



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*

The participation of the Public Defender in collective processes of hyposufficient: Active legitimacy to ad coadjuvandum intervention

Camilo Zufelato

Resumo: Este artigo é centrado na proposta de que além da legitimidade ativa que a lei atribuiu à Defensoria Pública, a instituição também deverá intervir *ad coadjuvandum* nos processos coletivos cuja temática seja afeta a grupo de sujeitos hipossuficientes, como exercício do efetivo princípio do contraditório e da ampla defesa, visando à igualdade material por meio da paridade de armas. Assim, será revisitado o entendimento da preponderância do Ministério Público na tutela processual coletiva, atribuindo-se à Defensoria Pública, sem prejuízo da legitimação ativa, a missão de intervir nos processos em que haja interesse de hipossuficiente, numa atuação que seria verdadeiro misto de *amicus* e *custos plebis*.

Palavras-chave: Defensoria Pública; processos coletivos; intervenção *ad coadjuvandum*.

Abstract: This article is centered on the proposal that in addition to the active legitimacy that the law has assigned to the Public Defender's Office, the institution should also intervene *ad coadjuvandum* in collective processes whose theme is affects hyposufficient people as exercising effective audi alteram partem, aimed at material equality through weapons parity. Thus, it will be revisited the understanding of the preponderance of the Public Prosecutor in the collective procedural protection, attributing to the Public Defenders, besides the active legitimation, the mission to intervene in cases where there is interest hyposufficient people in a performance that would be true mix of *amicus* and *custos plebis*.

Keywords: Public Defender's Office; collective processes; *ad coadjuvandum* intervention.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n3p636-657>

A PARTICIPAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS PROCESSOS COLETIVOS DE HIPOSSUFICIENTES: DA LEGITIMIDADE ATIVA À INTERVENÇÃO AD COADJUVANDUM

Camilo ZUFELATO*

Sumário: 1 O tema; 2 Processo, poder e participação na Jurisdição constitucional; 3 Desigualdade substancial e defesa processual; 4 A Defensoria Pública e a tutela dos hipossuficientes; 5 Notas sobre a atuação da Defensoria Pública no processo coletivo; 6 Intervenção ad coadjuvandum da Defensoria Pública nos processos coletivos relativos a hipossuficientes: uma proposta; 7 Referências bibliográficas.

1. O tema

Embora seja recente a atribuição de legitimidade ativa à Defensoria Pública para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* de hipossuficientes, é fato que a instituição vem desempenhando satisfatoriamente sua missão constitucional por meio do processo coletivo.

Contudo, frente às peculiaridades da tutela jurisdicional coletiva, caracterizada pela *alta conflituosidade dos litígios*, da *dimensão axiológica* dos temas postos em discussão, combinados com a *faceta política* que se reconhece ao direito processual contemporâneo, notadamente nas ações civis públicas, a defesa dos interesses em jogo nos processos coletivos não deve ser realizada somente pelos *atores processuais*, autor e réu: há que se estendê-la para alcançar *atores sociais* que, embora possam não figurar nos polos processuais, são reconhecidamente empenhados na defesa dos interesses em discussão na lide coletiva. É exatamente o caso da Defensoria Pública, órgão estatal comprometido e atuante na *tutela dos necessitados*, segundo a dicção constitucional.

Para tanto, na esfera do processo coletivo é necessário acentuar ainda mais a relativização que já está presente nos conceitos de parte e terceiros, inclusive quanto às formas de intervenção de terceiros nas demandas coletivas. Nesse sentido, a proposta é sustentar que além da legitimidade ativa que a lei atribuiu à Defensoria Pública, a instituição também deverá intervir *ad coadjuvandum* nos processos coletivos cuja temática seja afeta a grupo de sujeitos hipossuficientes, como exercício do efetivo princípio do contraditório e da ampla defesa, visando à igualdade material por meio da paridade de armas.

Como o processo coletivo brasileiro foi inteiramente pautado, em sua origem, na excessiva centralização na figura do Ministério Público, a proposta é revisar esta preponderância do *Parquet* na tutela processual coletiva, atribuindo-se à Defensoria Pública, sem prejuízo da legitimação ativa, a missão de intervir nos processos em que haja interesse de hipossuficiente, numa atuação que seria verdadeiro misto de *amicus* e *custos plebis*.

2. Processo, poder e participação na Jurisdição constitucional

As tendências que marcam a evolução do direito processual contemporâneo acentuam de forma célere a transição da *função do processo* no contexto do poder estatal. Grande contribuição para revelar a *dimensão política do processo* nos tempos atuais é dada pela ênfase da constitucionalização do direito – hoje para muitos também chamado de neoconstitucionalismo, do qual decorreria o neoprocessualismo – que de fato aportou um novo papel ao processo, pautado mais em *valores* e *princípios* do que na pura técnica como tradicionalmente se caracterizou a ciência processual. E, tal como notado por Dinamarco em sua obra clássica, “a ideia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do direito processual,

*Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

constitui assim fator de aproximação do processo à *política*, entendida esta como o *processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado*". (DINAMARCO, 2002, p. 100, destaques no original).

É preciso remontar às próprias funções do Estado, e do ordenamento jurídico enquanto instrumento de efetivação, no plano do direito, das funções e escopos daquele, para ressaltar a missão que o direito processual tem de contribuir com as próprias funções do Estado, na medida em que é manifestação de uma faceta do poder estatal vocacionada à realização de seus objetivos.¹

Hoje, mais do que nunca, a dimensão valorativa constitucional das demandas que se apresentam ao Poder Judiciário se caracterizam por aspectos que revelam a *instrumentalidade axiológica do processo* já apontada por Dinamarco há vários anos, ao que também se soma uma *tendência de coletivização do processo*, na medida em que a politização do direito alcança amplo espectro de interessados, em função da natureza transindividual dos novos direitos.

Essa dimensão valorativa constitucional do direito processual pressupõe, necessariamente, um *sistema aberto de controle e defesa dos direitos* reconhecidos pelo ordenamento jurídico, exigindo um renovado direito processual que seja apto a permitir a efetiva tutela de tais direitos.² Em outros termos, é preciso moldar a técnica processual segundo as exigências e balizas de um modelo de processo eminentemente axiológico, com novos *mecanismos de participação social* que busquem *legitimar a decisão judicial*.

Como aponta Dinamarco, a sentença – e não só a lei – constitui *ato de positivação do poder*,³ e nessa medida o processo deverá possibilitar, da melhor forma possível, que o exercício do poder estatal seja voltado à concretização dos preceitos constitucionalmente estabelecidos como prevalentes no caso concreto.⁴

Esse modelo de processo, de forte dimensão axiológica, demanda *formas ampliadas de participação, no e pelo processo*, a fim de permitir que todos os aspectos que compõem a complexidade dos direitos com acentuada conotação política sejam levados a juízo pelos agentes sociais ou entes públicos incumbidos da

¹ Ainda Dinamarco: "Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) – sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ela não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina." (DINAMARCO, 2002, p. 93).

² "O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade." (DINAMARCO, 2002, p. 99).

³ "Em uma observação fecunda que a ciência política sugere ao processualista, sem que nem este nem o politicólogo costumem atinar com essa, é a de que a sentença constitui ato de *positivação do poder*, por conter a formal afirmação, pelo titular deste, de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito (é arbitrário falar-se em positivação somente com referência à lei)." (DINAMARCO, 2002, p. 109).

⁴ "Nessa perspectiva, o Estado, que é o mais importante de todos os polos de poder, aparece até como fonte de poder, em benefício de pessoas que de algum modo logram 'fazer valer suas decisões com a ajuda do Estado.'" (DINAMARCO, 2002, p. 104).

defesa de tais direitos, de modo a caracterizar um *contraditório efetivamente participativo* que permita *legitimar a atuação do poder jurisdicional*.

Isso posto, a tutela jurisdicional coletiva se insere neste modelo de processo no qual a dimensão de poder é muito acentuada, e portanto demanda esquemas de participação dos atores sociais e também estatais por meio do processo, como genuína forma de legitimação do poder estatal.

3. Desigualdade substancial e defesa processual

Quando se analisa o princípio da isonomia, há que se buscar, além da igualdade formal, também a identificação de mecanismos que desigualam para igualar, ou seja, pressupondo que há, na base das relações sociais, uma desigualdade, é preciso compensá-la, visando equiparar, com instrumentos que compensem tal desigualdade. Do ponto de vista do direito processual, há inúmeras formas de contrabalancear as forças e buscar isonomia. Este é, sem dúvida, um dos fundamentos básicos do *devido processo legal justo e equitativo*: objetivar a efetiva paridade de armas.

De todas as facetas da desigualdade processual, a que mais interessa a este estudo é a *vulnerabilidade*, que pode ser entendida como “a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão da limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório” (TARTUCE, 2012, p. 356). A vulnerabilidade, que não é só de um indivíduo, mas pode ser também de um grupo social, implica dificuldades no exercício da defesa processual, de modo que se faz indispensável corrigir, por meio de instrumentos processuais, a desigualdade substancial inerente a cada caso.

