cabe esclarecer, a propósito desse critério objetivo, que os interesses versados na ação civil da Lei 7.347/85 e legislação complementar não são, a rigor, públicos, já que a contraposição não se dá entre os co-legitimados, de um lado, e o Estado ou uma autoridade, do outro (embora esta última, mormente por omissão culposa, possa figurar no polo passivo); e sim trata-se de interesses concernentes a sujeitos indeterminados (absoluta ou relativamente), postos em confronto com outros interesses igualmente de largo espectro, uns e outros incompassíveis. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e do consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21-22)

<sup>231</sup> Sobre o tema Mazzilli comenta "Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la ação coletiva. Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei n.º. 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o Ministério Público, ou qualquer outro co-legitimado; será ação coletiva qualquer ação fundada nos artigos 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais (MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74)

<sup>232</sup> MANCUSO, op. cit., p. 23.

Sobre a celeuma quanto à denominação, Rizzardo<sup>233</sup> destaca que o costume tornou mais comum chamar a espécie ação civil pública, não porque nasce de um legitimado público ou porque faz parte de uma pessoa jurídica de direito público, mas pelo interesse comum ou interesse de grupo (*common interest* ou *group* do direito inglês) e de índole, de tal importância que faz o próprio Poder Público lhe dar uma proteção especial.

Lenza, a par da discussão sobre a errônea terminologia dada ao instrumento criado pela Lei nº. 7.384/85, entende mais correta a utilização do termo *ação coletiva*, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.<sup>234</sup>

Todavia, Mancuso diz que a expressão “ação civil pública” está hoje consagrada ao nível constitucional e da legislação ordinária, assim como na doutrina e na jurisprudência.<sup>235</sup>

No que se refere ao objeto da ação civil pública, é importante frisar a ideia de que o processo é a reunião de instrumentos normativos com a finalidade de manter um modelo de condutas que leve a um padrão ideal de convivência coletiva, visando trazer a imunização da violação de princípios e regras vitais para a sustentabilidade do convívio pacífico dos indivíduos dentro de valores democráticos, morais e éticos<sup>236</sup>.

Mas, como se sabe, o sistema processual brasileiro, instituído no ano de 1973, pelo Código de Processo Civil atual, foi consagrado para atender a demandas somente na situação de afronta a direitos subjetivos individuais, através da propositura de demanda pelo próprio autor.

Contudo, RIZZARDO pontua que:

Despertou a atenção para as ocasiões em que são atingidos interesses de outra ordem, mais gerais e amplos, que vão além da esfera particular, tendo alcance transindividual, também denominado metaindividual. Trata-se de interesses coletivos ou de grupos, ou interesses de massa, da coletividade, de uma sociedade de consumo, isto é, de um grande número de pessoas, abrangendo valores comuns, ou de uma quantidade expressiva de indivíduos ou categorias ou classe de pessoas, sendo exemplos os destinatários de um serviço coletivo, os associados de entidades sociais, ou moradores de uma localidade, os consumidores de um produto mesmo que indeterminados, ou a ideia de interesses individuais agrupados, que se

---

<sup>233</sup> RIZZARDO, 2012, p. 17.

<sup>234</sup> LENZA, 2003, p. 157.

<sup>235</sup> MANCUSO, 2004, p. 24.

<sup>236</sup> RIZZARDO, 2012, p. 4.



resume no feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles.<sup>237</sup>

O artigo 1º da Lei 7.347/1985, em que pese ter natureza processual, define quais os bens ou valores metaindividuais que deverão ser protegidos, tendo-se no rol a proteção do meio ambiente; do consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; infração contra a ordem econômica e da economia popular e da ordem urbanística.

Neste sentido, APPIO<sup>238</sup> aponta:

Através da ação civil pública (Lei 7.347/85) se busca a proteção de bens de natureza transindividual e indivisível, como o meio ambiente e probidade administrativa, tutelando-se, portanto, interesses de natureza difusa e coletiva.

Nesta esteira, importante comentar que o inciso IV, que previa a tutela de “qualquer outro interesse difuso”, teve sua redação vetada pelo Presidente da República<sup>239</sup>, na época José Sarney, apontando os seguintes motivos:

A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Com o veto, que foi bastante criticado por juristas de renome, por haver considerável limitação do objeto da lei da ação civil pública<sup>240</sup>. Contudo, a sobredita

<sup>237</sup> Ibidem.

<sup>238</sup> APPIO, 2009, p. 38.

<sup>239</sup> BRASIL. Mensagem nº 359, de 24 de julho de 1985. Veto, parcial do Projeto de Lei da Câmara nº 20, de 1985 (nº 4.984, de 1985, na Casa de origem), Lei da ação Civil Pública pelo Presidente José Sarney. **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/Mvep359-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvep359-85.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015..

<sup>240</sup> Sobre o aludido veto, Hugo Nigro Mazzilli comenta: “Parece-nos, porém, que o veto se deu não só em razão das pressões de grupos interessados, como também porque, o Poder Executivo só então despertou para os riscos que iria enfrentar quando seus atos fossem questionados, em ações civis públicas (riscos que mais tarde voltou a procurar elidir com o abuso de medidas provisórias, que tiravam com uma mão o que a LACP e o CDC tinham dado com outra). Assim, já quando da sanção da LACP, o Poder Executivo não se animou em dar à sociedade um eficiente instrumento de defesa de interesses difusos ou coletivos em geral, que muitas vezes poderia se voltar contra o próprio governo”. (MAZZILLI, 2012, p. 136).

expressão, a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, retornou ao rol dos direitos tuteláveis pela Lei 7.347/85.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, o qual, diga-se de passagem, cumpriu um papel de suma importância dentro das alterações legislativas sobre a matéria, trazendo, necessariamente, a definição em seu artigo 81 sobre a definição dos direitos passíveis de tutela pela ação civil pública, sendo os direitos difusos, coletivos *Stricto sensu* e individuais homogêneos.

Neste passo é oportuno apresentar o conceito legal e doutrinário de cada um desses direitos/interesses, sendo eles objetos de proteção do referido diploma legal<sup>241</sup>.

Segundo a dicção do artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

MAZZILLI, ao comentar o referido dispositivo destaca:

Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante.<sup>242</sup>

BELLINETTI, por sua vez, classifica os direitos difusos como:

os interesses difusos podem ser caracterizados a partir de dois aspectos: Aspecto subjetivo: Sob esta perspectiva, vislumbra-se as características da Indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertence, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas. Aspecto objetivo: A característica é a Indivisibilidade do bem jurídico, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Hugo Nigro Mazzilli, explica que a ação a ação civil pública pode ser movida, em alguns casos, além da defesa de direitos transindividuais: “Embora a ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85 objective apenas a defesa de interesses transindividuais, na verdade, as ações civis públicas, sob o aspecto doutrinário, podem ter objeto mais amplo. Como bem ensinou Calamandrei, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal, movida pelo Ministério Público. Neste sentido, podemos referir-nos, por exemplo, às ações civis públicas para defesa de interesse público (como as de nulidade de casamento, movidas pelo Ministério Público), para a defesa de interesse individual indisponível (como as ações de alimentos em defesa de crianças e adolescentes),<sup>2</sup> para a defesa do patrimônio público e social (CF, art. 129, III; Lei n. 8.429/92, art. 17; LONMP, art. 25, IV, c.c. LOMPU, art. 6º, VII). (MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da ação civil pública. *Revista Jurídica*, v. 337, p. 9-20, 2005. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

<sup>242</sup> MAZZILLI, 2012, p. 53.

<sup>243</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 668.

Por conseguinte, os direitos coletivos *Stricto sensu* são definidos pelo inciso II do artigo 81, do CDC, sendo os “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Nesse ponto, MAZZILLI, adverte que:

Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada que une o grupo.<sup>244</sup>

Luiz Fernando Bellinetti dá aos interesses coletivos *Stricto sensu*, a mesma classificação que é dada aos interesses difusos, salientando, porém, que a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça ao bem jurídico, e que pode ocorrer entre os membros do grupo ou entre eles e a parte contrária<sup>245</sup>

Por fim, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, a definição vem conforme o inciso III, do artigo 81, parágrafo único do CDC, *assim entendidos como os decorrentes de origem comum, cujos titulares são determinados ou determináveis e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidades e caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo).*

Segundo ZAVASCKI:

[...] consideram-se homogêneos, para esse efeito, os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere o grau de afinidade suficiente a permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= margem de heterogeneidade).<sup>246</sup>

Em relação aos interesses individuais homogêneos, Luiz Fernando Bellinetti, possui posicionamento interessante, o qual merece ser destacado. Para ele:

<sup>244</sup> MAZZILLI, 2012, 57.

<sup>245</sup> BELLINETTI, 2005, p. 668.

<sup>246</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais em direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.35.

são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permita serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa.<sup>247</sup>

Importante mencionar, que na definição dos objetos jurídicos protegidos pela ação civil pública é perceptível a finalidade política da opção realizada pelo constituinte de 1988, em proveito para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, associada ao desenvolvimento nacional.<sup>248</sup>

No mais, no que se refere ao objeto da Lei da Ação Civil Pública, cabe trazer à baila o seguinte ensinamento de MANCUSO:

O objeto tutelado pela Lei 7.347/85 não é propriamente o interesse público (neste sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes, como a saúde, a segurança, a educação etc.), e sim o 'interesse metaindividual' concernente a sujeitos indeterminados, como se dá nas relações de consumo, na tutela do meio ambiente e ao patrimônio cultural do País.<sup>249</sup>

Para Mancuso não é o fato de que (eventualmente) um interesse metaindividual apareça coincidente com o interesse público, que qualifica e assim viabiliza sua apreciação judicial, e sim o fato de que nesse interesse metaindividual concentra-se um valor socialmente relevante, concernente a uma parcela da coletividade (interesse coletivo).<sup>250</sup>

#### 4.3 LEGITIMIDADE ATIVA<sup>251</sup>

Um dos assuntos mais relevantes em relação à tutela de direitos transindividuais, sem dúvida, tange à legitimidade ativa para propositura da ação civil pública.

Como exposto acima, o processo civil tradicional se afigura como meio de proteção de interesses individuais e é natural, que recaia numa mesma pessoa a

<sup>247</sup> BELLINETTI, op. cit., p. 669.

<sup>248</sup> APPIO, 2009, p. 38.

<sup>249</sup> MANCUSO, 2004, p. 67.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>251</sup> Cabe mencionar que, a discussão afeta a legitimidade da Defensoria Pública, tema objeto deste trabalho, será debatida no próximo capítulo.

posição de titular do interesse e do legitimado. “Porém, esse esquema não se pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações “coletivas”, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública”<sup>252</sup>, posto que:

Não se vai encontrar o ‘titular’, o ‘dono’ do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua partição’ ou ‘fracionamento’ (a chamada ‘indivisibilidade’ do objeto’) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’ (a chamada ‘indeterminação dos sujeitos’.<sup>253</sup>

Desse modo, surgiram na doutrina várias correntes tentando justificar a legitimação da defesa para as ações coletivas de um modo geral.

