

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INCONSTITUCIONALIDADE

RENATO FRANCO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Propõe-se um estudo sobre a constitucionalidade da lei que dá legitimidade para a Defensoria Pública propor ação civil pública. Analisa sua compatibilidade à luz dos preceitos constitucionais que organizaram a instituição, concluindo pela inconstitucionalidade da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade; representação judicial; proibição de retrocesso social.

RESUMEN: Se propone un estudio sobre la constitucionalidad de la Ley que da legitimidad a el Defensor del Pueblo proponer acción civil pública. Analiza su compatibilidad a luz de los preceptos constitucionales que organizan la Institución, concluyendo por la inconstitucionalidad de la Ley.

PALABRAS-LLHAVES: Constitucionalidad; representación judicial; prohibición de retroceso social.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O aspecto histórico. 3. Lei federal que confere legitimação *ad causam* ativa à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. Distinção entre substituição processual e representação processual como premissa inafastável a ser observada pela norma infraconstitucional. Dogma constitucional que se impõe. Princípio da supremacia da Constituição. 4. Lei federal. Ensejo ao afastamento das diretrizes constitucionalmente previstas à Defensoria Pública. Direito fundamental à garantia constitucional de proteção e defesa dos necessitados colocada em segundo plano. Proibição do retrocesso social. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em 15 de janeiro de 2007, veio a lume a Lei federal nº 11.448, a qual, modificando o inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), conferiu legitimidade ativa concorrente à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, objetivando a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conquanto se mostre, em princípio, uma razoável política pública de defesa jurídica dos necessitados – aqueles com insuficiência de recursos – tem o presente estudo por escopo demonstrar a incompatibilidade da referida Lei com a Constituição da República, notadamente quanto à argumentação segundo a qual a Defensoria Pública está incumbida, por expressa cláusula constitucional, de *representar judicialmente* os necessitados e não de atuar como substituta processual nas hipóteses de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*.

Antes, porém, insta evidenciar o pensamento segundo o qual os argumentos de política não podem sobrepor-se aos argumentos de princípio, como fundamento de uma decisão estatal, notadamente a decisão judicial. Isso porque, como anota Dworkin (2005, p. 31):

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.

Daí eventuais políticas públicas que objetivem a melhoria do bem-estar social sob alguma perspectiva determinada não poderão estabelecer mitigação ou *malferimento* a nenhum direito fundamental, na medida em que este se traduz em elemento de uma convicção política mais ampla absorvida e exposta no documento constitucional pela sociedade. Portanto, a vontade das ocasionais maiorias congressuais não poderá sobrepor-se àqueles padrões éticos estabelecidos em textos constitucionais como fundamento do sentimento social.

Nesse sentido, afirma Dworkin (2005, p. IX):

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.

Portanto, na medida em que os juízes são vinculados, quanto à fundamentação de suas decisões, à utilização de argumentos de princípio político, devem sobrepor os direitos fundamentais insculpidos nos textos constitucionais às políticas públicas que, conquanto melhore a vida social como um todo, malferem direitos que se traduzem no fundamento da existência dos membros da sociedade.

Assim: “Mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata.” (DWORKIN, 2005, p. X).

Dessa forma, as decisões políticas realizadas pelo departamento judicial do Estado deverão ter como fundamento os princípios e não as políticas públicas, à medida que estas violem aqueles, conquanto aumentem o bem-estar social.

O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumento de procedimento político. (DWORKIN, 2005, p. 6).

Entretanto, como ainda observa Dworkin, faz-se mister que, na concretização dessa concepção ampla de justiça, imponha-se a *coerência*.

Com efeito, o modelo construtivista adotado pelo jurista não ignora a existência de incoerências aparentes registradas em decisões judiciais. No entanto, exige que as decisões tomadas em nome da Justiça nunca extrapolem a capacidade de um tribunal explicá-las no contexto de uma teoria da justiça mais ampla. Na realidade, “[...] exige que atuemos com base em princípios, e não por fé” (DWORKIN, 2002, p. 252). Em outras palavras, esclarece Dworkin (2002, p. 253):

O modelo construtivo insiste na coerência com convicção como uma exigência independente, que não decorre do pressuposto de que essas convicções sejam relatos verdadeiros, mas do pressuposto diferente de que é injusto que os funcionários públicos atuem se não for com base numa teoria pública geral que os obrigue à coerência, que lhes forneça um padrão público para testar, discutir ou prever o que fazem, sem permitir que apelem a intuições singulares que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal. Assim, o modelo construtivo requer coerência por razões independentes de moralidade política.