De forma direta e pontual, Vittorio Denti pontifica que o processo não é um bem em si mesmo, e por isso deve tomar partido em *benefício da parte socialmente mais necessitada*, e assim o faz porque esta tutela é necessária aos *fins políticos do processo*, e por isso “il potenziamento dei poteri processuali a favore di una parte costituisce il mezzo per l’attuazione dei diritti sostanziale che a quella parte l’ordinamento attribuisce. L’assistenza a favore della parte socialmente più debole viene dunque assicurata affinché non sia resa inoperante, attraverso l’inefficienza dello strumento processuale, la tutela degli interessi che viene riconosciuta sul piano sostanziale”.⁵

Tradicionalmente a vulnerabilidade ou hipossuficiência processual é tratada a partir de uma perspectiva *individualista*, bastante restrita à dimensão puramente econômica ou financeira, cujos mecanismos de suplantação da desigualdade se baseiam no modelo de assistência judiciária gratuita disposto pelo Estado, especialmente através da isenção de custas processuais e da advocacia dativa.

A priorização desse modelo está superada, seja pela necessidade premente de institucionalização de um modelo de assistência judiciária de índole coletiva, para acompanhar, *pari passu*, as demandas dos novos

⁵“A mio avviso, non è possibile considerare la scelta che porta alle varie forme di assistenza legale negli Stati moderni come una scelta «neutrale», avente il solo scopo di far funzionare il meccanismo del processo in modo corretto ed equilibrato, promuovendo una uguaglianza *sostanziale* di poteri processuali, al di là dell’uguaglianza meramente *formale*. Infatti, quando il legislatore, abbandonando la posizione tradizionale, che vorrebbe limitato il suo intervento ad assicurare il rispetto delle regole del gioco individuale, prende posizione a favore della parte socialmente più debole, lo fa perché considera questa tutela un momento necessario dei suoi fini politici generali. Il processo, infatti, non è un bene in se stesso, ma è uno strumento, per l’attuazione del diritto, e quindi per il raggiungimento degli scopi che un dato ordinamento giuridico si ripropone; onde il potenziamento dei poteri processuali a favore di una parte costituisce il mezzo per l’attuazione dei diritti sostanziale che a quella parte l’ordinamento attribuisce. L’assistenza a favore della parte socialmente più debole viene dunque assicurata affinché non sia resa inoperante, attraverso l’inefficienza dello strumento processuale, la tutela degli interessi che viene riconosciuta sul piano sostanziale.” (DENTI, 1971, p. 53-54).

conflitos sociais, seja porque a conotação de poder estatal desempenhado pelo processo traz novos desafios à ideia de vulnerabilidade ou hipossuficiência daqueles que necessitam de tutela jurisdicional.

Nesse contexto se insere a *assistência judiciária de índole coletiva* desempenhada pela Defensoria Pública, como bem anota a doutrina: “O novo regime jurídico-constitucional delineado para a Defensoria Pública através da EC 45/2004 e incorporado ao plano infraconstitucional pela LC 132/2009, também acompanha a própria evolução da assistência jurídica prestada às pessoas necessitadas. Assim, em face da superação do modelo clássico ‘assistencialista’ da garantia constitucional de ‘assistência jurídica integral e gratuita’ (art. 5º, LXXIV), deve-se tomar hoje o acesso à Justiça, especialmente para o caso das pessoas necessitadas, não como mero ‘favor’ ou ‘benefício’ prestado pelo Estado brasileiro, mas sim como dever constitucional estatal e, acima de tudo, como direito fundamental do indivíduo e dos grupos sociais necessitados. [...] E mais, tal entendimento, conforme já assinalado anteriormente, caminha no sentido de reconhecer um direito fundamental à assistência jurídica (integral e gratuita) conferido às pessoas necessitadas, individual e coletivamente consideradas” (FENSTERSEIFER, 2011b, p. 67).

Em conflitos complexos como os coletivos, a busca pela igualdade processual é marcada pela *paridade de armas no plano das forças ideológicas e axiológicas* que lhe são características, de forma que a *participação pelo processo* é o canal mais adequado para se buscar a igualdade no debate jurídico processual travado no Judiciário como arena política.⁶ Como destacado pela doutrina, “o desafio passa ser o de definir quais as razões que permitem afirmar que as partes, comparadas entre si efetivamente possuem condições distintas, mas equivalentes, no que se refere às possibilidades de participação no debate processual”.⁷

Em suma, a vulnerabilidade é inerente a pessoas e grupos sociais. É mister que o processo civil combata essa desigualdade. Quando se tratar de demandas com forte conotação axiológica, como é típico dos processos coletivos, a paridade de armas também deverá se dar do ponto de vista da defesa dos interesses institucionais dos grupos sociais, especialmente quando vulneráveis.

4. A Defensoria Pública e a tutela dos hipossuficientes

Por determinação constitucional, no sistema de justiça brasileiro é a Defensoria Pública a instituição estatal incumbida de realizar a defesa dos vulneráveis, ao estabelecer a Constituição que é *instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe inerente a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, de interesses dos necessitados*, nos termos do artigo 134. Em realidade, quando o dispositivo constitucional atribui tal função ao órgão, está dando eficácia e efetividade ao comando contido no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o qual determina que o *Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*.

Em síntese, cabe à Defensoria Pública a missão de buscar a *igualdade substancial*, não só, mas sobretudo, por meio do processo judicial. Quando se focaliza a atuação do órgão nas demandas que índole *coletiva* marcadas pela forte dimensão axiologia dos direitos em jogo, resta evidente que a atuação da Defensoria Pública é verdadeira forma de *concretização de princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, ao*

⁶ Cfr. SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena política: um olhar a partir da ciência política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: GEN, 2011, p. 1-32.

⁷ “Do ponto de vista argumentativo, os desafios colocados para o intérprete residem em identificar, em um primeiro momento, (a) quais as condições de que dispõem cada uma das partes em termos de possibilidades de participação no debate processual e (b) qual a relação existente entre a aplicação de uma norma a apenas uma das partes e a oferta às partes de melhores condições de participação no debate processual em relação àquelas preexistentes.” (REICHEL, 2012, p. 13-41, p. 26).

promover a tutela dos necessitados, o que, ademais, se relacionada diretamente com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente aqueles do artigo 3º da Constituição Federal, quais sejam, “III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Relacionando as atribuições constitucionais da Defensoria Pública com os fins do Estado brasileiro, bem como com os princípios fundantes da justiça brasileira, pautada nos ideais de *igualdade material* (caput do art. 5º da CF), *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III, da CF), *acesso à ordem jurídica justa dos vulneráveis* (art. 5º, inciso XXXV, da CF), é notável o especial relevo da instituição no tocante não só à tutela dos hipossuficiente mas também dos próprios fins do Estado brasileiro.⁸

A magnitude dos direitos a serem tutelados pela Defensoria Pública logo sugerem que, sem prejuízo da efetiva e combativa atuação nos conflitos de natureza individual, absolutamente indispensáveis à tutela jurídica dos hipossuficientes, os conflitos de natureza coletiva são realmente vocacionados a potencializar os meios de alcançar os resultados que se espera da sua atuação.⁹ Enfim, o relevante papel atribuído pela Constituição Federal à Defensoria Pública não autoriza que se limite a sua atuação ao âmbito estritamente individual de conflitos.¹⁰

Quanto à noção de hipossuficiência que deve pautar a atuação do órgão, notadamente no campo da tutela coletiva, a vulnerabilidade não se restringe a limites estritamente econômicos, mas engloba todos aqueles que do ponto de vista organizacional “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”. (GRINOVER, 2011, p. 155). Em síntese, a *assistência jurídica integral e gratuita* que prestará a Defensoria Pública refere-se a *hipossuficientes econômicos, sociais, culturais e organizacionais*.

Assim sendo, a Defensoria Pública está fortemente vinculada, por determinação constitucional, a promover a inclusão social, cultural e jurídica dos hipossuficientes de toda natureza, e a tutela jurisdicional coletiva é meio apto para se alcançar esse fim.¹¹

⁸Vale mencionar, nesse contexto, a assertiva do Ministro Celso de Mello na ADI nº 2903 para destacar a importância do órgão: “[...] vê-se, portanto, de um lado, a enorme relevância da Defensoria Pública, enquanto Instituição permanente da República e organismo essencial à função jurisdicional do Estado, e, de outro, o papel de grande responsabilidade do Defensor Público, em sua condição de agente incumbido de viabilizar o acesso dos necessitados à ordem jurídica justa, capaz de propiciar-lhes, mediante adequado patrocínio técnico, o gozo – pleno e efetivo – de seus direitos, superando-se, desse modo, a situação de injusta desigualdade sócio-econômica a que se acham lamentavelmente expostos largos segmentos de nossa sociedade.”

⁹ Há anos a questão fora notada por Boaventura de Souza Santos: “[...] a necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação.” (SANTOS, 1985, p. 150).

