

A legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas em defesa dos necessitados de assistência jurídica

*Daniela Teixeira Antony**

Sumário: 1 Introdução. 2 A Defensoria Pública: origem e evolução legislativa. 3 A Defensoria Pública na Constituição de 1988. 4 Conceito de assistência jurídica. 5 A jurisdição coletiva e o acesso à Justiça. 6 A Defensoria como instrumento de efetivação de justiça social. 7 Os necessitados, a clientela da Defensoria Pública 8 A legitimidade concorrente para propor ações coletivas. 9 Conclusões. Referências.

Resumo: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, pois, por meio dela, este defere assistência jurídica aos necessitados, na forma dos artigos 5º, LXXIV, e 134, da Constituição de 1988. Em consonância com os princípios constitucionais, a referida assistência deve abranger todos os meios de acesso à Justiça, inclusive, os instrumentos de jurisdição coletiva. Por meio das ações coletivas, o Estado realiza mais eficientemente a satisfação de interesses comuns daqueles que carecem de assistência jurídica. Mesmo quando o interesse é difuso, a Defensoria Pública deve ter legitimidade para atuar, porque a satisfação desse tipo de interesse também constitui objeto da assistência jurídica do Estado.

Palavras-chave: Assistência jurídica aos necessitados. Defensoria Pública. Atuação. Ações coletivas.

1 Introdução

Com a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 3943, em agosto de 2007, tem se intensificado o debate acerca da extensão da competência institucional da Defensoria Pública.

Por meio desse processo objetivo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP submeteu ao controle concentrado de constitucionalidade a Lei nº. 11.448, de

* Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

15 de janeiro 2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados para propor ação civil pública, no inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85.

A questão consiste em saber se é legítima a atuação da Defensoria Pública por meio da ação civil pública e, de conseguinte, das ações coletivas em geral, no desempenho de sua missão constitucional, de prestar, em nome do Estado, assistência jurídica aos necessitados, sem com isso usurpar competência reservada ao Ministério Público pela Constituição de 1988.

Segundo a CONAMP, a atuação da Defensoria Pública, por meio de ação civil pública, implica violação do comando constitucional de assistência jurídica aos necessitados; pois, segundo argumenta, o uso desse tipo de ação não permitiria a verificação do pressuposto de atuação do órgão, consistente na identificação individual dos carecedores do serviço de assistência jurídica do Estado.

Assim, este artigo tem o objetivo de definir, sob interpretação adequada do Texto Constitucional e, a partir de pesquisa bibliográfica e histórica, se é juridicamente possível a Defensoria Pública realizar a defesa dos necessitados por instrumentos de jurisdição coletiva, sem que com isso esteja agindo em favor de não-necessitados ou mesmo invadindo competência do Ministério Público.

Ante os desafios atuais que a sociedade brasileira enfrenta, no sentido de maximizar a garantia de acesso ao Judiciário e de outorgar efetividade da tutela jurisdicional, a pesquisa, além de inovadora, faz-se prioritária. O discernimento das possibilidades da atuação, nas demandas de massa, da Defensoria Pública, enquanto órgão essencial à Jurisdição, constitui prioridade a fim de que o povo mais carente e marginalizado possa resgatar a cidadania inerente aos preceitos de consolidação de uma sociedade que pretende ser pelo Direito Constitucional, mais justa, fraterna e solidária.

2 A Defensoria Pública: origem e evolução legislativa

A assistência do Estado a pessoas sem condições de patrocinar sua defesa é função cuja raiz remonta ao Direito Romano. O imperador Constantino fez inserir no Digesto o preceito normativo expresso de defesa dos menos favorecidos por advogado (Do Livro I, Título XVI, de *Officio Provensulis et Legati*).

No Brasil, embora o princípio da defesa venha das Ordenações Filipinas, foi com a Constituição de 1934 que se estabeleceu a previsão de criação de órgãos especiais que deveriam prestar assistência judiciária aos necessitados, conforme texto de seu art. 113, inciso 32: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A Carta de 1937 foi silente, enunciando apenas o direito de defesa. Mas o Código de Processo Civil de 1939 garantia a assistência judiciária.