Dessarte, a sustentação da teoria – ou de uma teoria mais ampla de justiça – impõe seja reconhecida também como uma teoria coerente, no sentido de que se evite a utilização de fé (irracionalidade) e se acolha a decisão por princípios (racionalidade), os quais devem refletir os padrões éticos da sociedade.

2. O aspecto histórico

Ab initio, mister ressaltar, por imprescindível, a importância histórica da instituição da Defensoria Pública no constitucionalismo nacional e sua origem nos ordenamentos internacionais.

O acesso facilitado à Justiça, como é sabido, tem sua origem na Antigüidade. O Código de *Hamurabi*, v.g., garantia a defesa dos mais fracos perante a opressão dos mais fortes (CARNEIRO, 1999, p. 4).

De efeito, essa preocupação com a proteção e a defesa jurídica dos necessitados deu origem, na modernidade, a dois sistemas referentes àquela assistência, que, embora não se excluam, são marcadamente distintos.

Nesse sentido, asseveram Cappelletti e Garth (1988, p. 35):

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado *sistema judicare*. Trata-se de um

sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe. (Grifo dos autores)

A outro giro, em outros países, como no Brasil, a assistência judiciária para a defesa dos direitos dos necessitados é patrocinada por advogados remunerados pelos cofres públicos (CAPPELLETTI; GARTH, p. 39 e ss).

Em razão das vantagens e desvantagens que cada sistema engendra, determinados países optaram pelo sistema misto, combinando as características próprias de cada um em prol de sua comunidade carente (CAPPELLETTI; GARTH, p. 43 *et seq.*).

No Brasil, o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos prevalece, alcançando a respectiva instituição *status* constitucional, a partir de 1988, com o advento da Constituição da República, que expressamente prevê, em seu artigo 134, os delineamentos da instituição, abordada como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, do mesmo Texto Constitucional.

Malgrado os problemas existentes com esse sistema (CAPPELLETTI; GARTH, p. 41 e ss), importa pôr a lume que a Defensoria Pública, no Brasil, constitui importante meio de acesso à Justiça, entendida esta tanto como um julgamento justo quanto como no sentido de facilidades de se dirigir ao Poder Judiciário.

Por derradeiro, impende frisar que a Defensoria Pública representa importante instrumento de cidadania, com o desiderato primeiro de pôr fim à opressão e à desigualdade sociais brasileiras, em defesa dos necessitados, ou seja, de todos os cidadãos comprovadamente hipossuficientes, comprovada a insuficiência de recursos econômicos próprios.

Vem a calhar, não obstante, a profunda advertência encetada por José Afonso da Silva (1994, p. 200-1), no sentido de que:

A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134). Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: *Cura pauperibus clausa est*. Ou as Defensorias Públicas

federais e estaduais serão mais uma instituição falha? *Cabe aos Defensores Públicos abrir os Tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também, se não cumprida convenientemente, será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram.* (Grifo nosso).

3. Lei federal que confere legitimação *ad causam* ativa à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública. Distinção entre substituição processual e representação processual como premissa inafastável a ser observada pela norma infraconstitucional. Dogma constitucional que se impõe. Princípio da supremacia da Constituição.

Como é cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil, norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a disposição de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício e limites de sua atuação, além de assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar seus fins socioeconômicos bem como os fundamentos da ordem econômica, social e cultural.

Nessa linha de raciocínio, as instituições, consubstanciadoras do Estado brasileiro, possuem suas diretrizes plasmadas no Texto Constitucional, cuja observância, por óbvio, não pode ser deslembada pelo legislador infraconstitucional em razão do princípio da *supremacia* da Constituição.