Para alguns, essa legitimação é ordinária, tendo em vista que os legitimados são as pessoas indicadas a participarem da aplicação ou criação da norma, no caso da legitimidade ativa ad causam<sup>254</sup>. Pode-se citar como exemplo, a associação civil que defende interesse próprio, estatutário ou institucional, quando pede a proteção ambiental ou ao consumidor, dentro de seus fins estatutários ou institucionais; ou também o Estado, pois tanto ele tem interesse na preservação do meio ambiente, do consumidor e outros interesses de grupo, que até mesmo criminaliza os comportamentos que ofendam esses bens.<sup>255</sup>

Por outro lado, Arnaldo Rizzardo defende que no caso da ação civil pública, aqueles que são lesados em uma gama específica de interesses ou direitos serão substituídos na promoção da demanda por um só legitimado, o que caracteriza, por si só a legitimação extraordinária, por substituição processual.<sup>256</sup>

Citado por Pedro Lenza, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem a legitimação autônoma para a condução do processo em relação à defesa de direitos difusos e coletivos, ao passo que a defesa dos interesses individuais homogêneos implementa-se por substituição processual.<sup>257</sup>

A despeito de toda essa divergência doutrinária, é importante expor que a preocupação que se deve ter não é tanto com a natureza jurídica da legitimação, mas, em particular, com a problemática da efetividade do processo, buscando-se saber se as alterações propostas cumpriram o seu

---

<sup>252</sup> MANCUSO, op. cit., p. 130.

<sup>253</sup> MANCUSO, 2004, p. 131.

<sup>254</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. A legitimidade ativa para ações visando a defesa de interesses individuais homogêneos. *Scientia Iuris*, v. 7, p. 157-164, 2004.

<sup>255</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da Ação civil pública. *Revista Jurídica*, v. 337, p. 9-20, 2005.

<sup>256</sup> RIZZARDO, 2012, p. 131.

<sup>257</sup> LENZA, 2003, p. 181.

objetivo maior que era o de proporcionar uma adequada representação jurídica dos interesses transindividuais.<sup>258</sup>

Além do mais:

Malgrado a existência de divergência terminológica, a doutrina comunga o entendimento de que a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem anuência, intervenção ou autorização dos demais. Todos concorrem em igualdade para a propositura da ação e, desde que preenchidos os requisitos legais, qualquer deles poderá intentá-la. Não há exclusividade nem atribuição privativa de legitimidade. Nesse sentido, eventual litisconsórcio que se forme será sempre facultativo.<sup>259</sup>

Outro assunto importante, relacionado à abertura dos esquemas clássicos da legitimação para agir, diz respeito à possibilidade de o magistrado realizar um controle efetivo sobre a representatividade adequada.<sup>260</sup>

Para análise deste instituto existem dois critérios de avaliação: o primeiro, sistema *ope legis*, utilizado majoritariamente no direito brasileiro, determina que o modo de ajuste tenha como base a lei, permitindo-se tão somente ao legislador prever requisitos para a legitimação. Oportuno dizer, também, que tais requisitos, bem como os legitimados deverão ser feitos de maneira pormenorizada e expressa.

Entretanto, o sistema *ope judicis*, amplamente difundido e aplicado no direito norte-americano, atribui ao magistrado o dever de verificar a adequada representação, no caso concreto.

No direito pátrio, inicialmente, a doutrina posicionou-se pela negativa de controle sobre a representatividade a ser exercido pelo magistrado, já que, aparentemente, o seu preenchimento operava-se *ope legis*.<sup>261</sup>

A par dessa divergência, faz-se prudente informar que o modelo *ope judicis*, tem sido aplicado no Brasil<sup>262</sup>, obviamente, em casos bastante excepcionais,

<sup>258</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>259</sup> LENZA, 2003, p. 173.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>261</sup> Ibidem.

<sup>262</sup> Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1. Os sindicatos possuem legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (Adequacy Representation).  
2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "[...] A

principalmente em relação à representação do Ministério Público, em circunstâncias em que se recaia sobre direitos individuais homogêneos disponíveis, exigindo-se, para tanto, a presença do relevante interesse público.

Contudo, GRINOVER, ao discorrer sobre o tema defende que:

Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.<sup>263</sup>

Ada Pellegrini ainda sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro apesar de não mencionar de maneira expressa sobre a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações.<sup>264</sup>

---

pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses." in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278 4. [...] (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009)

<sup>263</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

<sup>264</sup> Ibidem.

#### 4.4 COISA JULGADA

Nas demandas de cunho individual, conforme dicção do artigo 467 do Código de Processo Civil, a coisa julgada é definida como o efeito que a coloca como imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso.

O artigo 472, por sua vez, dispõe que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Nas premissas expostas acima, baseia-se os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

A coisa julgada, de um modo geral serve para que se torne firme e imutável a parte decisória da sentença, a qual deve manter estrita correspondência com o pedido que se tenha formulado na petição inicial. Dela também se extrai a característica de ser pressuposto processual negativo, ou seja, obsta a repropositura de nova ação a respeito da mesma causa de pedir, com o mesmo pedido, entre as mesmas partes. Assim, “presentes os pressupostos processuais negativos, existe impedimento para a repropositura da ação, apesar de seu acolhimento gerar uma sentença meramente processual ou terminativa, conforme determina o art. 268 do CPC combinado com o art. 267, inciso V”<sup>265</sup>

Frisa-se, ademais, que a coisa julgada possui conceito inerente ao seu objeto material decorrente de lei, estando na direção formal do julgado os limites da lide e das questões decididas.

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei entre as partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada [...] Mas a coisa julgada material só pode ocorrer a par da coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flávio Renato Correia; TALAMINI Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 213.

<sup>266</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 11, p. 559.



É oportuno dizer que solução do problema da coisa julgada foi uma das grandes dificuldades para instituir a defesa coletiva em juízo. De acordo com a teoria clássica, a coisa julgada significa a imutabilidade do que foi definitivamente decidido, limitadamente às partes do processo.<sup>267</sup>

No contexto legal, a coisa julgada coletiva encontra respaldo em vários diplomas legais, conforme se depreende nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor e pelo artigo 22 da Lei do Mandado de Segurança.

Contudo, especificamente em relação à ação civil pública, a coisa julgada é tratada no artigo 16 da Lei de regência<sup>268</sup>. Por esta circunstância é necessária a sua transcrição:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada 'erga omnes', nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

É conveniente dizer que a disposição legal transcrita acima, desde a sua criação é motivo de discussão em sede doutrinária e jurisprudencial. As maiores objeções encontradas são: a) sua inconstitucionalidade, ferindo o acesso à justiça, a igualdade e a universalidade da jurisdição; b) sua ineficácia, já que a disciplina do art. 103 do CDC é mais ampla e está inserida no microsistema do processo coletivo, aplicando-se também à LACP; c) não se trata de limitação da coisa julgada, mas da eficácia da sentença, ferindo a disposição processual, pois a jurisdição é uma em todo território nacional; e, por último, d) é contrária à essência do processo

---

<sup>267</sup> MAZZILLI, 2012, p. 602.

<sup>268</sup> Sobre o advento do citado dispositivo, Mazzilli argumenta: "Como se sabe, a Lei n.º 9.494/97 é fruto de conversão da Medida Provisória n. 1.570-5/97. Rebentos últimos dos Decretos-Leis, as medidas provisórias vieram sendo abusivamente dotadas por todos os presidentes da República especialmente entre 1988 a 2001, sem obediência alguma a critérios efetivos de relevância e urgência. Nesse período, todos os Presidentes da República legislaram várias vezes mais por medidas provisórias do Congresso Nacional o fez por meio de leis, a mostrar que a atividade legislativa, de fato, estava sendo exercida rotineiramente pelo Poder Executivo. Isso constitui inadmissível violação às regras democráticas e aos princípios de separação dos Poderes. E, o que é mais grave, essas medidas provisórias vinham sendo indevidamente reeditadas ad nauseam assim que perdiam a eficácia por falta de oportuna conversão em lei; entretanto, já na época, sua reedição era flagrante inconstitucional porque a não aprovação no caso de 30 (trinta) dias significavam não terem sido aceitas pelo Congresso que apenas deveria disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes e nunca coonestar a reedição definida de medidas cuja eficácia de todo já se perdera. Longe disso acabaram se tornando meio pelo qual o Poder Executivo Federal conseguia legislar ordinariamente sem a real participação do Poder Legislativo. Nesse abuso, que não encontrou o devido ou suficiente cobro nem do Congresso Nacional nem dos Tribunais nem da Sociedade, os Presidentes da República pós-88 usurparam constantemente as funções Legislativa do dócil Congresso Nacional, como, aliás, foi exemplo a medida provisória que se converteu n. 9.494/97". (MAZZILLI, 2005, p. 293-294).

coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se a fragmentação das demandas.<sup>269</sup>

MAZZILLI, por exemplo, pontua:

O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja imutabilidade subjetiva e objetiva é erga omnes) com competência (saber qual órgão do Poder Judiciário está investido de parcela de jurisdição estatal); e ainda confundiu a competência absoluta (de que se cuida o art. 2º LACP), com competência territorial (de que cuidou na alteração procedida no art. 16, apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta) [...] Ademais, a Lei n. 9.494/97 alterou o art. 16 da Lei n. 7.347/85 mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações pública e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria [...].<sup>270</sup>

Mais a frente dispõe:

[...] Não há como confundir a competência do juiz que julga a causa com a imutabilidade dos efeitos de uma sentença produz e pode mesmo produzir dentro ou fora da comarca em que foi proferida, imutabilidade essa que deriva de seu trânsito em julgado e não da competência do órgão jurisdicional (imutabilidade do decisor entre as partes ou erga omnes, conforme o caso). Assim, p.ex. uma sentença que proíba a fabricação de um produto nocivo que vinha sendo produzido e vendido em todo o País, ou uma sentença que proíba o lançamento de dejetos tóxicos num rio que banha vários Estados – essas sentenças produzirão efeitos em todo o País ou em mais de uma região do País. Se essas sentenças transitarem em julgado, em certos casos poderão restar imutáveis em face de todos, mas isso em nada se confunde com a competência do órgão jurisdicional que deve proferi-las, a qual caberá a um único juiz, e não a cada um dos milhares juízes brasileiros, absurdamente ‘dentro dos limites de sua competência territorial’, como canhestranhamente sugere a nova redação do art. 16 da LACP [...] Admitir solução diversa seria levar milhares de sentença contraditórias, exatamente contra os mais elementares fundamentos e finalidades de defesa coletiva de interesses transindividuais.<sup>271</sup>

Ao analisar o tema, deve-se ter em mente, que a jurisdição brasileira é unilateral e nacional e a essa realidade brasileira deve-se revestir do exato conceito

<sup>269</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 4. p. 371-372

<sup>270</sup> (MAZZILLI, 2012, p. 295). A coisa julgada, por definição constitucional, tem como atributo como a imutabilidade do comando jurisdicional proferido, impossibilitando a sua rediscussão. A eficácia da sentença, por sua vez, correlaciona-se com o conteúdo da decisão. A Jurisdição é o poder, dever, atividade indivisível do Estado, que, monopolisticamente, por meio do Poder Judiciário, diz o direito (profere decisões - eficácia) no caso concreto, com aptidão de tornar seus provimentos imutáveis (coisa julgada). A competência é a delimitação da jurisdição (que é una), para um magistrado dizer o direito em um caso concreto, ou seja, uma delimitação constitucional e legal no intuito de definir-se o órgão competente para o caso concreto. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (10ª Câmara). Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.10.028735-8/001, Relator: Des.(a) Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. Julgado em: 03/05/2011. Súmula, 13 maio 2011.