A Constituição de 1946 tornou a prescrever expressamente, em seu art. 141, § 35, que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Em 1950, adveio a Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060, de 5.2.50), estabelecendo normas gerais de concessão dessa assistência pela União e estados.

Também a Constituição de 1967 previu a assistência judiciária em seu art. 150, § 32, repetido no art. 153 da Emenda Constitucional de 1969.

A Constituição de 1988 manteve o direito em favor dos comprovadamente necessitados de assistência jurídica, cometendo essa função ao órgão por ela consagrado, a Defensoria Pública.

3 A Defensoria Pública na Constituição de 1988

A Defensoria Pública foi alçada pela Constituição de 1988 à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, por meio da qual se defere assistência jurídica aos necessitados.

Segundo o artigo 134, incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º, LXXIV, que, na qualidade de direito fundamental, obriga o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Atendendo ao preceito constitucional institutivo, a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União e estabeleceu normas gerais para organização nos Estados.

Destaca-se que, de modo inovador, a Constituição de 1988 empregou a expressão assistência jurídica em vez de assistência judiciária, com o que ampliou o conceito para denotar a integralidade dos meios e serviço de acesso à Justiça.

Consoante Dirley da Cunha Junior, nesse contexto, a Defensoria Pública revela-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, porque se investe da condição de veículo das reivindicações das camadas mais carentes da sociedade perante o Poder Judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais (2008, p. 979).

Ademais, o constituinte originário colocou a Defensoria Pública como um dos órgãos essenciais à administração da justiça, alargando seu campo de atuação que, a partir do novo texto constitucional, deixa de ser apenas de patrocínio judicial para atuar também na esfera jurídica de proteção aos necessitados, no campo administrativo e privado.

A Emenda n. 45/04 reforçou esse *status* ao proclamar a autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias, assim como a prerrogativa de iniciativa de sua proposta orçamentária dentro de limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

4 Conceito de assistência jurídica integral

A legitimidade de atuação da Defensoria para propositura de ações coletivas deve ser investigada com base na regra de competência orgânica definida pela Constituição de 1988. O conceito nuclear a perscrutar é o de assistência jurídica aos necessitados, utilizado pela Carta com tal propósito.

Assistência jurídica é termo conceitual inédito, que sucede ao de assistência judiciária, empregado até então pelas Constituições brasileiras para delimitar o papel do Estado na garantia de acesso dos necessitados ao Judiciário.

A assistência judiciária assinalava apenas o direito à isenção de custas processuais e ao serviço gratuito de advogado para patrocínio de causas individuais privadas, sob o pressuposto da hipossuficiência econômica para o processo. Nesse sentido, era a Lei n. 1.060, de 1950.

O âmbito de atuação era adstrito ao Poder Judiciário, na esfera da condução técnica de processos individuais, com vistas a garantir a paridade de armas entre os litigantes, conforme os princípios da Igualdade e do Devido Processo Legal. Defensor público deveria agir necessariamente, mediante provocação individual dos necessitados, na propositura de ações ou na promoção de defesa dos demandados.

Conforme Nery, o termo assistência jurídica é mais amplo do que assistência judiciária e abrange a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial em geral (2006, p. 1185).

A mudança trazida pela Constituição de 1988, por meio da substituição conceitual, não representa mera ampliação

quantitativa dos serviços a serem prestados gratuitamente pelo Estado. Denota o imperativo de ajustar a natureza e extensão do referido serviço aos princípios derivados da evolução do compromisso do Estado na ordem social, em conformidade com os objetivos fundamentais declarados no artigo 3º da Carta Política.

Conforme Watanabe, na acepção ampla, tem o sentido de assistência jurídica a atuação em juízo ou fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo serviço de informação e orientação, e até mesmo de estudo crítico do ordenamento jurídico existente, buscando sua aplicação para soluções mais justa (1984, p. 87).

Assim, a assistência jurídica passa a ser elemento instrumental de efetivo acesso à Justiça Social. Segundo Souza, “a assistência jurídica [...] é, acima de tudo, um serviço consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando a cidadania, a dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão. [...] O Estado ao garantir a assistência jurídica, propõe, acima de tudo, a promoção da proteção social do necessitado. Não se trata apenas de uma assistência judiciária, que tem por objeto somente a isenção das despesas oriundas do processo” (2003, p.56).