¹⁰ “É de salientar a função essencial à Justiça exercida pela Defensoria Pública e que esta deve ser interpretada de modo amplo e condizente com a sua plena atuação. Não há nada que justifique a limitação do seu desempenho ao mero patrocínio de causas individuais. Pelo contrário, a potencialização do seu agir será de maior eficiência se as suas atividades corresponderem de modo reflexo à natureza dos conflitos pertinentes. Portanto, a Defensoria Pública deverá atuar de modo individual quando estiver diante de casos individuais de hipossuficiência, mas, naturalmente, haverá pouca eficácia se oferecer um patrocínio meramente particularizado para fazer frente a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes a necessitados.” (MENDES, 2012, p. 255-256).

¹¹ Nesse sentido: “Entretanto, a Defensoria Pública não é apenas um órgão patrocinador de causas judiciais. É muito mais. É a Instituição Democrática que promove a inclusão social, cultural e jurídica das classes historicamente marginalizadas, visando à concretização e à efetivação dos direitos humanos, no âmbito nacional e internacional, à prevenção dos conflitos, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

5. Notas sobre a atuação da Defensoria Pública no processo coletivo

A evolução dos tipos de conflitos e das formas processuais coletivas de deduzi-los em juízo, bem como a adaptação da Defensoria Pública a tais mecanismos processuais, fez com que em 2007 se culminasse na atribuição de legitimidade ativa à instituição, para a propositura de ação civil pública – Lei n.º 11.448/07 que introduziu o inciso II no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85.

É bem verdade que a inserção da Defensoria Pública no processo coletivo ocorreu de forma *incompleta e pouco sistemática*, pois nos parece que a mera atribuição de legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública é medida muito importante mas insuficiente para modelar todas as nuances que, por incumbência constitucional, deveriam marcar a atuação – frisa-se, *atuação*, e não somente *legitimação ativa* – da Defensoria Pública na tutela jurisdicional coletiva.

O escopo principal deste estudo é exatamente enfocar uma dessas deficiências do sistema processual coletivo, ao sustentar a necessidade de intervenção da Defensoria em causas coletivas envolvendo hipossuficientes. Mas outros pontos de deficiências poderiam ser lembrados, como por exemplo a falta de previsão expressa de legitimidade ativa para a propositura de mandado de segurança coletiva,¹² ou ainda a ausência de previsão legal para a instauração de inquérito civil, como a lei autoriza ao Ministério Público, e que, cremos, deveria ser estendido também à Defensoria Pública.

Se é verdade que mesmo antes da intervenção legislativa de 2007 já havia julgados que admitiam o ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública,¹³ após a edição da norma a legitimidade ativa do órgão foi contestada via ADI, perante o STF, ainda não julgada. De qualquer sorte, entendemos que a referida ação que visa à declaração de inconstitucionalidade da legitimidade ativa da Defensoria é tão descabida e irrazoável, como aliás tem sido apontado praticamente por unanimidade pela doutrina pátria, e pela contínua admissão de ações coletivas ajuizadas pela Defensoria, de modo que o tema não será abordado neste estudo.¹⁴

O importante a ser destacado é como a Defensoria Pública, do ponto de vista institucional e organizacional, tem-se adaptado de forma exemplar às novas atribuições de natureza coletiva na defesa dos hipossuficientes que lhe impõe a Constituição Federal e a lei ordinária no âmbito da tutela jurisdicional coletiva. O avanço neste campo, aliás, tem sido objeto de previsão legal, como a Lei Complementar n.º 132/09, no âmbito nacional, bem com a Lei Complementar do Estado de São Paulo n.º 988/06, que trata da Defensoria Pública no Estado de SP, revelando a verdadeira institucionalização da função de defesa dos direitos transindividuais ao órgão.¹⁵

idade, com erradicação da pobreza e da marginalização, em atendimento aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da CF/1988.” (RE, 2009, p. 243).

¹² Cfr. ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo: uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. In: **Revista de Processo**, a. 37, v. 203, p. 321-346, jan. 2012.

¹³ Somente a título de exemplo: “Processual civil. Ação civil pública. Interesse coletivo dos consumidores. Legitimidade ativa da Defensoria Pública. 1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do artigo 82, III, da Lei 8078-90, para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados [...] (Apelação n.º 700014404784, 4º Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Araken de Assis, julgado em 12.04.2006).”

¹⁴ Para os argumentos a justificar o descabimento da referida ADI, remete-se ao estudo de GRINOVER, **Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública**, já citado anteriormente, como boa síntese dos argumentos favoráveis à legitimidade ativa à Defensoria Pública.

¹⁵ A Lei Complementar Federal n.º 80/94, verdadeira Lei Orgânica da Defensoria Pública, com redação dada pela Lei Complementar n.º 132/09, estabelece que: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I –

Parece-nos que a Defensoria Pública *não é somente mais um dos legitimados ativos* a que lei atribui a função de tutelar os direitos coletivos. A combinação da relevância social, política econômica dos direitos de natureza coletiva, com a função constitucional imposta à Defensoria, e a característica de altos índices de exclusão social do país (alta vulnerabilidade), torna-a uma das mais importantes instituições na defesa desses direitos.¹⁶ Trata-se de verdadeira *vocação constitucional para o processo coletivo*.¹⁷

E mais: em razão da natureza prestacional dos direitos coletivos relacionados à tutela dos hipossuficientes, parte considerável das ações coletivas são dirigidas em face do Estado para o cumprimento de obrigação de fazer.¹⁸ Para tanto, um tema de alta relevância para o direito processual civil é o *controle judicial de políticas públicas*, o qual se pauta sobretudo nas demandas coletivas voltadas à implementação de direitos e garantias fundamentais que dependem de políticas públicas estatais para serem efetivados. Este é um tema relevantíssimo e de imediata relação com a Defensoria Pública.¹⁹

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; IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; 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;” No mesmo diapasão, a Lei Complementar do Estado de São Paulo n.º 988, de 09 de janeiro de 2006, que trata da Defensoria Pública no Estado, define como atribuições do órgão o seguinte: “Art. 2º - A Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei. Art. 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: [...] VI - promover: c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;” (destacamos)

¹⁶ Sobre esse aspecto, muito interessante a seguinte observação doutrinária: “Como é fartamente sabido, vivemos em um país repleto de graves carências em setores básicos, como educação, saúde e segurança. Temos índices sociais que teimam em permanecer vergonhosos. Há tarefas demais para executar em prol da nação e especialmente dos carentes, mas faltam os recursos indispensáveis. Em um país assim, os questionamentos sobre a legitimidade da Defensoria Pública, antes até da Lei 11.448/07, já se afiguravam impertinentes na maioria das vezes. Iniciativas visando aos necessitados devem ser estimuladas sempre que possível, e não recebidas com obstáculos formais. Esse luxo, positivamente, o país não pode se dar se uma extinção sem julgamento de mérito é algo a lamentar até mesmo na Escandinávia, mais deprimente ainda é o encerramento prematuro de uma ação coletiva proposta em chão brasileiro pela Defensoria. É de se notar, demais, que o silêncio legislativo quanto à legitimidade da Defensoria reproduzia sutilmente, no campo específico da legitimação processual, o secular desprezo que devotamos às classes sociais desfavorecidas. Logo a instituição voltada especificamente para os necessitados não tinha a legitimidade, ao mesmo tempo que esta era fornecida, generosamente, para entidades as mais diversas.” (SOUSA, 2008, p. 239-240).

¹⁷ “Percebe-se, portanto, a relevância da vocação da Defensoria Pública, eis que, servindo como instrumento constitucional para garantir a assistência jurídica aos necessitados, trabalha para possibilitar a concretização dos demais direitos fundamentais a tais pessoas, fazendo exsurgir a função instrumental da própria Instituição, cuja meta pode ser assim definida: materializar direitos.” (BRITTO, 2008, p. 14).

¹⁸ “A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional, consagrada através da EC 45/2004 e regulamentada pela LC 132/2009, reflete justamente na tutela dos direitos fundamentais de natureza social, pois permite a sua maior liberdade de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais. E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas das *pessoas necessitadas* (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça.” (FENSTERSEIFER, 2011a, p. 120).