<sup>271</sup> MAZZILLI, op. cit., p. 295

de coisa julgada, a qual ressalva-se, não é um efeito da sentença e sim uma qualidade, ou seja, a imutabilidade.<sup>272</sup>

Na tentativa de conciliar o instituto com o microsistema processual coletivo, Mancuso adere à técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*, com possibilidade de transporte *in utilibus*, do julgado coletivo em prol das demandas individuais, através da interpretação sistemática do artigo 16, da Lei 7.347/85, e dos dispositivos constantes do CDC sobre o assunto, como o artigo 103, incisos e parágrafos e artigos 104 e 117.<sup>273</sup>

A respeito do funcionamento da coisa julgada coletiva constante do Código de Defesa do Consumidor, ela é determinada de acordo com a categoria de direito transindividual, nesses termos:

3. Processo civil coletivo (CDC 103). Coisa julgada *erga omnes*. Nas ações coletivas, bem como nas ações civis públicas, como, por exemplo, as ajuizadas com fundamento no CDC ou na LACP, a coisa julgada tem regime diferente do CPC para os limites subjetivos da coisa julgada, sendo regulado pelo CDC 103: a) Nas ações que versam sobre *direito difuso* (CDC 81 par.ún.I), a coisa julgada terá sempre eficácia *erga omnes*, procedente ou improcedente o pedido, salvo se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas (CDC 103 I), caso em que incidirá o CPC 472; b) nas que tratam de *direito individual homogêneo* (CDC 81, par.ún.III), a coisa julgada terá eficácia *erga omnes* apenas se procedente o pedido (CDC 103 III), pois nos demais casos incidirá o CPC 472.<sup>274</sup>

Cumpra reforçar, também, o entendimento sobre o tema em discussão com os ensinamentos de MARQUES, que assim expõe:

A hipótese de efeitos *erga omnes* previstas no art. 103 estão expressas nos incs. I e III, que determinam este efeito à ação coletiva quando tratar-se de interesses ou direitos difusos, ou na hipótese de interesses ou direitos individuais homogêneos, em benefício das vítimas e seus sucessores. Esta regra, contudo, comporta exceções, quais sejam: no caso de ações versando sobre interesses ou direitos difusos, se houver juízo de improcedência por falta de provas. Neste caso, qualquer dos legitimados para a interposição da ação poderá fazê-lo novamente, fundado em prova nova, assim como em quaisquer direitos discutidos na ação e que sejam titulados individualmente pelos membros do grupo ou coletividade, e que poderá ser prejudicado. Já no caso das ações versando sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, o efeito *erga omnes* da coisa julgada não se produz jamais quando a decisão final for de improcedência, sendo que

---

<sup>272</sup> MANCUSO, 2004, p.423

<sup>273</sup> MANCUSO, 2004, p. 423.

<sup>274</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 706.

os interessados que não tenham sido litisconsortes na ação coletiva encerrada poderão demandar novamente, através de ação individual<sup>275</sup>.

Todavia, cabe trazer a exceção depreendida no artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor, que determina os efeitos da coisa julgada “erga omnes” não beneficiarão os autores das ações individuais<sup>276</sup>, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva<sup>277</sup>.”

Por fim, apontando um caminho mais adequado no que toca aos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, Luiz Fernando Bellinetti, no intuito de evitar todo o malabarismo criado pela lei e pela jurisprudência, destaca que a situação é facilmente resolvida pelo simples fato de que após ocorrer o transitado em julgado da demanda coletiva entre as partes, torna a situação jurídica indiscutível para o réu, que em razão da autoridade da coisa julgada e da indivisibilidade do interesse se vê impossibilitado de rediscutir a controvérsia, mesmo em face de terceiros que se beneficiem da eficácia natural da sentença – que ficam, por sua vez, prejudicados em relação à renovação da celeuma, não por conta da autoridade da coisa julgada, que não lhes atinge, mas por conta da inexistência de interesse de agir, de forma semelhante ao que ocorre nas demandas de natureza individual<sup>278</sup>.

<sup>275</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.128.

<sup>276</sup> O sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos individuais privilegiou a autonomia individual, optando por um regime em que as ações individuais têm sempre preferência sobre as demandas coletivas e em que o particular só é atingido pelos efeitos da sentença coletiva se assim expressamente pretender (sistema do opt in). Vale dizer que, no sistema vigente, a demanda coletiva tem aplicação apenas subsidiária e eventual aos indivíduos, seja não aderindo expressamente à ação coletiva. Ainda que o sistema tenha algumas variações nesse critério – como é o caso do regime da coisa julgada secundum eventum litis (com a sua extensão aos indivíduos, no caso de sentença coletiva favorável) ou do transporte in utilibus dos efeitos da sentença favorável às relações individuais – o sistema segue, basicamente, as linhas gerais da proteção da ação individual. (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 49).

<sup>277</sup> O dispositivo oferece duas opções ao autor da ação individual: (a) prosseguir na demanda, caso em que ficará excluído da extensão subjetiva do julgado; (b) requerer a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos do ajuizamento da ação coletiva, caso em que será beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva. Se a ação coletiva for julgada improcedente, o processo individual retomará o seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua pretensão. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 361).

<sup>278</sup> Ainda, para ele “não se pode admitir que o julgamento de improcedência de uma determinada demanda judicial, inclusive de cunho coletivo, possa prejudicar, com força de coisa julgada, os interesses de quem não tenha efetivamente participado da relação jurídica processual – ainda que haja, eventualmente, previsão legal neste sentido –, porque tal quadro mostrar-se-ia, salvo melhor juízo, completamente inconciliável com a ordem constitucional vigente, na qual a ampla defesa e o contraditório estão categorizados como garantias fundamentais e cláusulas pétreas.”<sup>278</sup> (BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES, Thiago Caversan. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações Coletivas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3072.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015).

#### 4.5 CONTORNOS POLÍTICOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A partir dos conceitos anteriormente expostos, principalmente no que se relaciona ao objeto da ação civil pública, passa-se à exposição de algumas perspectivas em que o instituto se insere, afinal, com o advento da Constituição de 1988 e o processo de efetiva redemocratização do país, passou-se a buscar a gradativa concretização dos direitos e garantias fundamentais, tanto no viés individual, como no coletivo.<sup>279</sup>

Haja visto o extenso rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, que não se restringem aos elencados no catálogo de direitos fundamentais, houve a necessidade de se prever garantias constitucionais repressivas, a saber: *Habeas Corpus* (art. 5º, LXVIII), Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX) e Ação Popular (art. 5º, LXXIII). Tais garantias acabaram por ser ampliadas, agregando-se, ainda, as seguintes: Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX), Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e *Habeas Data* (art. 5º, LXXII).

Com efeito, assim como os direitos fundamentais não se restringem àqueles expressamente referidos no Catálogo (Título II da Constituição Federal), as ações constitucionais que tem como objeto a proteção de tais direitos não se restringem, da mesma sorte, àquelas previstas no art. 5º, como acima referido.<sup>280</sup>

<sup>279</sup> “O legislador claramente percebeu que, na massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação de conflitos sociais nele envolvidos e, não apenas como instrumento de solução de lides. A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas- átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior, pág. 4, Forense, 10ª edição, 2011**).

<sup>280</sup> Ao contrário, o princípio que há de se ter em conta é o da "máxima efetividade da Constituição": "[a] escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O MIN. CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: 'Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou,

Na definição de Voltaire de Lima Moraes:<sup>281</sup>

a ação civil pública, como instrumento processual destinado a tutelar interesses e direitos individuais indisponíveis, coletivos Lato sensu, a ordem jurídica e o regime democrático, também se insere no rol das garantias repressivas fundamentais, apta a tutelar os direitos fundamentais (arts. 127, caput, e 129, III).

Daí resulta, inclusive, em nome da garantia do acesso à justiça, todos os meios previstos na Constituição para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão devem ser permitidos, enquadrando-se, nestes, portanto, a Ação Civil Pública, observadas, por evidente, as disposições da Lei nº 7.347/85 e da própria Carta Maior (art. 129, III).

APPIO, neste ponto, possui o seguinte entendimento:

A dimensão política destes mecanismos que permitem tutelar interesses e direitos ligados a um grande contingente de cidadãos consiste na possibilidade de concretização de direitos e valores previstos na Constituição Federal de forma rápida e eficaz.<sup>282</sup>

Com a inclusão da ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro, permitiu-se o ingresso da sociedade como postuladora da tutela jurisdicional do Estado, colocando o Poder Judiciário como instrumento efetivo para exteriorizar os direitos e garantias definidos na legislação nacional.

Neste viés, as ações civis públicas, bem como outras ações coletivas, se revestem de natureza política, nas situações em que são propostas em face do poder público, na busca da concretização de deveres sociais constantes da carta de 1988.<sup>283</sup>

Contudo, APPIO alerta:

Não se busca, através das ações coletivas, a eficiência processual exigida no tocante à Administração Pública, mas sim, efetividade decorrente da outorga do bem da vida aos seus correspondentes titulares, observados os princípios que regem o devido processo, no menor tempo possível. (Appio, 2009, 18).

---

até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). REsp 912849/RS. Rel. Ministro José Delgado. Julgado em 26/02/2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/77883789/stj-08-10-2014-pg-12>> Acesso em: 20 abr. 2015.)

<sup>281</sup> MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e limites da atividade jurisdicional na ação civil pública**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 105.

<sup>282</sup> APPIO, 2009, p. 18.

<sup>283</sup> Ibidem, p. 19.

PETERS<sup>284</sup>, sobre assunto, apresenta:

A Ação Civil Pública, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº. 7347, de 24 de julho de 1985, não é apenas uma nova ação destinada a invocar a tutela jurisdicional do Estado para prevenir ou dirimir conflitos envolvendo interesses transindividuais. É muito mais. É um verdadeiro instrumento político de exercício direto da democracia pelo povo, titular da soberania. É um canal de cidadania outorgado pela Constituição cidadã. Significa a redenção social e política após os regimes ditatoriais, que vem com a abertura política para a participação da sociedade na construção dos destinos da nação, abrindo as portas do Poder Judiciário para as postulações da sociedade. É a redenção do próprio Poder Judiciário, que assim pode exercer a parcela de soberania que lhe cabe na partilha do poder-dever de administrar os interesses maiúsculos da sociedade brasileira.