O conceito de assistência jurídica não guarda vinculação com ausência de recursos financeiros. Pelo contrário, conforme Maracini, “a palavra *assistência* tem o sentido de auxílio, ajuda. *Assistir* significa auxiliar, acompanhar, estar presente. *Assistência* nos traz a idéia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, nesse sentido, por assistência judiciária deve ser entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por profissional habilitado. A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este deixa de exigir o recolhimento das custas e despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção

de custas não pode ser incluída no conceito de *assistência*, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma pessoa assumida pelo Estado” (1999, p. 33).

Para Pontes de Miranda, “assistência judiciária envolveria os recursos e os instrumentos necessários para o acesso aos órgãos jurisdicionais, quer mediante benefício da” justiça gratuita “(isenção de despesas processuais), quer pelo patrocínio de profissional habilitado (também se dispensando o pagamento de honorários respectivos). De outra parte, a” assistência jurídica “, é bem mais ampla, aliás, como convenientemente preconizado na atual Carta Magna brasileira, abrangendo a orientação e consultoria jurídica e ainda a conscientização dos direitos da cidadania” (1958 *apud* ALVES, 2004, p.39).

Nesse sentido, a assistência judiciária surge como instrumento de promoção irrestrita da dignidade da pessoa humana, garantindo que o Estado cumpra com seus deveres sociais, dando impulso à implementação da autêntica democracia.

5 A jurisdição coletiva e o acesso à Justiça

A jurisdição coletiva vincula-se a um processo histórico de consolidação do estado democrático de direito e dos direitos humanos em face das correlatas feições sócio-econômicas subjacentes.

A dinâmica massificadora das relações sociais intensificou situações conflituosas comuns a um número cada vez mais significativo de indivíduos, demandando a expressão jurídica de novos direitos, hábeis a assegurar dignidade de vida à pessoa humana. Em razão disso, no plano do direito material, foram consagrados os direitos de segunda e terceira dimensões, correspondentes à proteção jurídica do homem, enquanto

ser coletivo. Paralelamente, no campo processual, nascem os mecanismos de jurisdição coletiva, como forma de efetivar a tutela daqueles novos direitos, por meio de instrumentos solucionadores das demandas de massa.

A sociedade brasileira é permeada por várias injustiças sociais e com significativo quantitativo de pessoas em situação de marginalidade e risco. Para viabilizar a eficácia e efetividade do Poder Judiciário em face das numerosas demandas de inclusão social é que surgem as ações coletivas.

Da concepção jurídica da instrumentalidade do processo como meio de efetividade dos direitos, adveio a superação do processo civil individual voltado exclusivamente à tutela de direitos subjetivos a partir de ações privadas. As ações coletivas surgem, então, como instrumento legítimo de efetivação da justiça social.

Nesse toar, considerando que a competência constitucional reservada à Defensoria Pública guarda estreita relação com a busca pela máxima efetividade da tutela dos necessitados, não há óbice para que a instituição se utilize desse instrumento.

A ação coletiva é para dar vazão a um número significativo de pedidos individuais de assistência jurídica sobre um mesmo caso, sendo que a Defensoria Pública não seria procurada por pessoas não necessitadas, e, mesmo que fosse, simplesmente não lhes deferiria assistência jurídica (Vieira, p. 46).

Para Pedro Lenza, “não há qualquer vício de inconstitucionalidade, especialmente em razão da tutela “molecularizada” do processo coletivo e da indisponibilidade do objeto. Assim, em razão da natureza do objeto da ação civil pública, não se tem como partir o interesse transindividual ”(2008, p.559).

Ora, se não é possível, em uma ação civil pública, apartar os pobres dos não pobres, deve-se possibilitar que se efetive por esse meio adequado a missão institucional da Defensoria Pública ainda que, acidentalmente, tenha que favorecer quem

não seja necessitado, em face do objetivo fundamental da Republica Brasileira, de erradicar a pobreza e a marginalização (Vieira, p. 52).

Ademais, não se pode olvidar que, vivendo em um país como o nosso, onde grande parte da população tem renda inferior a um salário mínimo, a tutela de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo implica a tutela do direito de um hipossuficiente.