De efeito (CANOTILHO, 2002, p. 245-6):

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do estado de direito - uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* - supremacia da constituição - e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o "*primado do direito*" do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. (Grifos do autor).

Fixada, portanto, a premissa segundo a qual os princípios institucionais/organizativos (princípios constitucionais estabelecidos) insertos na Constituição, como de resto, todo seu corpo, devem ser observados pelas leis de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fim institucionais a *representação judicial* dos necessitados e não, como previsto na Lei federal sob comento, a *substituição processual*; institutos que, como veremos na seqüência, divergem tanto na sua estrutura, quanto nos seus efeitos.

Cabe não deslembrar, ainda, que, por toda relevância e gravidade da função que foi atribuída à Defensoria Pública, faz-se necessária a fiel observância dos ditames e limites constitucionais que a regem, a fim de se evitar o seu desvirtuamento funcional, o que representaria imensurável prejuízo para seus destinatários – a população necessitada.

Com efeito, impende reconhecer, com as clássicas lições de Chiovenda (2000, p. 327), segundo as quais a *representação judicial* ocorre dentro das seguintes circunstâncias:

Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar diretamente os atos ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial [...] Daí, outro dos pressupostos processuais é a capacidade de requerer em juízo (*ius postulandi*).

Ensinando sobre a natureza da relação entre a parte processual e seu defensor, Carnelutti (2000, p. 237-8) aponta, também em escólios clássicos: “O defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de poder (procuração); esse nome se refere em particular ao patrocínio ativo, e provém certamente da opinião de que o defensor ativo é um *representante*”. (Grifo nosso)

Divisa-se, assim, que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de interesse ou direito alheio.

Desse entendimento não se afasta a doutrina moderna, notadamente a pátria que, à luz dos ensinamentos de um dos maiores doutrinadores contemporâneos, prescreve quanto à representação processual (NERY JUNIOR; NERY, 1997, p. 278-9): “[...] é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não é parte no processo”.

Sob outra perspectiva radica a *substituição processual*, que, ainda em ensinamentos clássicos, pode ser conceituada da seguinte forma (CARNELUTTI, p. 222): “Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio.”

E ainda, nas precisas palavras de Calamandrei, a substituição processual deve ser descrita em contraposição à representação processual, pois assim se revelará, com maior facilidade, a distinção entre ambas (CALAMANDREI, 1999, p. 295).

Com efeito (CALAMANDREI, p. 295):

Estudada por Chiovenda quando ainda o antigo – Art. 81 – código não a disciplinava expressamente, a substituição processual

(também esta denominação é de origem chiovendiano), está agora admitida indiretamente pelo art. 81 do C. p. c., segundo o qual 'fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio'. Este artigo, como proíbe normalmente a substituição, assim também a permite excepcionalmente nos só casos 'expressamente previstos pela lei': é, então, um instituto excepcional, cuja característica, colocada de manifesto nesta fórmula legislativa, está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido ('direito *alheio*'), que seria o *substituído* e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo 'em nome *próprio*', que seria o *substituto*.

E, com precisão cirúrgica, assevera ainda o ilustre doutrinador italiano (CALAMANDREI, p. 295):

Basta ter presente esta contraposição para – Representação e substituição – captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio* (é dizer, um direito do representado a nome do representado), o substituto faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos sob exame reside na coincidência ou não das pessoas do titular do direito material e do titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*; em não havendo, *substituição*.

Destarte, impõe-se considerar, quanto à questão constitucional que se quer expor neste estudo, as seguintes proposições: a) se os legitimados à propositura da ação civil pública estão na qualidade de substitutos processuais ou meros representantes processuais; b) se a Defensoria Pública pode litigar na qualidade de substituta processual.

No que concerne à primeira, forçoso reconhecer que os referidos legitimados (art. 5º, Lei federal n.º 7.347/85) litigam, em sua maioria, na qualidade de substitutos processuais (legitimação extraordinária) e não de representantes processuais.