Eduardo Appio<sup>285</sup> destaca que as demandas que ostentam natureza mandamental ou condenações na obrigação de fazer e não-fazer, que são manejadas contra o Estado, normalmente geram possíveis modificações em eventuais projetos governamentais.

Mais à frente o mesmo autor aponta que as decisões judiciais prolatadas em ações civis públicas constituem “verdadeira atividade legislativa do Poder Judiciário”, podendo até representar uma substituição da atividade típica do administrador público.<sup>286</sup>

É bastante evidente, que o assunto envolvendo o ativismo judicial diante da estagnação dos demais poderes estatais é um ponto bastante complexo e que merece ser analisado com cuidado, sob a possibilidade de substituir a atuação dos demais poderes pelo papel atuante do Judiciário, especialmente em face do amplo acesso à justiça consagrado no Direito Brasileiro e a garantia efetiva de que será obtida uma resposta fundamentada acerca da pretensão levada a juízo.

A perspectiva de ativismo do Poder Judiciário tem a sua base no conhecido caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos ordenou a desagregação de escolas separadas de acordo com a raça que o aluno pertencia, transformando o sistema educacional, até então dual, com a segregação entre brancos e negros, em unitários. Além deste fato, surgiram várias

---

<sup>284</sup> PETERS, Edson Luiz. **A natureza política da ação civil pública como instrumento de afirmação democrática e de redenção da cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://ambienteduran.eng.br/biblioteca-ambiental-0>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

<sup>285</sup> APPIO, 2009, p. 10.

<sup>286</sup> Ibidem.

outras intervenções do Poder Judiciário no direito estadunidense<sup>287</sup>, tendo sido o fenômeno adaptado ao Direito brasileiro, principalmente a partir da Constituição de 1988, tendo em vista a gama de direitos fundamentais nela contemplados.

Pode-se considerar que o início do ativismo judicial derivou-se do que hoje é chamado de judicialização da política, a qual se constitui não por uma questão de comportamento do Judiciário em relação à atuação do Estado, mas pela ausência de efetividade dos direitos fundamentais determinados pela Constituição, que se convergem com a ampla sindicabilidade dos atos da Administração Pública no Direito Brasileiro, seja quando lesivos a direito de qualquer cidadão, seja quanto inquinados de ilegalidade ou inconstitucionalidade<sup>288</sup>.

Como se sabe, os direitos fundamentais, na medida em que são impostos, tornam-se objeto de direitos subjetivos, os quais podem ser pleiteados em juízo, e são base fundamental da ordem jurídica, transportando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico<sup>289</sup>, resultando na personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos<sup>290</sup>.

Assim, considerando a aplicabilidade imediata determinada aos Direitos Fundamentais pelo 5º., §1º pela Constituição da República, tais direitos assumem caráter vinculante, existindo diversas vias para a sua busca e concretização.

Nesse sentido, ALEXY aponta que:

a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo. Direitos do homem insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, mas também um direito do homem a isto, que exista um estado que impõe tais direitos. A institucionalização abarca, necessariamente, justicialização<sup>291</sup>.

É de característica dos Tribunais a atribuição de analisar a legalidade de determinados atos dos demais Poderes, em especial do Executivo, no que se relaciona a efetivação dos direitos fundamentais proclamados pela Constituição, o

---

<sup>287</sup> SALLES, Carlos Alberto de Salles. Ações coletivas: premissas para comparação com sistema jurídico norte americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Processos coletivos e tutela ambiental**. Santos: Universidade Leopoldianum, 2006. p. 19.

<sup>288</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

<sup>289</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 107.

<sup>290</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 62.

<sup>291</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.. p. 63.



que leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais máxima eficácia possível<sup>292</sup>.

Contudo, em razão do princípio da separação dos Poderes, a princípio, não cabe ao Poder Judiciário intervir na atividade política, cumprindo ao Poder Executivo decidir onde e quando intervir.

Observa-se, todavia, que em certas circunstâncias, conforme anteriormente apresentado, a doutrina e a jurisprudência aceita que o Poder Judiciário, mediante provocação pode atuar para resguardar direitos fundamentais desatendidos pela inércia do Poder Público, por meio da ponderação de bens jurídicos<sup>293</sup>.

A propósito, DI PIETRO, apresenta:

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. O que é vedado ao Judiciário é substituir o agente público, para decidir sobre a conveniência e a oportunidade, na prática de um ato discricionário. Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles, o que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas, pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.<sup>294</sup>

Dessa forma, em tese, não se poderia cogitar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, pois estaria restrita a atuação deste Poder na concretização de direitos garantidos na ordem constitucional, porém muitas vezes ignorados pelo Poder Público por meio da inércia administrativa, tendo em vista que:

[...] traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que

<sup>292</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

<sup>293</sup> "O Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, realizando o controle de legalidade em sentido amplo, não se permitindo que Administração invoque a cláusula da "reserva do possível" a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. [...]. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (10ª Câmara). Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.10.028735-8/001, Relator: Des.(a) Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. Julgado em: 03/05/2011. Súmula, 13 maio 2011).

<sup>294</sup> DI PIETRO, Maria Silvy Zanela. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 492.

elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. [...].<sup>295</sup>

A complexidade do assunto revela uma verdadeira colisão de princípios, e acaba por deixar o Poder Judiciário numa posição bastante delicada, pois de um lado há o princípio da separação e harmonia entre os poderes, consubstanciado na conveniência e oportunidade em certos casos do administrador público, e de outro a necessidade de concretizar direitos fundamentais tão importantes na ordem constitucional vigente<sup>296</sup>.

Para Barroso, a concretização dos direitos fundamentais possui prevalência em situações como esta, uma vez que agindo assim estaria resguardando a força normativa da Constituição Federal:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.<sup>297</sup>

A doutrina e parte da jurisprudência atual, não enxergam mais as normas constitucionais de maneira abstrata, mas como realidade normativa, a qual concede ao possuidor do direito, buscar, por meio das diversas vias existentes, o amparo concedido impositivamente pela Constituição, mesmo nas situações em que o direito outorgado dependa da existência de norma infraconstitucional, e que ainda não foi

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 598212. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em 10/06/2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 jun. 2013

<sup>296</sup> Sobre a discricionariedade do Administrador Público, Maria Sylvia, expõe o seguinte: “Segundo Gordillho, a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar” (DI PIETRO, Maria Silvy Zanela. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 80-81)

<sup>297</sup> BARROSO, Luiz Roberto Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PLUGLIESI, Marcio (Coord.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163.

implementada no plano legislativo, tendo em vista que criar um direito e não permitir a sua fluência equivale à inexistência deste, pois de direito só terá a forma.

Além do mais em um Estado Democrático de Direito, que se sustenta no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode conceber que um direito fundamental não possa ser exercido em razão da inércia dos poderes legislativo ou executivo.

Assim, nas circunstâncias de desrespeito a direitos conferidos pela Constituição, é justificável ao Poder Judiciário intervir e determinar medidas para a sua efetivação, compelindo ao dito poder, a função de concretizar o direito constitucionalmente outorgado, obstando que seja ele considerado norma de programa político ou direito retórico calcado em proposições irreais, cuja finalidade é só de sustentar o aspecto de um Estado Democrático de Direito, que na realidade descobre-se um Estado autoritário que desconsidera direitos e garantias fundamentais, sempre se valendo do escudo protetor da ausência de lei infraconstitucional de sua privativa iniciativa. Inexiste outra expressão para rotular tal proceder do que a inexistência de comportamento ético e antidemocrático.<sup>298</sup>

O Poder Judiciário, ao compelir o Estado a cumprir direitos constitucionalmente previstos, não está substituindo a função precípua do executivo, mas trazendo para a realidade o direito garantido, atribuindo-lhe efetividade. Desse modo, se está diante da realização direta do comando constitucional que atribui direito e não mera probabilidade.

Por este motivo, é possível entender que a discricionariedade do administrador está limitada dentro de um critério de razoabilidade, devendo a decisão ser adequada ao caso concreto para atingir o fim previsto legalmente, sob pena de correção pelo Poder Judiciário.

Assim, revela-se possível que o Poder Judiciário exerça um controle jurisdicional sobre os atos administrativos, mas é necessário que o faça com extrema cautela, não se admitindo, como dito alhures, que o juiz substitua a vontade do administrador. Todavia, controle judicial sobre os atos da administração pública

---

<sup>298</sup> Zanela Di Pietro “podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas isto é, o legislativo o executivo , impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas?” A resposta, científica e coerente com a doutrina constitucional moderna foi positiva nos seguintes termos: A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a uma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.” (BARROSO, 2009, p. 163).

sempre existiu e atualmente tal se mostra cada vez mais frequente e, muitas vezes, necessário, observados, evidentemente, os limites antes referidos.

A respeito, BARROSO<sup>299</sup> aduz que:

o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não ao seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).

Há que se ressaltar, por oportuno, que os poderes, de fato, são independentes e harmônicos entre si, e que se deve observar a sua tripartição. Entretanto, na Constituição de 1988, inexistente rigidez absoluta, possuindo cada um dos poderes funções outras que não aquelas de natureza precípua, podendo, excepcionalmente, o Poder Judiciário desempenhar o poder inerente ao Poder Executivo ou Legislativo e assim sucessivamente.

---

<sup>299</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007. p. 30.

## CAPÍTULO V

### LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Como exposto em outras oportunidades a Constituição Federal de 1988, definiu os atributos fundamentais do Estado Brasileiro, declarando expressamente que se constitui em um Estado Democrático de Direito, tendo como objetivos a busca da promoção da cidadania, construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais e sociais, garantindo a todos os necessitados economicamente a prestação gratuita de assistência jurídica integral, judicial e extrajudicialmente (art. 5º, LXXIV).

Com este horizonte, o propósito do legislador foi de conceder solidificação aos direitos e garantias previstos constitucionalmente; nessa guinada, por meio do art. 134 houve a criação da Defensoria Pública.

Originariamente, não havia previsão legal sobre a possibilidade da Defensoria Pública quanto à legitimidade da ação civil pública. Aliás, somente no ano de 1994, por meio da Lei nº. 80, que foram instituídas normas para a organização da instituição em âmbito federal, e algumas diretrizes para as defensorias estaduais.

Nos termos da redação original da Lei nº 7.347/85, haviam previstos como legitimados à propositura da Ação Civil Pública o órgão do Ministério Público, às pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, as associações destinadas à defesa do meio ambiente e do consumidor.

Somente com a Lei nº 11.448/07, aconteceu o alargamento da proteção e defesa dos direitos difusos, como também a previsão de legitimidade da Defensoria Pública na propositura da Ação Civil Pública no rol do art. 5º da Lei nº 7.347/85<sup>300</sup>.