¹⁹ “Nessa linha, com o surgimento dos direitos fundamentais de solidariedade (ou de terceira dimensão), como é o caso da proteção do ambiente, automaticamente a tarefa constitucional de zelar por eles é atribuída à Defensoria Pública, em

É claro que só se justifica a atuação da Defensoria Pública em processos coletivos nos quais há *defesa de necessitados*, por imposição constitucional, bastando que haja pelo menos um beneficiado hipossuficiente para autorizar a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Em função da larga amplitude de sujeitos tutelados, é difícil pensar em hipótese envolvendo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo que não tenha sequer um interessado hipossuficiente que se beneficiará da decisão coletiva, o que torna, do ponto de vista fático, extremamente amplas as hipóteses de legitimidade da Defensoria Pública no processo coletivo.²⁰

Em outros termos, embora deva haver *pertinência temática* que justifique a atuação da Defensoria Pública – a *vulnerabilidade* em sentido amplo – essa é facilmente alcançada,²¹ pois basta que o resultado da demanda atinja parcela, e não a integralidade, de sujeitos hipossuficientes.²² Exigir que a ação coletiva proposta pela Defensoria Pública tutele exclusivamente hipossuficientes é algo absolutamente impossível, que esvaziaria de sentido e função a atribuição de legitimidade ativa ao órgão.²³

Conforme assentado em posicionamento doutrinário, “[...] a atuação coletiva da Defensoria Pública tende a beneficiar, inevitavelmente, grupos que não são integrados somente por pessoas carentes sob o prisma econômico, até porque a instituição tem compromisso também com outras formas de carência (é o tempo das atribuições atípicas). Deduz-se então a seguinte regra: *a Defensoria Pública estará legitimada sempre que uma ação coletiva puder beneficiar carentes, mesmo que façam parte de um grupo composto majoritariamente por não-carentes*”. (SOUSA, 2008, p. 243, destaques no original)

razão de que à população pobre também deve ser garantido o desfrute de suas vidas em um ambiente saudável e equilibrado, e, portanto, digno. As dimensões de direitos fundamentais, na sua essência, materializam os diferentes conteúdos integrantes do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se apresenta como pilar da arquitetura constitucional e objetivo maior a ser perseguido na atuação da Defensoria Pública. Onde houver violação a direitos fundamentais e à dignidade da população necessitada, a Defensoria Pública estará legitimada constitucionalmente para fazer cessar tal situação degradadora dos valores republicanos.” (FENSTERSEIFER, 2011c, p. 114).

²⁰ Vale ressaltar um exemplo de uso equivocado do instrumental coletivo por parte da Defensoria Pública, apontada pela doutrina, em situação que de fato não justificaria a intervenção da instituição: “Exemplo felizmente raro de atuação incompatível com as finalidades institucionais está na ApCiv. 95.01.34956-0/DF, TRT 1º Reg., 4º Turma, j. 14.09.2000, rel. Juiz Ítalo Mendes: Processual Civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para defender direitos dos contribuintes do imposto de importação de veículos automotores importados.” (SOUSA, 2009, p. 212).

²¹ “O controle da atuação da Defensoria Pública na seara coletiva deve dar-se justamente pela pertinência temática – quesito informador do interesse de agir -, ou seja, somente poderá ser afastado quando evidentemente a demanda proposta não puder beneficiar a coletividade necessitada sob nenhum aspecto, hipótese que se mostra remota em sede de direitos sociais, notadamente difusos. Desta forma, a Instituição cumpre plenamente seu papel constitucional quando exerce a tutela dos direitos difusos que visam precipuamente a resguardar direitos sociais, cuja violação normalmente recai sobre as comunidades carentes.” (MANCUSO, 2010, p. 739).

²² “A Defensoria Pública poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que tenham repercussão em interesses dos necessitados. Não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela dos necessitados, mas sim que sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, ainda que também possam operar efeitos perante outros sujeitos.” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 313).

²³ “Não é necessário, porém que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda nesse sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não.” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009, p. 212).

Mesmo em temas relacionados com direitos disponíveis, como relação de consumo, se houver hipossuficiência está justificada a legitimidade da Defensoria Pública,²⁴ como inclusive tem sido admitida pelos Tribunais.²⁵

Como bem aponta a doutrina, a ampliação da legitimidade ativa à Defensoria está relacionada à garantia constitucional de acesso à justiça aos necessitados.²⁶ Pensando nas ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti, a atuação da Defensoria Pública seria responsável por dar cabo, concomitantemente, à implementação da primeira e segunda ondas renovatórias do autor florentino.

6. Intervenção *ad coadjuvandum* da Defensoria Pública nos processos coletivos relativos a hipossuficientes: uma proposta

É premissa fundamental da tutela coletiva a noção de *representatividade* em juízo, por *enti sponenziali*, dos sujeitos vinculados ao direito material em litígio e que ao cabo da demanda serão atingidos pelo comando da decisão. Nessa esteira se pautam os esquemas de *legitimidade ativa concorrente e disjuntiva* no sentido de indicar quais são esses entes que estarão autorizados a defender direito de sujeitos que, embora ausentes no processo, serão atingidos pela decisão final. Dentre esses legitimados a lei indicou órgãos públicos e associações. Desde o surgimento do processo coletivo no Brasil, o legitimado mais destacado sempre foi o Ministério Público. E, além da atribuição de legitimidade a outros entes, houve também uma preocupação do legislador quanto à *condução adequada do processo coletivo*, exigindo a intervenção do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, nas demandas coletivas em que não tenha sido autor – artigo 5º, parágrafo 1º da Lei n.º 7.347/85. Logo se nota a centralidade desse órgão público na tutela coletiva nacional, o que inclusive, há de se reconhecer, permitiu a efetivação de um processo coletivo brasileiro.

Há também a discussão acerca da possibilidade, *de lege lata*, do juiz controlar a *representatividade adequada* e capacidade de condução eficiente do autor do processo coletivo, a fim de evitar que o direito em jogo não seja subrepresentado, redundando em prejuízo aos sujeitos interessados no pleito.

²⁴ “Antes de mais nada, registra-se que na jurisdição coletiva do consumidor a Defensoria Pública há muito atua com desembaraço, o que é bastante natural, dada a empatia existente entre a instituição e a defesa do consumidor – enquanto os defensores se batem pelos interesses dos *necessitados*, o direito do consumidor existe em função da *vulnerabilidade* do consumidor, que deve ser eliminada ou ao menos mitigada. A empatia é corroborada pela legislação relativa aos dois lados. Na lei orgânica nacional da Defensoria Pública, figura entre as funções especiais da instituição ‘patrocinar os direitos e interesse do consumidor lesado (art. 4, XI, Lei 80-94)’. (SOUSA, 2008, p. 234-235).

²⁵ Nesse sentido: Ag. Rg. no Agravo em REsp. n.º 53.146 - SP (2011/0148200-4), Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 16.02.12. “Processual civil. Legitimidade. Defensoria Pública. Teoria da Asserção. Impossibilidade jurídica do pedido. Inexistência. 1. A Defensoria Pública tem autorização legal para atuar como substituto processual dos consumidores, tanto em demandas envolvendo direitos individuais em sentido estrito, como direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, na forma do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/94. Precedentes. 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido”; REsp. n.º 1.106.515/MG, julgado em 02.02.2011: “[...] 6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais”; Ag. Rg. no REsp. 1.000.421/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe em 01.06.2011.

²⁶ “A democratização do acesso à justiça perpassa a legitimação da Defensoria Pública para ações coletivas, como forma de garantia de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, instrumento imprescindível para a defesa de determinados direitos, principalmente no que se refere aos direitos sociais, conferindo máxima proteção jurídica aos direitos dos hipossuficientes.” (MANCUSO; BEGA, 2010, p. 740).

Essas características indicam alguns aspectos importantes de serem destacados, conforme já pudemos observar em outra sede: i) repensar e propor novos esquemas de legitimidade ativa foi crucial na fase de implantação do processo coletivo;²⁷ ii) não é possível adotar, sem profundas alterações, a noção de parte e terceiro do processo individual para o processo coletivo;²⁸ e iii) o exercício do contraditório e da ampla defesa se pauta na ideia de participação indireta dos titulares do direito, por meio dos entes exponenciais.²⁹

Considerando-se as características dos litígios de natureza coletiva, os esquemas de atribuição de legitimidade ativa são cruciais para atribuição de *poder*, pois “a legitimação traduz uma questão política. Falar em legitimidade, com efeito, é falar no acesso a um dos poderes estatais, a uma função inegavelmente política, inserida no espaço público. Isso vale tanto para a tutela individual quanto para o âmbito coletivo. É neste, não obstante, que a *densidade política da questão* refulge. Afinal, a ação civil pública permite a judicialização de temas os mais transcendentais. Até mesmo políticas públicas podem ser questionadas e reformadas na órbita do processo coletivo, desde que haja a devida provocação. Tem-se na legitimidade *ad causam*, dessa forma, um precioso passaporte. Quem tiver com ele habilita-se a influenciar o Poder Judiciário na tomada de decisões de grande impacto para a comunidade. Sem ele, o assunto caro à comunidade sequer pode ser discutido. Portanto, *a legitimação coletiva evoca participação e poder, valores eminentemente políticos. Atribuir legitimidade significa atribuir capacidade de influenciar decisões no espaço público.*” (SOUSA, 2010, p. 293, destacamos).

Porém, como tradicionalmente a noção de *legitimidade* se pauta na ideia de *parte*, e considerando-se que os parâmetros tradicionais desses conceitos não são facilmente importados ao processo coletivo, faz-se necessário pensar em outras formas de intervenção da Defensoria Pública, *além da tradicional legitimidade ativa*. É bem verdade que a Lei n.º 7.347/85 permite o litisconsórcio entre os legitimados – art. 5º, parágrafo 2º –, mas é preciso ir além e admitir essa intervenção independentemente da figura de cunho individualístico que é o litisconsórcio.

O fato é que a efetiva *participação* de certos entes nas demandas coletivas é indispensável para a *legitimação política da decisão jurisdicional*,³⁰ de modo que admitir novas formas de intervenção, além do litisconsórcio, parece-nos muito salutar na busca de potencialização de participação na demanda.