Isso porquanto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 244), após descortinar as correntes doutrinárias sobre o assunto, informa que tem-se entendido, majoritariamente, que os legitimados à Ação Civil Pública agem em substituição processual, referindo-se especificamente a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (2000) sobre o tema, cuja ementa se transcreve:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4.º, da Lei 8.429/92).

Impõe-se, pois, a premissa segundo a qual alguns legitimados para a propositura da ação civil pública se colocam no processo como substitutos processuais.

Tal assertiva se mostra verdadeira quanto à legitimação conferida pela Lei Federal n.º 11.448/2007 à Defensoria Pública.

Entretanto, põe-se a questão: pode, à luz das diretrizes constitucionais de regência, a Defensoria atuar na qualidade de substituta processual?

Realizando-se uma interpretação exclusivamente literal do artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 (alterada pela Lei n.º 11.448/2007), poder-se-ia entender pela plenitude de legitimação da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública, tendo em vista que a referida lei, em si, não traz nenhum limite ou condicionante para essa propositura.

Não obstante, a resposta negativa se impõe à questão. Isso porque é necessário asseverar que os delineamentos constitucionais quanto à Defensoria Pública a impedem de litigar na qualidade de legitimada extraordinariamente, residindo suas atribuições na *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados.

Daí se infere a inconstitucionalidade da Lei federal n.º 11.448/2007, tendo em vista que confere a qualidade de substituta processual à instituição que, por determinação constitucional, somente poderá figurar em processos judiciais como representante processual da parte necessitada, comprovada a insuficiência de recursos.

É o que vem decidindo nossa Suprema Corte, segundo a qual as atribuições da Defensoria Pública confinam-se nos estreitos limites da *representação judicial*.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 558-8/RJ, já sedimentou o pensamento segundo o qual a Defensoria Pública atua, no processo, como *representante processual* dos necessitados. É o que se extrai do voto do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence (STF, 1991):

27. Essa suposição [...] parte, *data venia* da confusão indevida entre a *legitimação ativa do Ministério Público para a promoção, em nome próprio e incondicionada, da ação civil pública* (CF, art. 129, III), a função de assistência judiciária, *confiada à Defensoria Pública para a representação em juízo* de outras pessoas físicas ou jurídicas concorrentemente legitimadas pela lei federal à defesa de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, § 1º). (Grifos nossos).

Na linha do raciocínio exposto, impossível se mostra figurar a Defensoria Pública na qualidade de *substituto processual*, uma vez que, à luz dos direcionamentos institucionais e da jurisprudência da nossa Corte Suprema, cabe àquela Instituição tão-somente a *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Tal pensamento se justifica exatamente pelos termos constitucionais utilizados para a Defensoria Pública e, de outro lado, para o Ministério Público. Neste, vislumbra-se a afetação, dentre outras atribuições, da defesa dos interesses ou direitos meta e transindividuais (art. 129, CF/88) (ALMEIDA, 2004). Quanto àquela, o confinamento na representação judicial dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV, CF/88).

Na hipótese corrente, forçoso asseverar que somente a Constituição – no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro e na sua preponderância no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) – poderia conferir, em tese, atribuições à Defensoria Pública cujo caráter processual redundaria na *substituição processual* (legitimação extraordinária), no que toca à defesa de direitos ou interesses meta e/ou transindividuais.

À lei infraconstitucional não concedeu a Constituição espaço – como o fez para o Ministério Público (art. 129, IX, CF/88) – para conferir outras atribuições à Defensoria Pública, senão a representação judicial (processual) dos comprovadamente necessitados.

Frise-se, ademais, que ao Ministério Público está vedada a *representação processual* (CF/88, art. 129, IX, *fine*), o que demonstra, às escâncaras, a intenção constituinte no moldar tal arquitetura constitucional.

Sob este aspecto, portanto, a Lei federal n.º 11.448/2007 padece do vício incontornável de inconstitucionalidade, pois confere qualidade processual (*substituto processual*) à Defensoria Pública ao arripio das diretrizes constitucionais de regência.

4. Lei federal. Ensejo ao afastamento das diretrizes constitucionalmente previstas à Defensoria Pública. Direito fundamental à garantia constitucional de proteção e defesa dos necessitados colocada em segundo plano. Proibição do retrocesso social.