6 A Defensoria como instrumento de efetivação de justiça social

Não menos importante à adequada compreensão da função institucional da Defensoria Pública em sua vertente coletiva é ter em vista os valores e princípios constitucionais que dão sentido às competências que titulariza.

O acesso à justiça que a Defensoria propicia não é um fim em si mesmo. Conforme Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p.75), o escopo vai além do simples acesso formal ao Judiciário, abarcando a efetiva apropriação de uma ordem jurídica justa e digna, e os respectivos meios de atuação. Enquanto garantidora do acesso à justiça, a Defensoria Pública objetiva, em última análise, à concretização dos direitos fundamentais.

De igual forma, a criação de uma justiça acessível constitui verdadeiro repto de inclusão social. O Estado Democrático de Direito só poderá ser assim concebido quando conseguir equilibrar as inúmeras desigualdades e possibilitar a inclusão dos que vivem à margem da sociedade.

Nesse contexto, Bottini e Vitto afirmam que o papel do defensor público transcende o de mero advogado de hipossuficientes; pois, representa verdadeiro personagem catalisador de um processo de transformação social, atuando como distribuidor de cidadania (2007 *apud* BRITTO, 2008, p.10).

Em consequência disso, pela teoria dos poderes implícitos,

todos os meios processuais adequados à efetivação dos direitos fundamentais podem ser manejados pela Defensoria Pública.

Daí dizer que a propositura de ações civis públicas constitui dever da Defensoria Pública, na busca pela efetivação de sua função maior, qual seja, a promoção da justiça social.

7 Os necessitados, a clientela da Defensoria Pública

A mutação constitucional da competência da Defensoria Pública, voltada agora à promoção da assistência jurídica integral, reflete-se na intelecção do destinatário de sua atividade; isto é, provoca a alteração de definição do seu público-alvo.

Por não guardar pertinência com os fins inerentes à nova concepção constitucional da Defensoria Pública, resta superada a visão do necessitado como indivíduo economicamente hipossuficiente. A assistência jurídica integral no contexto da concretização dos direitos fundamentais traz a concepção inovadora da hipossuficiência jurídica.

A carência sobre a qual opera a Defensoria Pública passa a abarcar toda e qualquer hipótese de vulnerabilidade sócio-jurídica. Grinover cita, como exemplo de carência jurídica, a situação do revel no processo penal, a quem se deve deferir assistência jurídica integral, independentemente de sua capacidade econômica, ante o reconhecimento de sua posição frágil na relação processual, inviabilizadora do exercício pleno do direito de defesa. A referida autora também destaca a carência organizacional para apontar a possibilidade de a Defensoria Pública patrocinar ações coletivas em favor de grupos sem poder de mobilização na busca de acesso à justiça.

A questão está indissociavelmente ligada à proteção das minorias em situação de risco social. É preciso entender que existem riscos que não se relacionam à condição financeira, mas à posição marginal de determinados grupos e classes. Nesse contexto, serão considerados, ao lado dos economicamente

vulneráveis, a mulher vítima de violência ou discriminação familiar, o idoso, a criança e o adolescente, o deficiente físico e mental, o consumidor.

Assim, na tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, a Defensoria Pública deve aferir a hipossuficiência a partir da análise de indicadores de miserabilidade ou da contemplação da própria realidade social em que vive o grupo de beneficiários da ação civil pública (Vieira, p. 72).

8 A legitimidade concorrente para propor ação civil pública

A Constituição atribui legitimidade ao Ministério Público para promover a ação civil pública (artigo 129); contudo, não o faz de modo exclusivo. O aludido artigo, em seu parágrafo 1, declara que a legitimidade concedida ao Ministério Público não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei. Disso resulta não haver qualquer incompatibilidade entre a Constituição e a Lei n. 11.447/2007, que defere legitimidade concorrente à Defensoria Pública. Ocorre que a legitimação da Defensoria Pública deve ser limitada à verificação da pertinência com os casos de necessidade jurídica, de modo a legitimar a função institucional do órgão; ou seja, deve haver identidade entre a lesão jurídica objeto da ação civil pública e os indivíduos vitimados, possibilitando a comprovação de sua vulnerabilidade.