Importante também notar que decorre da necessidade de adaptação dos esquemas do processo individual para o coletivo alguma flexibilização ou relativização na ideia de legitimidade (SOUSA, 2010, p. 306). Na expressão de Mancuso, no processo coletivo há uma *situação legitimante*, que em realidade é mais ampla e porosa que aquela do processo individual (MANCUSO, 2007, p. 278).

²⁷ “A questão da legitimidade processual ativa para a defesa dos direitos transindividuais talvez tenha sido a maior preocupação no momento de criação da tutela jurisdicional coletiva, pois a natureza do bem tutelado não permitia a correspondência da legitimidade a partir do esquema clássico no qual em regra o próprio titular do direito violado se apresentava em juízo para pleiteá-lo judicialmente.” (ZUFELATO, 2011, p. 70).

²⁸ “Em suma, as noções de parte e de terceiros, seja sob o enfoque de quem está presente ou não em contraditório (sentido processual), ou até mesmo da relação com o direito material tutelado (sentido material), são forjadas na base de um processo de índole individual, de natureza pessoal, pode-se dizer, com pouca aderência aos conflitos transindividuais. Por tal razão, o conceito de partes e de terceiros no processo civil não é unívoco, revelando ser mais uma das peculiaridades que merecem tratamento próprio na seara coletiva.” (ZUFELATO, 2011, p. 229).

²⁹ “Mas a concepção eminentemente individualista do princípio do contraditório e da ampla defesa não se coaduna com as características e os escopos das ações coletivas, que demandam a adoção de um sistema que atinja o maior número de interessados sem que esses tenham que *participar pessoalmente do processo*, nem mesmo para afastar o julgado desfavorável.” (ZUFELATO, 2011, p. 182-183).

³⁰ Nota-se que o PL n.º 5.139/09 de nova lei de ação civil pública erigiu o *amplo acesso à justiça e participação social* como verdadeiro princípio do processo civil coletivo, cfr. art. 3º, inciso I.

Tendo em vista a relevância constitucional dos direitos coletivos para a própria consecução do Estado Democrático de Direito, e o pluralismo que deve marcar a tutela coletiva, é preciso repensar em formas de participação *no e pelo* processo que ultrapassem os esquemas de legitimidade ativa. Em suma: a defesa dos interesses transindividuais não se deve limitar à atuação dos legitimados, podendo-se admitir outras formas de intervenção visando à efetiva proteção desses direitos.

Nesses termos, “os processos coletivos trazem em seu bojo uma carga de aspirações democráticas que o diferenciam do processo tradicional. Por isto, seu procedimento deve assumir uma forma mais aberta de participação social na tomada da decisão judicial. [...] Por isto, o processo coletivo traz, por sua própria natureza, resultados sociais impactantes no seio da sociedade não se podendo restringir os mecanismos processuais que permitam a participação democrática dos cidadãos na efetivação dos direitos socialmente relevantes. A natureza do processo coletivo reclama maior flexibilidade de suas normas, não se podendo aplicar, subsidiariamente, o CPC para impedir o avanço das técnicas processuais voltadas a melhor tutela dos direitos coletivos. Portanto, conclui-se que, *pela própria natureza do processo coletivo e das pretensões por ele veiculadas, deve haver maior necessidade de intervenção de terceiros na qualidade de ‘amigos da corte’*. Isto para permitir a consideração do maior número de *pontos de vista relevantes para a solução de questões jurídicas socialmente relevantes*. Afinal, nos processos coletivos, torna-se possível vislumbrar o conceito de processo socialmente efetivo, que seria aquele capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo.” (CAMBI; DAMASCENO, 2011, p. 38, destacamos)

Nessa linha, sustentam Cambi e Damasceno a aplicação do *princípio da colaboração processual*, o qual permite a efetiva participação processual, justificando a admissão de *amicus curiae* no processo coletivo, a fim de se permitir o incremento da argumentação jurídica e dialética processual.³¹ E os mesmos autores apontam uma característica marcante da intervenção do *amicus* no processo coletivo: “mais do que ‘amigo da corte’, o *amicus*, desde que possua representatividade adequada e intervenha na solução de questões socialmente relevantes, atua em prol da coletividade, promovendo a cidadania e a justiça social, o que permite concluir se tratar de *verdadeiro amigo do povo*”. (CAMBI; DAMASCENO, 2011, p. 42-3, destacamos).

Tendo em vista as formas de intervenção no processo coletivo, cumpre ressaltar que a figura do *amicus curiae* é distinta da do *custos legis*. Quer nos parecer que o *amicus*, mais do que atuar para controlar a higidez da defesa do interesse coletivo em jogo, age preponderantemente para defender os interesses de um dos polos processuais, *ad coadjuvandum* portanto. Nesse aspecto se assemelha, quanto à finalidade, à *assistência litisconsorcial*.

Com efeito, na medida em que o processo coletivo passa a ser arena para a dedução de conflitos complexos, envolvendo temas cuja resposta não é imediata ou de fácil solução, fala-se em um sistema

³¹ “Os novos direitos e os anseios do mundo atual exigem uma forma nova de prestação jurisdicional. Assim, não basta assegurar formalmente o contraditório. Para a adequada proteção dos direitos coletivos, impõe-se a efetivação do princípio da colaboração processual, não podendo a intervenção de terceiros ficar restrita a noção clássica de interesse jurídico, construída para os processos de caráter individual, devendo-se agregar a participação processual pela promoção de interesses públicos, ou melhor, sociais relevantes. Nesse contexto, o *amicus curiae* surge como uma opção viável para o incremento da argumentação jurídica e da dialética processual. Permite a realização do pluralismo jurídico pela implementação de uma sociedade realmente aberta dos intérpretes do Direito, sendo sua aplicação especialmente necessária nos processos coletivos, em razão da sua própria natureza social e dos princípios que os conformam.” (CAMBI; DAMASCENO. 2011, p. 42-43).

'håberliano' de sociedade aberta dos interpretes, o que acentua ainda mais a premência da participação e do debate.³²

Com efeito, a admissão do *amicus curiae* no processo coletivo deve ser entendida como a permissão de ingresso, para contribuir, de todo aquele que terá condições de ampliar o debate, missão essa tão cara à tutela jurisdicional coletiva, independentemente de possuir, *ope legis*, legitimidade ativa para a propositura da demanda. Isso deixa ainda mais clara a fragilidade da distinção entre parte e terceiro no processo coletivo, na medida em que mesmo aquele que não possui legitimidade ativa poderá atuar e contribuir na resolução do conflito coletivo.

Por tais razões, e especialmente pela relevância dada pela Constituição à Defensoria Pública na defesa dos necessitados, é indispensável potencializar os canais de participação da instituição no processo coletivo, admitindo a sua intervenção *ad coadjuvandum* ao autor ou réu quando o interesse defendido for *preponderantemente* relacionado com a tutela de grupos de vulneráveis, nos casos em que a instituição não figurar nos polos processuais. Tal hipótese de intervenção parece-nos a meio caminho entre a ideia de *amicus curiae* próprio do processo coletivo – embora possua legitimidade ativa – e a previsão de atuação do Ministério Público como *custos legis*.

A atuação da Defensoria Pública nos termos propostos se justifica, além da exigência de fortalecimento dos canais de participação *no e pelo* processo, também pela *complexidade* ínsita aos conflitos coletivos, marcados pela *alta conflituosidade*, o que poderia gerar subrepresentação dos interesses dos hipossuficientes, o que torna importante a presença de representantes adequados – não necessariamente partes, frisa-se – que defendam da forma mais eficiente possível os interesses do grupo, legitimando assim a decisão jurisdicional.³³

O controle sobre a representatividade adequada no processo coletivo é muito *relevante* quando se trata de ação coletiva ativa, mas é *indispensável* para admissão ou não do representante da coletividade quando a ação coletiva for passiva, ou seja, aquela que envolve direito difuso, coletivo ou individual

³² “Fixada a existência de um sistema 'håberliano' de tutela coletiva, não se deixe de assinalar o acerto da nova Lei da Ação Civil Pública. O processo coletivo caracteriza-se pela relevância dos interesses em jogo e também pelo alto teor de judicialização. A convergência desses fatores estimula sérios questionamentos, que não podem ser desconsiderados. Teria o Judiciário legitimidade política para atacar questões capitais da sociedade, em detrimento mesmo de opções traçadas por agentes mais conectados, em princípio, à vontade popular? A nova lei busca enfrentar com equilíbrio tal questionamento. O alto teor da judicialização está presente, sem dúvida. Mas será temperado pelo modelo 'håberliano' adotado, que é, em outros termos, um modelo de judicialização participada. Compreendeu-se bem que, na tutela coletiva, dado o seu relevo político e social, mais enérgicos devem ser os esforços em prol da legitimação política da atividade jurisdicional.” (SOUSA, 2010, p. 309).