Não só sob este prisma a atitude perpetrada pelo legislador federal vai de encontro à arquitetura da Constituição. De efeito, impende frisar algumas premissas que, sem

as quais, impossível demonstrar uma nova perspectiva da inconstitucionalidade da referida lei.

No sistema liberal-burguês, inaugurado oficialmente pela Revolução Francesa de 1789, como é cediço, o aspecto processual da garantia dos direitos se restringia ao titular do direito subjetivo material, é dizer, somente o titular do direito subjetivo violado teria legitimação para a causa, quando de sua propositura perante o órgão competente (legitimação ordinária).

Com efeito, essa onda ideológica, como não poderia deixar de ser, afetou o Direito pátrio, notadamente o Direito Processual, que ainda está demasiadamente contaminado pelos postulados liberais, criados por ocasião daquela Revolução de fins do século XVIII.

Naquela época, primou-se por dar ênfase ao indivíduo enquanto indivíduo, na onda da corrente liberal-burguesa onde se pregava a absoluta liberdade de iniciativa do cidadão.

Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A '*atomização*' da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estágio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos caos que nos apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí [...] Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais '*autónomos*' nas suas práticas e nas suas representações ideológicas. (MIAILLE, 1994, p. 117).

Por consequência, sob o aspecto processual, tão-só o titular do interesse conflituoso – de outro lado o titular do dever – poderia propor a demanda – e ser demandado – cabível no caso concreto para a salvaguarda dos seus interesses ali em conflituosidade.

Tal ideologia chegou ao nosso ordenamento jurídico, hodiernamente, pelo artigo 6º do Estatuto Processual Civil, o qual estabelece a legitimação *ordinária* para a propositura de demandas.

Não obstante a recepção do dispositivo legal mencionado pelo Texto Constitucional, impende frisar que a Constituição da República, a par de autorizar o litígio intersubjetivo, conferiu poderes a determinadas instituições, públicas ou privadas, para a proteção e defesa, em nome próprio, de interesses que escapam ao atomismo liberal-burguês.

Assim, o legislador infraconstitucional, antes mesmo do advento do atual Texto Constitucional, inseriu no ordenamento jurídico instrumento de caráter jurídico-processual para a salvaguarda de interesses grupais, materializada na Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Importa ressaltar que tal instrumento jurídico ganhou magnitude constitucional, a partir de 1988 (CF/88, art. 129, II e § 1º).

Com efeito, na dicção de autorizada doutrina, a ação civil pública vem a ser “[...] o direito expresso em lei de fazer autuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional”. (MILARÉ, 1990, p. 6).

Divisa-se, de pronto, que, pela ação civil pública, defendem-se interesses e direitos que não radicam tão-somente na esfera jurídica do indivíduo atomizado. Antes, protegem-se através desse instrumento jurídico-processual interesses meta-individuais e transindividuais (ALMEIDA, 2004). Quanto a estes, tal se deu em razão da redação conferida à Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei federal n.º 8.078/90), que inseriu naquela os *interesses ou direitos individuais homogêneos* (transindividuais).

Percebe-se daí que, por meio da ação civil pública, estão conferidas aos respectivos legitimados a proteção e a defesa dos interesses e direitos meta-individuais (difusos e coletivos) e transindividuais (individuais homogêneos), os quais ganharam contornos conceituais no Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Vislumbra-se que, quanto aos interesses ou direitos difusos, prepondera para sua caracterização a indeterminabilidade do titular do direito ou interesse violado e a indivisibilidade de seu objeto; em relação aos coletivos *stricto sensu*, avulta o interesse do grupo ou categoria, assim como, da mesma forma que os difusos, a indivisibilidade de seu objeto.

Por último, impende ressaltar que o tipo contido nos interesses *individuais homogêneos*, em verdade, não se configura em nova forma de interesse coletivo sob o aspecto material, senão de nova forma *processual* de se defender interesses individuais disponíveis, cujos titulares são perfeitamente determinados. Pode-se afirmar, destarte, que, na defesa dos interesses individuais homogêneos, o que há é uma demanda *coletiva* (e não intersubjetiva plúrima – litisconsórcio) para defesa de direitos individuais.