Em sendo a Defensoria um órgão instituído pela Constituição Brasileira para prestar assistência jurídica aos necessitados, cabe a ela própria avaliar a situação de hipossuficiência de seus assistidos. Assim, caberá à própria Defensoria Pública constatar a situação de vulnerabilidade dos indivíduos, de modo a decidir sobre a propositura ou não da ação coletiva.

Por outro prisma, cumpre esclarecer que a Constituição Federal incumbiu à Defensoria Pública a defesa dos necessitados. Portanto, mais que uma autorização legal, é dever da instituição

utilizar-se da ação civil pública para o cumprimento de sua função constitucional, tendo em vista ser a ação civil pública um dos instrumentos mais eficazes na proteção de direitos metaindividuais, sendo enquadrada, inclusive, no conceito de garantia fundamental.

Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho assevera que “em geral, as normas definidoras de direitos e garantias individuais devem ser interpretadas de forma extensiva... Caberá ao Defensor, no caso concreto, aferir se aquela situação demanda a atuação da Defensoria Pública, levando em conta todas as circunstâncias que puder examinar, sobretudo as econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Em ato fundamentado, deverá, ou propor a ação, ou arquivar o material que tiver recebido, dando notícia à Chefia da Instituição, e remetendo os autos, de ofício, ao Ministério Público, legitimado prioritário das ações civis públicas”(2008, p. 186).

9 Conclusão

A competência constitucional da Defensoria Pública confere legitimidade para propositura de ação coletiva na defesa dos necessitados de assistência jurídica, desde que em benefício de grupos em situação de marginalidade social.

A competência constitucional reservada à Defensoria pública guarda estreita relação com a busca da máxima efetividade da tutela dos necessitados de assistência jurídica porque propiciam, por meio de uma única ação, a satisfação de um grupo de indivíduos ligados por interesses comuns.

Essa concessão não invade a competência do Ministério Público nem lhe causa prejuízo, já que, acima de tudo, como órgãos estatais criados para a defesa de direitos, ambos trabalham em prol da satisfação do interesse público, devendo concentrar esforços, não para disputar exclusividade de competência, mas

para buscar a afirmação judicial dos direitos humanos e vencer a incansável batalha pela efetivação da justiça social. Ademais, considerando que a ação coletiva é o instrumento mais eficaz concebido pela atual ordem jurídica na proteção de direitos metaindividuais, sendo enquadrada, inclusive, no conceito de garantia fundamental, não se pode privar um órgão tão atuante e essencial como a Defensoria, da busca pelo reconhecimento de direitos que já não podem ser desconsiderados. Na essência, o que vale é a busca por procedimentos que sejam conducentes à tutela expedita dos direitos dos hipossuficientes.

Seja como for, tramita, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional n. 487/2005, que modifica a redação do artigo 134 para inserir expressamente a tutela dos direitos e interesses coletivos dos necessitados, o que constitui medida que mais se afina com o desiderato constitucional de propiciar os meios de acesso à Justiça e de efetividade dos direitos sociais.

Abstract: The Public Legal Defense is an essential institution to the State jurisdictional system, for it defers jurisdictional assistance to the needy, under the articles 5th, LXXIV, and 134, of the Constitution of 1988. In accordance with the constitutional rights, the above mentioned assistance should provide all means of access to justice including the collective jurisdictional instruments. Through collective actions, the State is able to more efficiently resolve issues of common interest to those who need jurisdictional assistance. Even when such interest is dispersed, the Public Legal Defense must have legitimacy to act, for the attainment of this kind of interest also constitutes a subject of jurisdictional assistance by the State.

Keywords: Jurisdictional assistance to the needy. Public Legal Defense. Modes of Action. Collective actions.

Referências

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo e VITTO, Renato Campos Pinto de. *Defensoria Pública e a Reforma do Sistema de Justiça Brasileiro*. Disponível em <<http://www.iaj.org.br/html/modules.php?name=News&file=article&sid=109>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 3. ed. Chapecó: Argos, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2008.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEDER, Suely Pletz. *Defensoria Pública: instituição essencial ao exercício da função jurisdicional pelo estado e à justiça*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2002.

NERY JUNIOR, NELSON. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Civis Públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – o social e o político na pós modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica*. São Paulo: Método, 2003.