³³ “A legitimidade adequada, percebe-se, possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome. Toda a técnica processual do processo coletivo, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (*due process of law*). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida.” (COSTA, 2010, p. 627-628).

homogêneo, quando proposta em face do grupo social.³⁴ Em outros termos, há uma gradação quanto à importância da representatividade adequada entre ação coletiva ativa e passiva.³⁵

Quando se trata de ação coletiva passiva, o resultado dessas ações propostas *contra* grupos sociais pode resultar em situações bastante prejudiciais aos sujeitos que compõem tais grupos, com o agravamento se houver vulnerabilidade que impeça a defesa adequada da coletividade. Um bom exemplo de ação coletiva passiva reconhecida pela doutrina e muito frequente na prática, marcada pela vulnerabilidade, são as ações possessórias de desocupação de áreas ocupadas por movimentos sociais, cujo polo passivo é ocupado por grupo de pessoas por vezes hipossuficientes. O grande risco desse tipo de demanda é que se a defesa dos vulneráveis, realizada por representante e não pessoalmente, não for suficientemente qualificada, como se exige, o comando da decisão deverá ser suportado por todos os integrantes da coletividade, *pro et contra*.³⁶

Na mesma linha, Thiago Tozzi destaca a importância da atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas passivas como forma de proteger o direito dos hipossuficientes, ao defender que “não estariam contempladas ações ajuizadas em desfavor de coletividades não organizadas, ou seja, agrupamentos sociais hipossuficientes organizacionalmente, eis que não ostentam ‘representante adequado’, tampouco consubstanciam ‘coletividade organizada’. É o caso de comunidades carentes demandadas enquanto coletividades, em ações de remoção forçada cada vez mais comuns, as quais, em geral, são processadas unilateralmente. Tal situação, dentre outras tantas observáveis na praxe da tutela coletiva e da defesa dos direitos humanos de agrupamentos socialmente vulneráveis, apresenta aptidão ao enquadramento nas funções institucionais dedicadas à Defensoria Pública, que poderia desenvolver o papel de representante adequado dessas coletividades. Dessa forma, estar-se-ia prevenindo o *non liquet* (evitando a frustração do acesso à justiça da parte autora, que, naturalmente, ostenta conotação de direito fundamental constitucionalmente tutelado), e, simultaneamente, prestigiam-se os direitos fundamentais

³⁴ Para a caracterização da ação coletiva passiva, ou *defendant class action*, remetemos ao nosso ZUFELATO, 2010, p. 118 e ss.

³⁵ “A despeito do exposto, considerando-se amplamente o sistema processual coletivo nacional, sobretudo o cotejo entre as regras de legitimidade e coisa julgada, entende-se que a função da representatividade adequada é distinta segundo a posição processual do legitimado: em se tratando de legitimado ativo, a representatividade adequada tem o papel de ‘moralizar’ a ação, dando-lhe maior credibilidade ao evitar que o processo seja utilizado para efetivação de interesses escusos; não há, porém, problemas de perpetuação de injustiças, dando que são previstos, pelo regime da coisa julgada nacional, meios para que os prejudicados promovam o afastamento das decisões injustas. No entanto, no que concerne à exigência desse requisito na ação coletiva passiva, trata-se de condição indispensável ao processo, sem a qual não há como se admitirem as ações, uma vez que há a necessidade de vinculação dos sujeitos. Portanto, no cenário nacional, na hipótese de ações coletivas passivas a representatividade adequada é uma exigência de natureza constitucional, ligada ao contraditório, ao passo que nas ações coletivas se trata de mera conveniência de política judiciária. Haveria, portanto, graus de escalonamento da indispensabilidade para a exigência da representatividade adequada do legitimado coletivo no regime processual-coletivo brasileiro; assim sendo, seria indispensável para as ações coletivas passivas, por força da exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa, mas dispensável – embora recomendável – para as coletivas ativas”. (ZUFELATO, 2010, p. 128-129).

³⁶ Um exemplo da doutrina ajuda a clarificar essa vinculação aos sujeitos individuais: “Não é privilégio das associações, no entanto, a confusão entre os interesses da pessoa jurídica e de seus membros. Como exemplo, imaginemos o caso de uma *sociedade cooperativa de transporte alternativo* (vans) que figura como ré em ação ajuizada por empresa de transporte público regular, visando à cessação das atividades paralelas de transporte por meios não convencionais, reputados irregulares. A cooperativa é uma sociedade que possui personalidade jurídica e pode figurar, *per se*, no polo ativo ou passivo de qualquer demanda individual. É de se reparar, todavia, que as sociedades cooperativas, consoante art. 3º da Lei 5.764/71, não possuem objetivo de lucro. [...] Assim, conforme o exemplo apresentado, uma ação judicial que vise à interrupção da atividade de transporte executada pelos associados da cooperativa, muito embora possa ser ajuizada em face da pessoa jurídica da cooperativa, projetará efeitos diretos e imediatos nos direitos individuais dos seus membros”. (MAIA, 2009, p. 128).

jungidos às prerrogativas processuais e aos direitos humanos das coletividades hipossuficientes”. (TOZZI, 2012, p. 286).

E, como bem notou a doutrina, nessas ações pode ocorrer de se contraporem, polos opostos, dois legitimados à ação civil pública: “É certo que, por vezes, o Ministério Público e a Defensoria Pública estarão em polos antagônicos nas relações jurídicas socioambientais como, por exemplo, em ação civil pública promovida pelo *Parquet* para retirar grupos de famílias pobres que ocupam área de preservação permanente”. (FENSTERSEIFER, 2011b, p. 91).

Como se nota, a intervenção da Defensoria Pública nas ações coletivas quando não é parte da demanda se dá visando auxiliar o agrupamento vulnerável, *ad coadjuvandum*, portanto, o que não parece ser a mesma modalidade de intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Sobre o tema, o Núcleo Especializado da Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo editou Recomendação proposta pelo Defensor Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré acerca da necessidade indispensável de sua intervenção nas demandas ajuizadas em face de grupos sociais não organizados, no seguinte sentido: Recomendação NECDH n.º 01: “É obrigatória a intimação prévia e inicial da Defensoria Pública nas ações judiciais contra grupo de pessoas ‘necessitadas’, despidas de organização associativa ou sindical, sob pena de nulidade dos atos processuais ou do processo como um todo (*Intervenção Institucional*)”. (DEFENSORIA PÚBLICA..., 2012).

Interessante observar que na motivação que acompanha tal Recomendação é muito nítida a percepção do papel central da Defensoria Pública na tutela dos interesses coletivos dos hipossuficientes, bem como a exigência de um significativo número de demandas propostas em face de grupos sociais não organizados, que justificaria a intervenção do órgão público em tais hipóteses numa verdadeira intervenção como “*custos plebis*”, como ficou reconhecida a intervenção no âmbito da própria Defensoria.³⁷ Há também clareza na ideia de que de tal intervenção não se dá na qualidade de legitimidade passiva, mas exatamente como uma forma anômala de intervenção.³⁸

³⁷ “Os movimentos sociais, comumente adotados como populares, constituem grupos de pressão democrática, organizados em um delimitado espaço urbano ou rural, geralmente a partir da definição de alguns objetivos ou ideias. Em suma, é decorrência do Estado Democrático e Pluralista de Direito. [...] os movimentos sociais passivos constituem em atos contínuos e permanentes de ocupação de áreas públicas ou privadas, em regra, para fins de moradia ou reforma agrária. Nesse caso, a questão não se limita a uma mera ocupação supostamente irregular, mas representa um verdadeiro movimento social legítimo de manifestação de ideias e ideais. [...] Nesse contexto, os movimentos sociais, em geral formados por pessoas necessitadas economicamente ou, ainda, quando ele próprio mostra-se carente de organização e estrutura, reclamam pela intervenção prévia e substancial da Defensoria Pública, o que deve ser viabilizado pelo Poder Judiciário. A Defensoria Pública, por sua vez, é a Instituição independente e permanente, incumbida da inclusão jurídica e, reflexamente, ideológica e social, das pessoas necessitadas ou dos grupos por elas formados. É um acesso qualificado à Justiça, que não se resume ao simples patrocínio ou defesa processual. É um instrumento de inclusão democrática. [...] Entretanto, para que esta Instituição cumpra satisfatoriamente seu papel, é preciso conquistar certos meios ou condições de atuação, aliás, muitas vezes, previstos constitucionalmente. Dentre tais meios, insere a legitimidade ativa e, em especial para o tema em tela, passiva para a intervenção inicial nas ações coletivas. Nesse sentido, configura a Defensoria Pública a Instituição natural de defesa jurídica dos necessitados e de seus grupos, em especial, no âmbito processual, no polo ativo ou passivo da demanda. Nesse último caso, seja na tutela de um conjunto identificado de pessoas, seja na defesa de pessoas indeterminadas.”

³⁸ “Por oportuno, cumpre-nos destacar que a presente intervenção institucional não se confunde com a chamada ação coletiva passiva, cuja vigência no Brasil ainda encontra resistência na doutrina e na jurisprudência dominantes. De fato, neste último caso, a ação é intentada contra um único ente ou associação que responderá à pretensão em nome de uma coletividade, sem que haja relação contratual ou legal entre eles. [...] A intervenção ora em defesa, como dissemos, é diferente. Nela, não haverá representação ou substituição processual. É uma espécie de atuação processual em defesa

Resta evidente que, nas hipóteses de ação coletiva passiva, a intervenção *ad coadjuvandum* da Defensoria Pública tem a importante função de trazer a exigência da representatividade adequada, que é indispensável para a admissão da ação coletiva passiva e, por consequência, da imposição do julgado aos membros da coletividade.