Contudo é importante observar que já se admitia antes do surgimento da Lei n. 11.448/07, a possibilidade da Defensoria propor ação civil pública, mesmo que indiretamente. Como por exemplo, a Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, que

---

<sup>300</sup> Fredie Didier e Hermes Zanetti, dizem que antes da Lei 11.488/2007 “Alguns autores entendiam que a Defensoria Pública poderia promover ação coletiva independentemente de legislação que expressamente assim determinasse. Isto ocorreria em dois casos. Por exemplo, quando a associação de moradores procurasse a Defensoria Pública para o ajuizamento de uma ação com a finalidade de coibir um dano ambiental, o art. 5º da Lei 7.347/85 autoriza a impetração pela associação. Nessa situação, o Defensor Público atuaria apenas como *representante judicial*, quer dizer, a parte autora seria a associação, legalmente constituída há mais de um ano, que por ser hipossuficiente economicamente, daria ensejo à representação pela Defensoria. A petição inicial terá a associação de moradores como representada em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça. Essa hipótese já é bastante conhecida”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações coletivas**. 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-35/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

por meio de seus núcleos, no caso do NUDECON (Núcleo de Defesa do Consumidor), propunham ação civil pública para a defesa do consumidor.

Uma dessas demandas foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 555111<sup>301</sup>, no ano de 2006. No voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, em relação à legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas, entre outros argumentos, disse que:

Nessa linha de entendimento, dentre as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos dos consumidores, podem as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, isto é os co-legitimados previstos no inciso III, do art. 82 do CDC, utilizarem-se da ação civil pública. [...] **Portanto, a Defensoria Pública deve ter legitimidade extraordinária para ajuizar ação civil pública para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos dos consumidores necessitados; pois, dentre as suas funções institucionais, compreende-se, entre outras: 'patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.'**” (cfr. a Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, em seu art. 4.º, inciso XI). Realmente, os arts. 4.º, inciso XI, da Lei Complementar n.º 80/94, 1.º, 81, parágrafo único, 82, inciso III e 83, todos do CDC devem ser interpretados de forma ampla e combinados com o art. 21 da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a fim de garantirem máxima efetividade ao art. 5.º, incisos XXXII e LXXIV, da Constituição Federal. De fato, se a Constituição Federal impõe, por um lado, ao Estado o dever de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, LXXIV) e de prestar assistência jurídica integral (e aqui repiso o integral) aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5.º, LXXIV) e, por outro, que a execução de tal tarefa cabe à Defensoria Pública (cfr. o art. 134, da CF c/c o art. 4.º, inciso XI, da Lei Complementar n.º 80/94), o âmbito de atuação dessa não pode ficar restrito, pela vedação ao manejo de tão importante instrumento de tutela do direito do consumidor e de fortalecimento da democracia e da cidadania como a ação civil pública, sob pena de não se dar máxima efetividade aos referidos preceitos constitucionais<sup>302</sup>.

<sup>301</sup> Segundo o Superior Tribunal de Justiça “O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII1, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor". III - Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp n.º 555111/RJ. Relator: Min. Castro Filho. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9025063/recurso-especial-resp-555111-rj-2003-0116360-9/inteiro-teor-14200357>> Acesso em: 20 abr. 2015).

<sup>302</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 555.111 - RJ (2003/0116360-9). Recorrente: Nucleo de Defesa do Consumidor – NUDECON. RECORRIDO : GM Factoring - Sociedade De Fomento Comercial Ltda e outro. Relator: Ministro Castro Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeltronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2361435&sReg=200301163609&sData=20061218&sTipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeltronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2361435&sReg=200301163609&sData=20061218&sTipo=3&formato=PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Com este mesmo viés, existe a Ação Direita de Inconstitucionalidade, nº. 558-8/RJ, julgada em 16 de agosto de 1991, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, através do relator do processo o Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu pela legitimidade da Defensoria para ações coletivas. Nos seguintes termos:

Também não consigo divisar, à vista desarmada, óbice constitucional à validade de que se incumba a Defensoria Pública do patrocínio judicial de ações voltadas por seu estatuto à proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos, às quais a lei federal - como sucede com a L. 7347-85, endossada pela Constituição superveniente (CF, art. 129, parágrafo 1) - confere legitimação concorrente para as correspondentes ações civis [...]. A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência jurídica aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.<sup>303</sup>

Mas como observado anteriormente, foi apenas com a Lei n. 11.448/2007, que alterou o inciso II do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, que o legislador ordinário atribuiu legitimidade a instituição, de modo explícito para o ajuizamento de ação civil pública.

Ocorre que logo após a entrada em vigor da citada lei, a CONAMP ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo a nº. 3.943/DF para que fosse declarado inconstitucional o inciso II do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública, com redação conferida pela Lei nº 11.448/2007), o qual confere à Defensoria a legitimidade para propor a ação civil pública.

O pleito de inconstitucionalidade do dispositivo é fundado na ofensa aos artigos 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal. Tendo em vista que de acordo com a instituição que ingressou com a ação, a Constituição concedeu à Defensoria Pública uma única e exclusiva função, que é a de prestar assistência jurídica aos necessitados na forma da lei.

Além disso, a CONAMP utiliza-se da tese que seria necessário ser identificado quem são os atendidos pela Defensoria Pública, para o fim de demonstração da qualidade de necessitado. Ademais, através de pedido alternativo, para que se dê ao artigo questionado interpretação conforme a Constituição para

---

<sup>303</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 558-8. Requerente: Procurador Geral da Justiça. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 mar. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>>. Acesso em: 15 jan. 20015.

excluir a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública na defesa de interesses difusos.

Neste processo, a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou pugnado pela procedência da ação, por interpretar que tal legitimidade conferida à Defensoria Pública pode desviar a finalidade da instituição. Contudo, reputa frisar que na contramão do entendimento albergado no pedido da ADI, DIDIER JÚNIOR e ZANETTI JÚNIOR, são taxativos ao expor:

Não há qualquer sentido na alegação da CONAMP de que a Lei n. 11.448/2007 é inconstitucional. A legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade, e não para dar mais prestígio a essa ou aquela instituição. A ampliação dos legitimados à tutela coletiva é uma tendência no direito brasileiro, que se iniciou em 1985, com a permissão de que associações pudessem promover ações coletivas, e terminará com a aprovação do projeto de codificação da legislação coletiva, que prevê a legitimação do cidadão. Por outro lado, a tese clássica de Mauro Cappelletti é no sentido da *legitimação plúrima* como forma mais coerente de fortalecer a efetividade dos novos direitos pela jurisprudência. Esta tese foi aprovada e referendada pelo constituinte no § 1º do art. 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, dispondo expressamente: a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. Incide, no caso, o princípio da proibição de retrocesso toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva. Esta é a vontade da Constituição, esta é a sua direção. Inconstitucional, ao contrário, é a interpretação que restringe a legitimação conferida de maneira adequada. Vale aqui, para finalizar, o brocardo latino que determina ser na teoria dos direitos fundamentais odiosa *restringenda*, *favorabilia amplianda*<sup>304</sup>.

Em prol da legitimidade da Defensoria para as ações coletivas, a dupla de autores acima citados constata como “triste e lamentável, para dizer o mínimo, ler, na petição inicial da ADI n. 3943, que a legitimação dada à Defensoria Pública “afeta diretamente” as atribuições do Ministério Público”. Para eles é incoerente o fato de que o CONAMP não tenha reputado na mesma ação “a não-recepção pela Constituição dos velhos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, que conferem a órgãos despersonalizados e a associações privadas; não estariam eles afetando diretamente as atribuições do Ministério Público?”<sup>305</sup>

Outro entendimento que despontou a respeito desta legitimidade, reserva-se em saber quais espécies de direitos metaindividuais (difuso, coletivo *Stricto sensu*

<sup>304</sup> DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2008.

<sup>305</sup> Ibidem, 2008.



ou individual homogêneo) a defensoria pública pode proteger. A controvérsia, diante da pesquisa realizada fica circunscrita no âmbito jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes julgou casos referentes à legitimidade da defensoria pública em ações coletivas. O último deles, em 15 de agosto de 2014, quando o Ministro Relator do recurso especial nº. 1192577/RS, reconheceu a legitimidade da Defensoria para ações desta espécie, mas limitando esta atuação dentro dos limites instituídos em suas atribuições constitucionais (defesa necessitado)<sup>306</sup>, sendo que no tocante aos interesses difusos, segundo o Ministro, a legitimidade da defensoria “será ampla (basta que possa beneficiar grupos de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas, e mesmo que indiretamente venham a ser alcançadas pessoas que tenham "suficiência" de recursos, isto, por si só, não irá elidir tal legitimação”. Entretanto, mais a frente faz uma ressalva no sentido de dizer que quando a questão versar sobre direitos coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação da defensoria deverá ser restrita às pessoas essencialmente necessitadas.

Como dito, este é um entendimento recorrente dentro da citada corte. Neste norte cabe mencionar outro caso, que culminou em julgamento semelhante, sendo recurso especial n. 912.849/RS, no qual o Ministro Teori Albino Zavascki assim se manifestou:

As normas infraconstitucionais de legitimação ativa da Defensoria Pública devem ser interpretadas levando em consideração as funções institucionais estabelecidas na Constituição. Nos termos do art. 134 da CF, ‘A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

---

<sup>306</sup> Verifica-se, assim, que o legislador infraconstitucional, ao tratar especialmente da organização da instituição em comento, também vincula a sua atuação à defesa em prol dos necessitados. É que a Defensoria Pública, como visto, é vertida na prestação de assistência jurídica ao necessitado que comprovar “insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), isto é, aquele que, sem prejuízo da sua subsistência, não possui meios de arcar com as despesas atinentes aos serviços jurídicos de que precisa - contratação de advogado e despesas processuais. Deveras, a Lei n. 1060/1950 considera necessitado, “para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único), havendo diversos expedientes normativos que vêm tentando fixar um padrão mínimo e objetivo para caracterização dessa hipossuficiência. 5.2. Portanto, diante das funções institucionais da Defensoria Pública, penso que há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134) - , devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro, inclusive no tocante aos processos coletivos, restringindo, assim, a legitimidade ativa dessa instituição para atender efetivamente as suas funções institucionais conferidas pela Carta da República. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.192.577 – RS. Recorrente: Sociedade Dr Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed. Recorrido: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35239739&num\\_registro=201000805877&data=20140815&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35239739&num_registro=201000805877&data=20140815&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jan. 20015).

lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV'. Esse dispositivo a que se reporta a norma estabelece, por sua vez, que 'O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'. Considerado o princípio da máxima efetividade da Constituição e, especialmente, dos instrumentos de tutela dos direitos por ela criados, não há dúvida de que os dispositivos transcritos conferem à Defensoria Pública legitimação ativa ampla no plano jurisdicional, tanto sob o aspecto material, quanto no instrumental. Não há razão para, no plano material, excluir as relações de consumo ou de, no âmbito processual, limitar seu acesso ao mero plano das ações individuais. Portanto, é legítima, do ponto de vista constitucional, a disposição do art. 4º, XI, da Lei Complementar 80, de 1994, segundo a qual 'São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras [...] patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado'. E nada impede que, para o adequado exercício dessa e das suas outras funções institucionais, a Defensoria Pública lance mão, se necessário, dos virtuosos instrumentos de tutela coletiva. Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à Defensoria cumpre a defesa 'dos necessitados' (CF, art. 134), ou seja, dos 'que comprovarem insuficiência de recursos' (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da Lei 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária.<sup>307</sup>

De outro modo, despontam vozes dizendo que a legitimidade da defensoria em ações coletivas é possível somente nas espécies de direitos coletivos *stricto sensu* e individual homogêneo, pois, nestes casos, se faz possível identificar ou pelo menos são identificáveis os sujeitos beneficiados com a ação, o que não se faz possível quando se está diante de um interesse difuso. Nestas circunstâncias, estaria afastada a legitimidade da defensoria pública.