Os interesses e direitos individuais homogêneos são os que tenham tido origem comum. São direitos que, embora refram-se a pessoas consideradas individualmente, são tratados coletivamente por terem a mesma causa, e envolveram mais de uma pessoa. (GONÇALVES, 1993, p. 57).

Nada impede, antes fomenta, que a defesa em juízo se dê de *forma* coletiva, sendo, todavia, os direitos, ali defendidos, ainda de caráter materialmente individual.

É o que afirma o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p. 120-1):

O processo civil, sob essa óptica, aparece como um instrumento a serviço dos direitos subjetivos, conquanto estes possam ser exercidos individualmente (ações individuais) ou coletivamente (ações coletivas, *stricto sensu*); neste último caso, o conteúdo e a finalidade da ação continuam a ser privados (é o interesse dos indivíduos reunidos em grupo que está em jogo); apenas o exercício, a forma, é que é coletiva.

Firmado o entendimento segundo o qual, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública se tornou instrumento de proteção e defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, além dos já previstos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, devemos questionar como serão, a partir da vigência da lei sob estudo, protegidos os direitos individuais dos necessitados que se traduzem em direito fundamental? (CF/88, art. 5º, LXXIV).

De início, poderemos afirmar caber ao Ministério Público essa defesa, assim como, concorrentemente, aos demais legitimados, na redação original da Lei n.º 7.347/85.

Não obstante, no que toca à Defensoria Pública, impõe-se uma ressalva.

De efeito, à luz da realidade institucional da Defensoria Pública em todo o país, é notório que a ampliação de suas atribuições operada pela Lei sob comento tem o condão de, obliquamente, mitigar a concretização de direito fundamental estampado no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, em flagrante violação ao princípio da *proibição do retrocesso*.

Isso porquanto, consoante nos ensina Canotilho (2002, p. 336):

O princípio da democracia económica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática [...] No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discrecionabilidade legislativa* quanto ao 'se' da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização. (Grifos do autor).

E acrescenta (CANOTILHO, 2002, p. 336-7):

O princípio da democracia, económica e social aponta para a *proibição de retrocesso social*. [...]

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [...] O reconhecimento desta proteção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. [...] (Grifo do autor).

Destarte, impõe-se reconhecer que a atuação legislativa conformadora deve se restringir à maior concretização dos direitos sociais *lato sensu* e não operar um retrocesso social em relação à legislação infraconstitucional em vigor.

Nessa linha de raciocínio, podemos afirmar que a Lei n.º 11.448/2007 se traduz em claro retrocesso social, no sentido que demonstraremos a seguir.

Mostra-se patente, a nosso aviso, que, por expressa determinação constitucional, a Defensoria Pública tem por objetivo *representar* em juízo os necessitados, aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, ensejando essa proteção um direito fundamental (CF, art. 134 c/c art. 5º, LXXIV).

Assim, ao conferir atribuições à instituição para demandar em defesa de interesses ou direitos coletivos *lato sensu*, a lei sob exame realiza um retrocesso social, na medida em que a Defensoria Pública deixará, em parte, de prover, na realidade material, tal proteção.

Ninguém desconhece a realidade pela qual passam as Defensorias Públicas em todo o país, quanto à carência de membros, de materiais para trabalho, além da exígua remuneração. Realidade essa que não fugiu da apreciação da nossa Suprema Corte (1997).

Nessa perspectiva, portanto, divisa-se incontestável que os destinatários da proteção e defesa jurídicas ofertadas pela instituição perderão, em qualidade e quantidade, em relação aos serviços prestados, uma vez que não há condições materiais – frise-se: nem jurídicas – de a Defensoria Pública absorver mais essa atribuição, além das suas constitucionais.