Contudo, a intervenção *ad coadjuvandum* da Defensoria Pública não se deve limitar às ações coletivas passivas. Também nas ações coletivas ativas, quando o interesse coletivo em jogo atingir *preponderantemente grupo de hipossuficientes*, acreditamos que também se justifica a sua intervenção. A denominada *alta conflituosidade*, que é marcante nos interesses transindividuais, bem como a exigência de *ampla participação* ou representação dos vários seguimentos sociais, faz ver que a defesa de um determinado grupo pode ser distinta segundo as características e competências de quem a realiza em juízo.

Conforme apontado na parte inicial, a *dimensão política do processo civil*, notadamente o coletivo, e a necessidade de participação como forma de legitimação da decisão, autorizam a ampliação da intervenção da Defensoria Pública em ação coletiva ativa como mecanismo de potencializar o tão buscado *contraditório cooperativo*, neste caso a partir da *pluralidade argumentativa*. Como bem sintetizado pela doutrina, “no processo coletivo, impõe-se questionar de que maneira se pode fortalecer a efetiva possibilidade de que aqueles atingidos pelo alcance de uma decisão judicial tenham respeitado esse direito de participação, mediante a *consideração de suas percepções argumentativas quando do julgamento da causa que lhes afeta*”. (SCARPARO, 2012, p. 130, destacamos).

Ainda em um contexto de *colaboração* ou *cooperação*, que é característica do processo civil contemporâneo, Mancuso assevera que “considerando: que o processo coletivo se oferece como ferramenta técnica, idônea a conjurar ou ao menos amenizar os notórios e crescentes males da pulverização dos megaconflitos em múltiplas e repetitivas ações individuais; que há relevante interesse social na oferta ao jurisdicionado, enquanto *consumidor* do serviço judiciário estatal, de uma resposta de qualidade - justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível; que a titularidade dos interesses metaindividuais judicializados é, na verdade, reportada à coletividade envolvida, operando o portador judicial como um condutor processual para tal especialmente autorizado, alcança-se a conclusão de que todos os co-legitimados ativos devem unir esforços para a consecução do objetivo comum, para tal superando, consensualmente, eventuais divergências conceituais ou alguma possível sobreposição de atribuições.” (MANCUSO, 2008, p. 152 e ss.).

É verdade que em várias situações concretas há uma zona de atribuições comuns entre a Defensoria Pública e o Ministério Público – basta pensar em questões ambientais em região de favelização; acesso à educação ou saúde, etc. – que redundam na pertinência temática para ambas as instituições promoverem a ação coletiva.³⁹ Isso por si só é bastante positivo para a tutela dos direitos coletivos, pois revela que não haveria carência de legitimados para a defesa dos direitos coletivos.

do grupo não organizado e necessitado, que não prejudica ou impede a participação individual ou a citação dos envolvidos. [...] A presente intervenção também se distingue da participação *custos legis* (fiscal da lei), por ser aquela uma intervenção parcial, ou seja, a Defensoria Pública como “fiscal de direitos” sociais efetivamente violados”.

³⁹ Mancuso entende que na realidade as áreas de atuação não geraria sobreposição na atuação jurisdicional: “Verdade que a tutela – tanto individual como coletiva – do necessitado, no sentido amplo da palavra, consulta a um evidente interesse social, sendo ainda certo que ao Ministério Público compete a defesa ‘da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127). Daí não decorre, porém, nenhuma sobreposição entre os campos de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública e menos ainda algum conflito de atribuições, mas antes, cremos que os textos de regência devem ser interpretados em modo a serem compatibilizados,

Contudo, embora o esquema de legitimidade ativa seja *concorrente e disjuntivo*, é necessário observar que quando há *preponderância de direitos de hipossuficientes*, além da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva pela Defensoria – e para isso não seria necessário preponderância, mas simplesmente *afetação* a um número ainda que reduzido de hipossuficientes – a intervenção *ad coadjuvandum* do órgão, mesmo em se tratando de ação coletiva ativa, parece-nos indispensável frente às exigências constitucionais, mesmo que a ação coletiva tenha sido proposta pelo Ministério Público.

Caso a ação coletiva tenha sido proposta por associação legitimada, e a questão controvertida se configure como relacionada a vulneráveis, a intervenção da Defensoria Pública é mais relevante e pertinente que a atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, como determina a lei vigente. Seria caso, portanto, de atuação da Defensoria Pública e não do Ministério Público.

Em suma, além da ampla possibilidade de intervenção, e não só ajuizamento, de ações coletivas pela Defensoria Pública, é preciso também repensar em uma forma de *atuação compartilhada* entre as atribuições do Ministério Público e Defensoria Pública, que são os principais legitimados públicos ao processo coletivo, segundo a *predominância do interesse em jogo*. A propósito, importante destacar voto da Ministra Eliana Calmon no qual ela deixa claro que em seu entender há, no caso concreto, uma hiperatividade do Ministério Público em causa que em realidade estaria mais afeta às atribuições da Defensoria Pública.⁴⁰

por modo que ao final resulte o que realmente interessa: a efetiva tutela do necessitado, no sentido largo da expressão, antes referido.” (MANCUSO, 2011, p. 154).

⁴⁰ Trata-se do REsp. n.º 1.120.253, no qual figuram como partes o MP do Estado de Pernambuco e a CHESF – Companhia Hidroelétrica do São Francisco, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, em que a Min. Eliana Calmon apresentou voto em separado para destacar o que segundo ela é se configura em *excessiva intervenção do MP em esfera que seria de atribuição da DF*, nos seguintes termos: “No mais, trata-se de ação civil pública ajuizada contra a Companhia Hidroelétrica do São Francisco - Chesf em razão do descumprimento de um acordo firmado entre esta empresa e os trabalhadores residentes em área desapropriada (pela companhia). Por conta do decreto expropriatório, toda a população que ali morava ficou privada de suas casas e terras (usadas para a própria subsistência) e, para suprir esta carência, veio o acordo, no qual estava previsto um cronograma de reassentamento, bem assim como o pagamento de 2,5 salários-mínimos mensais, estes chamados de Verba de Manutenção Temporária – VMT. *Pedi vista por ter preocupação com a gama de demandas que o Ministério Público está a assumir, muitas vezes em flagrante superposição de atribuições com a Defensoria Pública, desvirtuando pela intervenção indevida ambas as instituições.* Pelo que consta dos autos, faço as seguintes observações: 1) em princípio, os direitos individuais homogêneos não devem ser defendidos pelo MPF, senão em hipóteses específicas, quando atingem relevância social, como aliás reconhece o relator, por expressão constante do seu voto; 2) na questão enfocada nos autos, não se discute moradia, nem subsistência propriamente dita. A população removida da área desapropriada já está usufruindo de novas habitações e recebendo quantia mensal intitulada de “Manutenção Temporária”, em valor fixado, em princípio, no salário-mínimo, desde 06 de dezembro de 1986; 3) depois de 05 (cinco) anos, por interferência do sindicato, foi revisto o acordo e, a partir de 29 de maio de 1991, alterou-se o valor da “Manutenção Temporária”, para fixar-se no padrão de 10% do valor dos produtos da cesta básica, somados à importância da taxa mínima de energia elétrica. 4) Tem-se, portanto, para defender um grupo de pessoas que não estão desamparadas, que não estão ao abandono e sim usufruindo, a título de indenização, de uma casa e de uma importância mensal que lhes é paga pela CHESF há 23 (vinte e três) anos, desde 1986, cujo valor, por ingerência de um Sindicato, foi revisto e alterado para um novo padrão, desvinculado do salário mínimo, em maio de 1991, ou seja, há 18 (dezoito) anos vigora o novo padrão de “Manutenção Temporária”. Em verdade o que se pretende é mais uma vez alterar o acordo para elevar o valor da quantia mensal recebida. Entendo que a questão, situada nesses termos, nada tem de relevante sob o ângulo social, porque só favorece a um número determinado de pessoas que estão devidamente amparadas e resguardadas. Em verdade, não se busca o amparo social, ou o resguardo da ordem social, busca-se apenas uma melhoria pessoal. *Pondero que o barateamento do uso da ação civil pública é uma preocupação constante dos profissionais da área jurídica, pela importância da ação, a qual deixa o Ministério Público munido de um adequado e eficiente instrumento de realização da paz social. Assim sendo, a utilização da ação civil pública e a ocupação de uma instituição como é o Ministério Público, para a obtenção de uma melhoria, apenas me parece uma demasia.*” (destacamos)

O PL n.º 5.139/09 de nova lei de ação civil pública não inovou em relação à previsão expressa da intervenção da Defensoria Pública nos processos coletivos que se referem a coletividade vulnerável, mantendo a regra vigente de intervenção obrigatória, como fiscal da lei, tão somente ao Ministério Público. A única “novidade” foi tornar expresso o que de fato já é permitido em relação à admissão de litisconsórcio entre Ministério Público e Defensoria Pública.⁴¹ A única previsão que há na Lei é quanto à intimação da Defensoria Pública na ação cujo objeto seja direito individual homogêneo para o exercício do direito de exclusão.⁴²

Em outro aspecto, relativo à desistência ou abandono da ação civil pública por um dos legitimados ativos, ou da necessidade de substituição do autor coletivo, o Projeto prevê que além do Ministério Público, a Defensoria Pública também será intimada para que possa dar andamento no feito.⁴³

Contudo, o art. 7º do referido Projeto, ao autorizar que “É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos polos da demanda” (destacamos), em realidade está a admitir a intervenção, por exemplo, da Defensoria Pública em processos que envolvam direitos de hipossuficientes, inclusive quando se tratar de ação coletiva passiva.