SOUSA, referente aos interesses difusos, analisa este assunto sob a ótica do princípio da solidariedade, na qual nos remete a seguinte reflexão:

Nas ações coletivas, sobretudo quando estão em jogo direitos difusos, não se trabalha com situações particulares ou identificações individuais —, trata-se de um individualismo exasperadamente inconstitucional, superado amplamente pelo que se falou aqui sobre a pujança do solidarismo entre nós. O princípio da solidariedade, repise-se, tem sede constitucional (e se vê cada vez mais fortalecido em virtude da prioridade assumida pela questão ambiental). Não havendo desvio de finalidade — o que aconteceria se a Defensoria propusesse ação civil pública mirando exclusivamente os interesses de pessoas abastadas —, não há qualquer problema, remoto que seja, no fato de ações coletivas da Defensoria beneficiarem, 'por tabela', pessoas não carentes. Tal efeito, à evidência, é inerente à ótica generosa e inclusiva das ações coletivas. Soa absurdo, para qualquer pessoa razoável, restringir as ações da Defensoria relativas a direitos difusos por conta do

---

<sup>307</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77.

terrível 'risco' de serem beneficiadas, também, pessoas não necessitadas<sup>308</sup>.

Ainda, no tocante a legitimidade da defensoria pública pertinente à proteção dos direitos difusos<sup>309</sup>, cumpre expor o entendimento de DIDIER JÚNIOR e ZANETTI JÚNIOR:

Não se pode confundir o critério para a aferição da capacidade de conduzir o processo coletivo, com a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva. A tutela coletiva é sempre indivisível: tutela-se o direito da coletividade, beneficiando-se, por consequência, todos os seus membros. Não se pode confundir a legitimação extraordinária para a tutela de direitos coletivos (pertencente sempre a uma coletividade) com a legitimação extraordinária para a tutela de direitos individuais. Não foi atribuída à Defensoria Pública a legitimação extraordinária para pedir a tutela de direitos individuais. O alerta é importantíssimo, tendo em vista o *obiter dictum* constante do voto-vista do Min. Teori Zavascki, no REsp n. 912.849-RS, no qual ficou consignado que a decisão coletiva, nestes casos, somente pode beneficiar as que comprovarem ser necessitadas, demonstrando essa que ocorrerá na fase de liquidação e execução. Isso é errado. Parte do pressuposto de que o direito coletivo objeto da ação proposta pela Defensoria Pública somente beneficia pessoas necessitadas, o que, como vimos, não ocorre. É claro que somente remanesce legitimação coletiva para a Defensoria Pública promover a execução individual da sentença genérica (direitos individuais homogêneos, art. 98 do CDC), se as vítimas já identificadas forem pessoas necessitadas. Mas qualquer vítima, necessitada ou não, poderá promover *individualmente* a liquidação e execução da sentença coletiva (art. 97 do CDC). A interpretação sugerida apequena o sistema de tutela dos direitos coletivos, além de ofender claramente o princípio da igualdade.<sup>310</sup>

Contudo, reprisa-se, que independente da celeuma que existe em torno do tema, é oportuna a menção a existência outros dispositivos legais que autorizam a Defensoria Pública a ingressar com ação civil pública, além da Lei 11.448/2007. Entre eles, apresenta-se a disposição prevista na Lei Complementar n. 80/1994, após a redação dada pela Lei Complementar 132/2009, destacando em seu artigo 1º que:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção

<sup>308</sup> SOUSA, José Augusto Garcia. Difusos, interesses: a legitimidade da defensoria. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 94-106, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_94.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_94.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2015.

<sup>309</sup> O Superior Tribunal de Justiça, já reconheceu a legitimidade da defensoria pública na tutela coletiva do meio ambiente, exemplo claro de direito difuso, nos seguintes termos: "[...] Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. **Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.** 3. Recursos especiais não-providos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). REsp 912849/RS. Rel. Ministro José Delgado. Julgado em 26/02/2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/77883789/stj-08-10-2014-pg-12>> Acesso em: 20 abr. 2015.).

<sup>310</sup> DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2008.

dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.<sup>311</sup>

Logo mais, no artigo 4º, incisos I, VII, VIII, X e XI determinam:

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

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

[...] 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;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; [...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.<sup>312</sup>

Nesse passo, surgiu a Emenda Constitucional nº. 80/2014, com texto semelhante artigo 1º, da Lei Complementar nº 80/94, estabelecendo de forma categórica a legitimidade da defensoria para as ações coletivas, nos seguintes termos:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.<sup>313</sup>

Assim em vista da mudança legislativa sobre o assunto, impõe analisar a legitimação da Defensoria Pública para propositura de Ação Civil Pública, sob outro

<sup>311</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>312</sup> Ibidem.

<sup>313</sup> 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, 13 jan. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

aspecto, que não fique restringido à defesa dos necessitados, principalmente em relação atribuição constitucional que lhe é dada. Neste ponto é relevante trazer a colocação de Tiago Fensterseifer, defensor público do Estado de São Paulo, grande estudioso do tema, que faz a seguinte observação:

A carência econômica, por certo, constitui o aspecto central a determinar o enquadramento jurídico-constitucional de determinada pessoa na condição de necessitada ou vulnerável, o que se dá em razão da fragilidade existencial provocada pela falta de acesso e privação sofrida por determinado indivíduo – e, por vezes, grupos sociais inteiros – aos bens sociais básicos, como, por exemplo, saúde, educação, moradia, saneamento básico, alimentação, etc. Tal situação provoca a marginalização social, política e cultural da pessoa, na medida em que a mesma se vê impossibilitada de formatar as suas relações sociais e jurídicas em condições de igualdade com os demais indivíduos e os próprios entes estatais, tornando-se imperativa a atuação do Estado no sentido de incluir (integrar) tais indivíduos e grupos sociais no pacto social (agora socioambiental). A assistência jurídica integral e gratuita a tais pessoas cumpre exatamente tal papel, com o objetivo de, através da tutela e promoção dos seus direitos, proporcionar um quadro comunitário de maior igualdade, notadamente em questões que digam respeito aos direitos fundamentais e à dignidade de tais indivíduos e grupos sociais.<sup>314</sup>

Aliás, interpretar de maneira diversa violaria o princípio fundamental do art. 5º, *caput* da Constituição, qual seja princípio da isonomia e do amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

Em sede doutrinária, Ada Pellegrini Grinover, no célebre parecer juntado na ADI 3.943/DF, estabeleceu diversas modulações do termo hipossuficiente, pois além do necessitado do ponto de vista financeiro, estabelecido no art. 2º, da Lei 1.060/50, existem também os necessitados do ponto de vista organizacional e jurídico. Neles estão abarcados 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.<sup>315</sup>”, conceitos que anteriormente foram expostos, quando se tratou das 100 regras de Brasília sobre acesso à justiça.

<sup>314</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental e a condição de pessoa necessitada em termos (socio) ambientais: uma questão de acesso à justiça (socio) ambiental**. Nov. 2010. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigo\\_Defensoria\\_Legitimidade\\_ACP\\_Ambiental\\_04%2011%202010\\_TiagoFensterseifer%20.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigo_Defensoria_Legitimidade_ACP_Ambiental_04%2011%202010_TiagoFensterseifer%20.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>315</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, n. 2, p. 143-166, 2011.

Por fim, cabe expor, que recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade n°. 3943/DF, declarando constitucional a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. Contudo, ainda não foi possível averiguar quais os argumentos expostos pela Corte na decisão, vez que no *site* do Supremo até a conclusão deste trabalho, não havia incluído o referido acórdão.<sup>316</sup>

## 5.1 DA INSERÇÃO DOS CONCEITOS HABERMASIANOS QUANTO À LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme exposição realizada no primeiro capítulo, percebe-se que da hipótese democrática criada por Habermas e permeada pela livre comunicação entre as pessoas, é possível também extrair fundamentos à legitimidade da defensoria em relação à ação civil pública ou outras ações coletivas em geral.

Tal afirmação se fundamenta, primeiramente, apoiada na função atribuída à Defensoria Pública, criada para uma finalidade essencialmente humanista, considerada no âmbito constitucional como relevante à função jurisdicional do Estado, conforme disposto no art. 134, caput, da Constituição Federal.

Verdade seja dita, que em países de grande desigualdade social, em que grandes camadas da população, aos pobres especialmente, renegam-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre lamentavelmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado democrático de Direito, ante a inexistência de uma Defensoria Pública adequadamente organizada.

Dentro do ideal democrático desenvolvido por Habermas, na teoria discursiva do direito, percebeu-se que a temática exposta é ligada umbilicalmente ao princípio da igualdade, assunto que há tempo vem sendo explorado dentro do estudo do processo civil contemporâneo. A preocupação doutrina brasileira, cinge-se a incidência do princípio da igualdade no processo civil, tratando “de aspectos internos ao processo, especialmente daqueles que dizem respeito à participação das

---

<sup>316</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3.943/DF**. 07 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2548440>. Acesso em: 30 jun. 2015.

partes. Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em “igualdade de armas”, assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes”.<sup>317</sup>

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart expõem que a isonomia é conectada ao princípio do contraditório o que ocasiona, de certa forma, a verificação se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influenciar a formação da convicção judicial. Aduzem os citados autores que:

Também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados.<sup>318</sup>

A “disparidade de armas” no processo civil, ainda hoje é uma realidade no judiciário brasileiro, principalmente quando nos casos em que em um dos polos da ação se encontra um necessitado (ou hipossuficiente organizacional ou jurídico).

Na dimensão elaborada por Habermas, quanto à legitimidade do direito no plano de aplicação, ou seja, a decisão judicial só será legítima se ela emanar de um processo democrático, onde a participação dos jurisdicionados se dê de forma igualitária e de modo participativo num procedimento discursivo.

Assim a Defensoria Pública, como instrumento essencial de acesso à justiça, funcionaria como meio de nivelar os discursos no âmbito do processo, seja ação analisada sob o ponto de vista individual ou coletivo.

Nesse prisma, se faz imprescindível colacionar a seguinte lição do MARINONI:

A igualdade também exige a consideração de aspectos econômicos que podem obstaculizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas

<sup>317</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **O precedente na dimensão da igualdade**: a força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Belo Horizonte: Jus Podium, 2012. p. 577-597.

<sup>318</sup> Ibidem.

processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um 'processo justo' ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas.<sup>319</sup>

Como exposto no tópico anterior, na concepção Habermasiana o processo só se legitima se for desenvolvido em um procedimento participativo, no qual se resguarde o contraditório e a cooperação entre os litigantes. Pois, o propósito do processo na perspectiva discursiva é a de garantir o debate argumentativo entre os participantes de forma livre na qual se assegure uma igualdade de participação na formação da convicção do juiz.