Daí afirmar Canotilho (2002, p. 337), de forma escurreita, que:

O princípio da *proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios,

se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Nessa medida, observada a diminuição da eficiência da instituição na proteção e defesa dos necessitados através da representação judicial, impende reconhecer que, no particular, a Lei n.º 11.448/2007 enseja um retrocesso social, na medida em que diminui o nível de concretização já alcançado legislativamente do direito fundamental referente à proteção e defesa dos necessitados, por sinal, cláusula constitucional pétrea. (CF/88, art. 60, § 4º, IV).

De efeito, quaisquer outras atitudes interpretativas que possam ser conferidas à Lei n.º 11.448/2007 ensejarão sua inconstitucionalidade, tendo em vista que poderão direcionar a Defensoria Pública para a defesa de direitos cujos titulares não são constitucionalmente qualificados de *necessitados*.

Destarte, a possibilidade de atuação da Defensoria Pública pressupõe, por força normativa da Constituição da República de 1988, a existência de dois requisitos básicos: a) possibilidade de representação processual; b) ser direcionada aos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos.

Ademais, em oportunidade recente, nossa Suprema Corte consagrou esse entendimento. É o que se infere da ementa produzida na ADI n.º 3.022-1/RS, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (STF, 2005):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134) , o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.

2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “*bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais*”, contida na alínea a do Anexo II da Lei

Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.

3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

4. Ação julgada parcialmente procedente. (Grifo nosso)

Impende, por oportuna, a transcrição do voto do eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, o qual, além de convergir com as teses aqui expostas, coloca *uma pá de cal no assunto, verbis* (STF, 2005):

Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estendendo seu raciocínio, o Ministro Relator expõe, com agudeza, o problema colocado (STF, 2005):

Talvez a questão se resolvesse sob o prisma da regra de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, de regras da Constituição Federal. Por esse enfoque, o texto da Constituição estadual foge, por excesso, ao padrão definido na Constituição Federal de 1988.

A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele – o Constituinte estadual – extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988. É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.

A defesa de servidores pela Defensoria Pública gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constitui o de 1988. Por via transversa, a não-reprodu o exata do sistema institucional previsto na Carta Magna importa

o risco objetivo de não-concretização adequada (conforme os parâmetros da CF/1988) do direito fundamental à assistência jurídica.

Como é possível perceber do aresto proferido pela nossa Suprema Corte, a lei *sub examen* malfere o Texto Constitucional, na medida em que extrapola os condicionamentos estruturais da Defensoria Pública ofertados pela Constituição, a qual restringe as atribuições daquela instituição à representação processual dos necessitados, comprovada a insuficiência de recursos, assim como se traduz em um retrocesso social, proibido constitucionalmente.

Nunca é demais lembrar as palavras de Luís Roberto Barroso (1998, p. 54), segundo as quais:

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.

Conferir legitimidade constitucional à lei em estudo representa ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, representa séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não podemos olvidar, portanto, a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) esta se sujeitar ao poder dos fatos ou a eventuais políticas públicas engendradas por ocasionais maiorias congressuais. Nem mesmo um eventual estado de necessidade suprapositivo, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. Aliás, como imporíamos limites a esse estado de necessidade? Impossível renunciar a vontade da Constituição. A preservação e o fortalecimento do poder normativo constitucional são uma medida fundamental que se impõe ao intérprete. Essas as lições de Konrad Hesse (1991, p. 32):

As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos. (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta

apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

5. Conclusão

Em compêndio, mostra-se imperioso asseverar que a Lei n.º 11.448/2007 não é adequada constitucionalmente, tendo em vista que subverte a estrutura organizacional conferida à Defensoria, Pública plasmada na Constituição de outubro e malfere a proibição do retrocesso social.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Renato Franco de. A competência nas ações coletivas do CDC. *Revista CEJ: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 25, p. 97-103, jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n.º 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 558-8/RJ. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 16 ago 91. DJ 26.03.93.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 70.514/RS. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 23 mar 1994. DJ 27.06.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 208.790/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Pleno. DJ 15.12.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.022-1/RS. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 02 ago 2004. DJ 04.03.2005.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. 5. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

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

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. O ministério público e a defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, p. 57-74, jul./set. 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e Legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIAILLE, Michel, *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado: legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1994.