Quanto à classificação da forma de intervenção do legitimado ativo em um dos polos processuais, o Projeto a denomina de *assistência litisconsorcial*. Parece-nos que a assistência é modalidade de intervenção forjada sob a égide de um *processo civil de matriz exclusivamente individual*, em que o assistente buscar obter, com a intromissão, vantagem para a sua esfera jurídica. A intervenção do legitimado coletivo no polo ativo ou passivo tem conotação institucional, no caso da Defensoria Pública e Ministério Público por imposição constitucional inclusive, de modo que consideramos inadequado, segundo o grau de evolução científica do processo coletivo brasileiro, identifica-la com a assistência; seria melhor intervenção *ad coadjuvandum*, que neste caso inclusive muito se assemelha à figura do *amicus curiae*. Conforme já referido.

De qualquer forma, o importante é destacar que, embora o Projeto preveja expressamente a intervenção do MP como *custos legis*, por meio deste art. 7º do mesmo Projeto é plenamente possível a intervenção da Defensoria Pública nos processos em que haja preponderância de interesse coletivo de hipossuficientes.

⁴¹ Art. 6, § 2º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

⁴² Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

⁴³ Art. 8º. Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias; Art. 9º. Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

A inovação legislativa que atribuiu legitimidade ativa à Defensoria Pública é uma grande contribuição rumo à ampliação dos canais de defesa dos direitos dos hipossuficientes. Conforme se notou, além da legitimidade, a intervenção *ad coadjuvandum* também deve ser admitida em nome da *defesa substancial dos vulneráveis*. Essa é a solução que melhor se alinha à ideia de *acesso à ordem jurídica justa* e busca implementar os escopos do Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal impõe.

Enfim, como bem destacado pela doutrina, há uma grande afinidade entre os problemas sociais brasileiros e a missão constitucional dada à Defensoria Pública, de forma que todos os estímulos à sua participação no processo coletivo devem sempre ser empregados. Nesse sentido: “aspectos políticos favorecem sobretudo a legitimação da Defensoria Pública. Esclareça-se. O Brasil abriga diversidades as mais chocantes. Ao lado das diversidades regionais, próprias de um país continental, convivemos com intensa desigualdade de renda. Essa desigualdade acentuada começa na questão da renda, mas acaba por transcendê-la, à evidência. Na esteira da disparidade de renda, brotam diferenças incriveis de mentalidade e comportamento. São diversidades que não podem ser simplesmente sufocadas, em benefício de um padrão único, ditado pelos estratos dominantes. Qualquer projeto de pacificação nacional há de cuidar não só da equalização da renda, mas também da *representação, no campo institucional, dos grupos minoritários (política e sociologicamente falando)* e dos interesses e padrões de conduta não hegemônicos. Esse *esforço de inclusão* tem importante capítulo no plano da representação judicial, sobretudo no que diz respeito às lides coletivas, muitas vezes versando sobre políticas públicas. Assoma então o papel da Defensoria. Postulando a bem dos mais fracos, os defensores aproximam-se dos grupos cujos interesses restam assiduamente ignorados em outras instâncias decisórias, ganhando a instituição especial sensibilidade em relação a tais interesses. Dessa forma, a legitimidade da Defensoria para a condução de processos coletivos pode tomar a forma de um importante mecanismo de *contrapoder*, essencial à democracia pluralista”. (SOUSA, 2010, p. 327, destacamos).

Conforme pudemos destacar em outra sede, “É bem verdade que, não obstante o destacado papel dado pela Carta Magna à instituição, houve, no plano infraconstitucional, uma certa *letargia na regulamentação e criação das Defensorias Públicas*, sobretudo em alguns Estados brasileiros. Hoje, contudo, pode-se dizer que a instituição já dispõe de um considerável instrumental legislativo, o qual lhe atribui um série de mecanismos para que se desincumba de seu mister constitucional de garantir a defesa dos *necessitados*. É evidente a relevância sócio-política-jurídica de um órgão público destinado a proteger os hipossuficientes num país marcado pela desigualdade como é o Brasil. Não obstante todas as áreas de atuação da Defensoria Pública, cabe aqui destacar *seu papel na tutela dos interesses ou direitos coletivos ou transindividuais dos necessitados*”. (ZUFELATO, 2012, p. 324).

Em suma, é preciso rever o papel da Defensoria Pública no processo coletivo, sempre muito centrado no Ministério Público. A intervenção *ad coadjuvandum*, sem prejuízo da intervenção como *custos legis* do Ministério Público nas hipóteses em que não haja predomínio de questões relacionadas a hipossuficientes, é um mecanismo de estimular a participação da Defensoria nos processos coletivos.

Mas a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva dos hipossuficientes deve ser marcada por ações que suplantem o ajuizamento de ações coletivas ou intervenção *ad coadjuvandum*, muitas vezes indispensáveis, priorizando a atuação extrajudicial, no sentido de *educação e conscientização de direitos*, especialmente os de natureza coletiva, a fim de contribuir para o empoderamento dos grupos sociais vulneráveis e assim evitar o excessivo paternalismo estatal que marca a defesa dos interesses

transindividuais. Em suma, a Defensoria Pública deve se pautar pela transmissão de autonomia e consciência de direitos aos assistidos.⁴⁴

7. Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Alessandra de Souza. A Defensoria Pública na tutela de direitos metaindividuais. **Revista de Direito da Associação dos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 01, p. 67-79, jul./set. 2002.
- BRITTO, Adriana. A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 1-28.
- CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 192, fev. 2011.
- CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 101, v. 920, p. 239-259, jun. 2002.
- COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei n.º 5.139/2009. In: GOZZOLI, et al. (Coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 619-642.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.Recomendação NECDH nº 1 e nº 2. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5291>>. Acesso em: 09 mar. 2013.
- DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Situações jurídicas coletivas: o objeto das ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodium, 2009. p. 211-218.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FENSTERSEIFER, Tiago. O controle judicial das políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência jurídica integral e gratuita. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 198, p. 95-126, ago. 2011a.

⁴⁴ “Também a Defensoria Pública deve atuar com espírito solidário, não deixando que a sua legitimidade se degrade no âmbito estreito das disputas corporativas. Para tanto, a atuação da Defensoria no setor coletivo há de se abrir a parcerias. Entre os parceiros bem-vindos, mencionem-se primeiramente a sociedade civil e os movimentos populares, fontes não só de legitimidade substancial para as iniciativas da Defensoria – um grande risco na litigância coletiva é exatamente o do paternalismo, gerando ‘ações de gabinete’, nas quais o autor legitimado tenta adivinhar os anseios dos destinatários – mas também de conhecimento especializado acerca das matérias postas em juízo.” (SOUSA, 2010, p. 343). E também: “Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer, nas palavras do eminente processualista italiano [Mauro Cappelletti], a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda quando providos de independência funcional. As ações coletivas, como invocado por Vincenzo Vigoriti, representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à justiça.” (MENDES, 2012, p. 249).

- _____. 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. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 193, p. 53-100, mar. 2011b.
- _____. Defensoria Pública, acesso à Justiça e Justiça ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Hermann; FIQUEIREDO, Guilherme José Purvim de. **Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011c. p. 00-00.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, out./dez. 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, a. 4, n. 2, p. 143-165, jul./dez. 2011.
- MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 152 e ss, out. 2008.
- _____. **Ação civil pública**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo; BEGA, Carolina Brambila. A reiterada legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 00-00.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 243-266, jul. 2012.
- RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça coletiva: legitimidade ativa e pertinência temática. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, v. 167, p. 231-249, jan. 2009.
- REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 210, p. 13-41, ago. 2012.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: GEN, 2011. p. 1-32.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, jan./mar. 1985.
- SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 208, p. 125-148, jun. 2012.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova lei 11.448/07 os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade a Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de

(Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 189-258.

_____. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289-344.

_____. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses difusos: uma abordagem positiva. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, v. 175, p. 191-228, set. 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Gen, 2012.

TOZZI, Thiago Oliveira. Ação coletiva passiva: conceito características e classificação. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 205, p. 267-300, mar. 2012.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis**. Salvador: Juspodium, 2008.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89-142.

_____. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo: uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 203, p. 321-346, jan. 2012.

_____. **Análise da judicialização das políticas públicas em prol dos direitos da população em situação de rua e dependentes químicos a partir do caso Cracolândia**. No prelo.