Assim, não há dúvidas de que a Defensoria Pública, dentro do campo da proteção individual do hipossuficiente, é uma instituição adequada capaz de equiparar a posição argumentativa do necessitado no processo. Da mesma forma, ao considerar o referido órgão inserido na concepção de legitimidade extraordinária para exercício da ação civil pública, por sua vez, o encaixaria perfeitamente no propósito Habermasiano de se alcançar a formação de uma comunidade ideal de comunicação dentro do sistema jurídico, com o ofício de integração social e de efetivação dos direitos de uma gama indeterminada de hipossuficientes, através de uma única ação.

Isto porque, o cotidiano de um defensor público é marcado por intensas lutas pelas minorias e os hipossuficientes de um modo geral, o que acaba por lhe conferir cabedal e sensibilidade no trato das questões que envolvem esse nicho da população, o que se torna extremamente útil no equacionamento do discurso, em especial, quando se trata da "situação ideal de fala" pretendida por Habermas quanto à validade da ação comunicativa.

Não se tenta aqui de desconsiderar ou diminuir a legitimidade dos demais entes previstos na legislação, ou a de qualquer outro que eventualmente seja incluído, até porque, o que se buscar neste trabalho é demonstrar o quanto é

---

<sup>319</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: Teoria Geral do Processo. p. 419-420.



benéfico democratizar as vias para proteção dos direitos transindividuais dada a sua importância no contexto social e político nos últimos tempos.

Indo um pouco mais além, é possível também retirar a ideia de que a partir do trabalho de promoção social e conscientização de direitos promovidos pela Defensoria Pública é presumível que dessa conduta irradie efeitos além do processo, para atingir outra finalidade pretendida por Habermas quanto à composição de pessoas aptas a participarem do plano de construção e fundamentação do direito, nos termos proposto na teoria discursiva. Assim como isso faz chegar a concretizar o propósito de emancipação e integração social almejado por Habermas. Nesse sentido. JUNKES faz a seguinte consideração:

a Defensoria Pública é uma instituição que contribui para a integração e a inclusão social do grupo de necessitados. Contribui para a inclusão social porque faz com que os necessitados deixem de ficar à margem dos benefícios do sistema político-econômico. Contribui para a integração social porque, conforme Carvalho, coordena os necessitados como grupo, a fim de que, a partir da mesma convivência e dos mesmos anseios, encontrem caminhos para a superação dos seus percalços. Esse vínculo grupal é captado do próprio artigo 134, da Constituição, que emprega o termo plural, 'necessitados', e não no singular, para se referir às pessoas que prescindam da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. Em razão disso é que, segundo Carvalho, a Defensoria Pública contribui para a restauração da uma verdadeira brecha entre Estado e Sociedade<sup>320</sup>.

Também deve se ter em mente que no interior da proposta de Habermas de paradigma democrático e de esfera pública, as ações coletivas, no caso, a ação civil pública, tem um papel relevante na participação política de modo discursivo, no sentido que:

As ações coletivas, ainda que vistas apenas como módulos processuais organizados pelo legislador, representam muito mais do que simples procedimentos concebidos para a tutela jurisdicional, pois são verdadeiros instrumentos de uma faceta muito especial dos direitos fundamentais. Ora, como foi dito acima [...], os direitos fundamentais requerem a possibilidade da participação na estrutura social e no poder mediante instrumentos e procedimentos adequados. Essa participação deve ser oportunizada e incentivada não só através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões públicas, mas também mediante procedimentos judiciais aptos à tutela dos direitos transindividuais<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> JUNKES, 2004, p. 536-537.

<sup>321</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Brasília: Biblioteca Virtual do Supremo, 2005.

Tal importância se dá em razão de que as ações processuais que garantem a participação, seja na proteção dos direitos fundamentais ou no controle das decisões públicas, conferem um *plus* à função jurisdicional. E não apenas porque o juiz deixa de tutelar essencialmente os direitos individuais e passa a proteger os direitos transindividuais e o patrimônio público, “mas, sobretudo porque a jurisdição toma o seu lugar para a efetivação da democracia, que necessita de técnicas de participação “direta” para poder construir uma sociedade mais justa”<sup>322</sup>.

Assim, interpretando a Defensoria Pública como a “voz” do necessitado no judiciário no plano individual, não há porque desconsiderá-la ou rechaçá-la no plano coletivo, quando da propositura da ação civil pública, diante de instrumento tão importante na formação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

À vista de tudo isso, justifica-se a legitimidade da Defensoria Pública na propositura da ação civil pública.

---

<sup>322</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Biblioteca Virtual do Supremo**, 2005.

## CONCLUSÃO

Como foi observado na presente pesquisa a busca de acesso à justiça pelas pessoas menos abastadas é praticamente milenar. Este assunto, talvez por na ser viável do ponto de vista político, nunca contou muito com o apoio do Estado na sua efetivação. Não foram poucos os métodos criados para este fim, mas na análise do tema, observou-se, que quase todos se tornaram ineficientes, pelos mesmos motivos.

De acordo com o ideal constante na Constituição Federal de 1988, a assistência judiciária aos pobres se tornaria eficaz com a criação da Defensoria Pública, que dentre os seus escopos estava a finalidade de prestar assistência jurídica integral a todos os necessitados, na forma da lei, e de quebra colocaria em prática os objetivos da república, de acordo com o artigo 3º do texto constitucional.

Ocorre que passado quase vinte e sete anos da criação deste órgão, pouca coisa mudou. Apesar dos avanços legislativos na matéria, a prestação deste direito fundamental ainda não é concedida há milhões de brasileiros. E, nos lugares em que a Defensoria Pública está estruturada, é comum se ter notícia da elevada carga de trabalho sobre os defensores públicos.

Sabe-se, que grande parte das demandas que abarrotam tanto o judiciário como a defensoria pública, são de conteúdos bastante semelhantes, ligadas, quase sempre, a direitos prestacionais que deveriam ser implementados pelo próprio Estado. Podemos citar como exemplo: moradia; saúde; alimentação; educação; principalmente em relação ao ensino infantil e fundamental. Trata-se, enfim, da busca por uma infindável gama direitos sociais garantidos pela própria Constituição.

A partir da regulação dos direitos transindividuais com a criação da lei de ação civil pública, poder-se-ia utilizar tal instrumento de relevante valor democrático e resolutivo, na busca de solução para os referidos problemas. Contudo, em razão dos dissonantes entendimentos de juristas e até mesmo do legislador em determinada época, transformaram a legitimidade da Defensoria Pública quanto à propositura da ação civil pública em uma enorme controvérsia, tanto que ainda existe celeuma sobre o assunto.

Assim a pesquisa em questão tratou de cuidar deste relevante tema, da qual se vislumbrou a possibilidade da Defensoria Pública para propor ação civil

pública, para problemas de natureza difusa, bem como outros que demandem a sua atuação.

Ora, não podemos excluir a proteção pela defensoria pública de assuntos afetos a direitos do consumidor, bem como assuntos relativos ao meio ambiente, pois como se sabe em situações como estas a tutela sempre abarcará a proteção de um necessitado. Além disso, como demonstrado, a doutrina nacional, segundo Ada Pelegrini Grinover, apresentou o alargamento do conceito de hipossuficiente, que transpõe a barreira do necessitado em termos econômicos, incluindo nesta definição pessoas vulneráveis nos aspectos organizacional e jurídico.

Da mesma forma, é possível perceber que esta ampla legitimidade, desobstruiria consideravelmente as vias judiciárias com demandas de igual teor, tendo em vista que uma só ação seria o bastante para solucionar diversos pedidos.

Neste intuito, trouxe para o debate, desde o primeiro capítulo, com o fim de averiguar as bases da pesquisa, a carga teórica do filósofo e sociólogo Jurgen Habermas, que através dos seus ideais de legitimidade do direito através de um procedimento democrático e discursivo, são decisivos para por fim à questão.

A compreensão de Habermas é no sentido de estabelecer que o processo como também as leis de um Estado só alcancem legitimidade se emergirem de um procedimento participativo, no qual se resguarde direitos mínimos de participação (ampla defesa e contraditório) e a colaboração entre os litigantes. Pois, o propósito do processo na perspectiva discursiva é de garantir o debate argumentativo entre os participantes de forma livre na qual se assegure uma igualdade de participação na formação da convicção do juiz.

É óbvio que ao citarmos um exemplo de uma demanda em que de um lado está um necessitado pleiteando direitos básicos e de outro o Estado, com toda a sua força e brutalidade, mesmo que se assegurassem todos os direitos possíveis numa situação como esta, é possível extrair que não haveria igualdade entre os participantes.

Desse modo a Defensoria Pública, com a sua competência peculiar, sem desconsiderar os demais legitimados, é uma instituição capaz de equiparar a posição argumentativa do necessitado no processo, seja individual ou coletivo, sendo este, o pilar para a formação de uma comunidade ideal de comunicação dentro do sistema jurídico, com o ofício de integração social e de efetivação dos direitos.

Além do mais no interior da proposta de Habermas, com base na democracia construída na esfera pública, as ações coletivas, no caso, a ação civil pública, tem um papel relevante na participação política de modo discursivo.

Assim, interpretando a Defensoria Pública como a interlocutor do necessitado no judiciário no plano individual, não há porque desconsiderá-la ou rechaçá-la no plano coletivo, quando da propositura da ação civil pública, diante de instrumento tão importante na formação do Estado Democrático de Direito brasileiro, hipótese, na qual se apoia a legitimidade da Defensoria Pública.

Por fim, o núcleo da questão encontra-se em democratizar as vias em que se concretize o direito universal ao acesso à justiça. Assim, a junção entre a Defensoria Pública e a ação civil pública são, de fato, os meios mais indicados para se efetivar este direito.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. Disponível em: <[http://www.nre.seed.pr.gov.br/umuarama/arquivos/File/educ\\_esp/fil\\_dialetica\\_esclarec.pdf](http://www.nre.seed.pr.gov.br/umuarama/arquivos/File/educ_esp/fil_dialetica_esclarec.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANNONNI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

APPIO, Eduardo. **Ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Linguagem e realidade: do signo ao discurso**. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/27896>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Introdução em direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui, SP : Boreal Ed., 2015.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; TESCARO JÚNIOR, João Evanir. **Jürgen Habermas: teoria crítica e democracia deliberativa. Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 129-156, 2012.

BARBI, Humberto Agrícola. Advocacia Geral da União: Advocacia e Defensoria Pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 33, p. 439-449, 1991. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1438/1367>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Assistência jurídica integral. **Revista da Faculdade de Direito Da UFMG**, Belo Horizonte, n. 33, p. 129-132, 1991.(on line) disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1423/1352>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PLUGLIESI, Marcio (Coord.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASILE, Juliano. Jornalistas e Juízes: em busca do cidadão. In SEABRA, Roberto; SOUSA, Vivaldo de (Org.). **Jornalismo político**: teoria, história e técnicas. Rio de Janeiro: Record, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **A legitimidade ativa para ações visando a defesa de interesses individuais homogêneos**. Scientia Iuris, Londrina, v. 7, p. 157-164, 2004.

\_\_\_\_\_. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 666-671.

BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES, Thiago Caversan. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações Coletivas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3072.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Teoria do discurso: teoria procedural da justiça; Emancipação social. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 106, n. 106-107, p. 565-589, 2012.

BRASIL. Lei Complementar Nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

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, 13 jan. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

BRASIL. Mensagem nº 359, de 24 de julho de 1985. Veto, parcial do Projeto de Lei da Câmara nº 20, de 1985 (nº 4.984, de 1985, na Casa de origem), Lei da ação Civil Pública pelo Presidente José Sarney. **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/Mvep359-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Mvep359-85.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). REsp 794.752/MA. Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 16/03/2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. (1ª Turma). REsp 912849/RS. Rel. Ministro José Delgado. Julgado em 26/02/2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/77883789/stj-08-10-2014-pg-12>> Acesso em: 20 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. (1ª Turma). REsp. nº 811.608/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 15.05.2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930399/recurso-especial-resp-811608-rs-2006-0012352-8>> Acesso em: 20 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. (3ª Turma). REsp nº 555111/RJ. Relator: Min. Castro Filho. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9025063/recurso-especial-resp-555111-rj-2003-0116360-9/inteiro-teor-14200357>> Acesso em: 20 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 1.243.386 – RS. Recorrente: Sindicato Rural de Passo Fundo Sertão e Santiago. Relatora: Ministra Relatora Nancy Andrighi. Julgado em 12/06/2012. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/38178222/stj-26-06-2012-pg-517>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 1.192.577 – RS. Recorrente: Sociedade Dr Bartholomeu Tacchini - Plano de Saúde Tacchimed. Recorrido: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35239739&num\\_registro=201000805877&data=20140815&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35239739&num_registro=201000805877&data=20140815&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial Nº 555.111 - RJ (2003/0116360-9). Recorrente: Nucleo de Defesa do Consumidor – NUDECON. RECORRIDO : GM Factoring - Sociedade De Fomento Comercial Ltda e outro. Relator: Ministro Castro Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2361435&sReg=200301163609&sData=20061218&sTipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2361435&sReg=200301163609&sData=20061218&sTipo=3&formato=PDF)>. Acesso em: 15 abr. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 558-8. Requerente: Procurador Geral da Justiça. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 mar. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. AI 598212. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em 10/06/2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. 07 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>>. Acesso em: 11 jun. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.943/DF**. 07 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2548440>. Acesso em: 30 jun. 2015.

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



CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedades**. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, André Luiz Souza. Indeterminação cognitiva dos direitos humanos e risco de retorno do fantasma jusnaturalista em discursos de aplicação do direito positivo. In: LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; GONZALEZ DE GOMEZ, Maria Nelida (Org.). **Discursos Habermasianos**. Rio de Janeiro: IBICT, 2012. p. 219-235. Disponível em: <[http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/379/1/HABERMAS\\_PARAINTERNET19072012.pdf](http://repositorio.ibict.br/bitstream/123456789/379/1/HABERMAS_PARAINTERNET19072012.pdf)>. Acesso em: 04 jan. 2015.

COELHO, André Luiz Souza. **Facticidade e validade no processo judicial**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4435632/Facticidade\\_e\\_Validade\\_no\\_Processo\\_Judicial](https://www.academia.edu/4435632/Facticidade_e_Validade_no_Processo_Judicial)>. Acesso em: 14 abr. 2015.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanela. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil: processo Coletivo**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações coletivas**. 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-35/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? **Revista Cidadania, Justiça e Violência**, Rio de Janeiro, p. 61-76, 1997. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

EDUARDO, Carlos; PINENT, Cunha. Sobre os mundos de Habermas e sua ação comunicativa. **Revista da ADPPUCRS**, Porto Alegre, n. 5, p. 49-56, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.adppucrs.com.br/informativo/Habermas.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental e a condição de pessoa necessitada em termos (socio) ambientais**: uma questão de acesso à justiça (socio) ambiental. Nov. 2010. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigo\\_Defensoria\\_Legitimidade\\_ACP\\_Ambiental\\_04%2011%202010\\_TiagoFensterseifer%20.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigo_Defensoria_Legitimidade_ACP_Ambiental_04%2011%202010_TiagoFensterseifer%20.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2015.

FRAZÃO, Marcelo. Sem receber recursos do Estado, Defensoria fecha as portas. **Paraná Online**, Curitiba, 02 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/politica/news/869561/?noticia=SEM+RECEBER+RECURSOS+DO+ESTADO+DEFENSORIA+FECHA+AS+PORTAS>>. Acesso em: 15 abr. 2105.

GALUPPO, M. C. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos; BASILE, Rafael Faria. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 100, out./dez. 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito : ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Roberto. **Educação e Comunicação em Habermas: o entendimento como mecanismo de coordenação da ação pedagógica**. Cadernos de Educação, n. 33, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, n. 2, p. 143-166, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Ed. Forense, 10ª edição, 2011.

GUTIERREZ, Gustavo Luis; DE ALMEIDA, Marco Antonio Bettine. Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo. **Verita: Revista de Filosofia da PUCRS**, Porto Alegre, v. 58, n. 1, p. 151-173, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS: a vida e a obra. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/habermas.doc>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

HANSEN, Gilvan Luiz; MONICA, Eder Fernandes. A teoria crítica sob o prisma discursivo de Habermas. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org.). **Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui – SP : Boreal, 2015.

HERDY, Rachel. Habermas, pragmatismo e direito. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 50, n. 119, p. 43-61, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Mapa da defensoria no Brasil**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_19\\_03.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 20015.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

JUNKES, Sérgio Luiz. O princípio da justiça social como fundamento da defensoria pública. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 9, n. 3, p.527-552, set./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. O que é o que faz a defensoria pública? **Ágora: Revista de Divulgação Científica**, Mafra, v. 16, n. 1, p. 125-137, 2009.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 44, p. 270, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2007. v.2

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Aluísio Ferreira de. Sobre a crítica de Jürgen Habermas ao projeto frankfurtiano: separação epistemológica ou continuidade de uma tradição? **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 181-196, 2011. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v11n1/artigos/html/v11n1a09.html>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro. **Pensamento Plural**, Pelotas, n. 4, p. 37-57, 2014.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004.

LUBENOW, Jorge Adriano. A teoria crítica da modernidade de Jürgen Habermas. **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 58-86, 2013.

MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: para quem? **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 14, n. 23, 2013.

\_\_\_\_\_. O acesso à justiça no Brasil: o papel da defensoria pública na erradicação da pobreza. In: X CONGRESSO NACIONAL DO DEFENSORES PÚBLICOS, 10., 2-11, Natal – RN. **Anais...** Brasília: ANADEP, 2011. Disponível em: <[www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20646/ANGELITA\\_MARIA\\_MADERS.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20646/ANGELITA_MARIA_MADERS.pdf)>. Acesso em: 06 ab. 2015.

MAGER, Miryam. Alguns lugares de inserção da teoria crítica de Habermas. In: SILVEIRA, A. F. et al. (Org.). **Cidadania e participação social**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 23-34.

\_\_\_\_\_. Alguns lugares de inserção da teoria crítica de Habermas: cidadania e participação social. In: SILVEIRA, A. F. et al. (Org.). **Cidadania e participação social**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/hn3q6/pdf/silveira9788599662885.pdf#page=29>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e do consumidores**: (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. 2. ed. Belo Horizonte: Jus Podium, 2012.

\_\_\_\_\_. **A jurisdição no estado constitucional**. Brasília: Biblioteca Virtual do Supremo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1: Teoria Geral do Processo.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Brasília, n. 6, p. 275-306, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **O precedente na dimensão da igualdade**: a força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Belo Horizonte: Jus Podium, 2012. p. 577-597.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente**. 2011. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Aspectos polêmicos da ação civil pública. **Revista Jurídica**, v. 337, p. 9-20, 2005. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 7, p. 126-150, 1967. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/707/663>>. Disponível em: 08 abr. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (10ª Câmara). Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.10.028735-8/001, Relator: Des.(a) Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. Julgado em: 03/05/2011. Súmula, 13 maio 2011.

\_\_\_\_\_. (8ª Câmara). Apelação Cível 1.0105.10.006593-4/002. Relatora: Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgamento em: 13/11/2014, Súmula, 24 nov. 2014.

MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e limites da atividade jurisdicional na ação civil pública**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MOREIRA Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOTA, Luiz Eduardo. Da justiça caritativa à defesa dos novos direitos: a reconfiguração institucional da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. **Cadernos CEDES**, Rio de Janeiro, p. 3-31, n. 12, 2009. Disponível em <[http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos\\_12\\_dajustica\\_direitos.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos_12_dajustica_direitos.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MOTTA, Luiz Eduardo Pereira; RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O acesso à justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 4, n.2, p. 01-13, 2006.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas do acesso à justiça. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 61-69, 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 7 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOBRE, Marcos. Introdução. In NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PETERS, Edson Luiz. **A natureza política da ação civil pública como instrumento de afirmação democrática e de redenção da cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://ambienteduran.eng.br/biblioteca-ambiental-0>>. Acesso em: 30 mar. 2015..

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia**, Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil, In: FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. **Acesso à justiça e cidadania**. São Paulo: Annablume Ed., maio 2000. p. 31-52. Cadernos Adenauer 3:

REESE-SCHAFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Scheneider. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. (Série Compreender).

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SALLES, Carlos Alberto de Salles. Ações coletivas: premissas para comparação com sistema jurídico norte americano. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA,

Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Processos coletivos e tutela ambiental**. Santos: Universidade Leopoldianum, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-45, 1986.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática de justiça**, 3º Ed. rev. e ampliada - disponível em file:///F:/RevDemJust\_FEV2011.pdf, consultado em 29/03/2015.

\_\_\_\_\_. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. 2002. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a\\_pdf/01\\_boaventura\\_acesso\\_jud\\_pt.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. A compreensão procedimental do direito, de Jürgen Habermas, ante a folha de contraste da teoria sistêmica, de Niklas Luhmann. **Philosophien**, Lisboa, 28, p. 205-219, 2006. Disponível em: <<http://www.centrodefilosofia.com/uploads/pdfs/philosophica/28/11.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito. **Compólitica**, 2011. Disponível em: <[http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_dc-gustavo.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia. Difusos, interesses: a legitimidade da defensoria. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 94-106, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista51/Revista51\\_94.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista51/Revista51_94.pdf)> Acesso em: 20 abr. 2015.

THEODORO Júnior, Humberto. **Direito e processo: direito processual ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1997. v. 5

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 66-82, 2013.

VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, Salvador, v. 19, n. 48, p. 551-561, set./dez. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flávio Renato Correia; TALAMINI Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. Thaumazein: **Revista Online de Filosofia**, Curitiba, v. 5, n. 10, p. 131-149, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

\_\_\_\_\_. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais em direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.