

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA: DESVIO DE FUNÇÃO OU INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Ombudsman of legitimate public:
diversion of civil jurisdiction or invasion of Public Prosecution*

por Elaine Coelho Chavante¹

Resumo: este artigo tem por objetivo abordar a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura de ação civil pública. O tema explorado é objeto de divergência entre operadores do Direito, pois, para alguns, há nessa atuação invasão à competência do Ministério Público, legitimado expressamente previsto na Constituição Federal. Até o ano de 2007, a Defensoria não tinha respaldo legal para propor as ações civis públicas, após a edição da Lei Ordinária nº 11.448, foi estabelecido que a instituição, que já defendia gratuitamente direitos individuais daqueles que não tinham condição de arcar com as custas judiciais sem se privarem de seu próprio sustento, também pode defender direitos coletivos. A referida inclusão torna efetiva a proteção e a eficácia do acesso à justiça, aumentando a possibilidade de garantir cidadania aos brasileiros, principalmente as pessoas carentes e os grupos excluídos. Portanto, não configura uma ameaça à atuação do Ministério Público, mas sim um maior respaldo para levar ao Judiciário demandas de largo alcance, uma vez que as ações coletivas, em regra, tutelam interesses de número indeterminado de pessoas.

Palavras-chave: Defensoria Pública; legitimidade; Ministério Público; ações coletivas; Constituição Federal da República.

Abstract: *this article aims to address the inclusion of the Public Defender in the list of legitimized the filing of civil action. The theme explored is the subject of disagreement among operators of law because, for some, there are actions that invasion competence of prosecutors, legitimized expressly provided for in the Federal Constitution. By the year 2007, the Ombudsman had no legal backing for proposed class actions, after the issue of Ordinary Law No. 11,448, it was established that the institution, which has advocated free individual rights of those who had no condition to bear the costs court without depriving their own livelihood, can also defend collective rights. Such inclusions becomes effective protection and effective access to justice, raising the possibility of guaranteeing citizenship to Brazilians, mostly poor people and excluded groups. So, does not constitute a threat to the performance of the prosecution, but a greater support to bring the judiciary demands far-reaching, since the collective actions generally oversee interests undetermined number of people.*

Keywords: *Public Defender; legitimacy; prosecutors; collective actions; Constitution of Federal Republic.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância da ação civil pública. 3. Breves comentários sobre o Ministério Público. 4. Breves comentários sobre a Defensoria Pública. 5. Polêmicas acerca da legitimidade ativa. Considerações finais. Referências bibliográficas.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Promove de Brasília.

1. Introdução

A Lei nº 11.448 de 2007 positivou a inclusão da Defensoria Pública como legitimada a propor a Ação Civil Pública. Apesar de haver a expressa previsão legal, ainda há muitas contestações em relação ao tema, pois para parte dos operadores do Direito houve desvio de finalidade e invasão à competência do Ministério Público. Diante da polêmica, ainda há muitas divergências.

A Constituição Federal da República tratou a Defensoria Pública em capítulo destinado às “Funções essenciais à Justiça”, com isso verifica-se a fundamental importância daquela instituição no Estado Democrático de Direito, não só na defesa dos hipossuficientes individuais, mas também em sua atuação na defesa coletiva dos hipossuficientes.

A Ação Civil Pública visa tutelar direitos transindividuais, abarcando a coletividade de forma ampla e, em alguns casos, de forma restrita a determinados grupos. Conferir competência à Defensoria Pública para propor a Ação Civil Pública traduz eficácia à garantia de acesso à justiça, uma vez que amplia os limites de sua atuação, extrapolando a esfera individual e alcançando a coletiva.

Este artigo visa demonstrar que a inserção da Defensoria Pública como legitimada não configura desvio de função, mas sim uma ratificação a sua condição de função essencial à justiça.

2. A importância da ação civil pública

Ações civis públicas são espécies de ação coletiva que tutelam a proteção jurisdicional atribuída aos interesses transindividuais.

Os interesses difusos são interesses ou direitos de natureza indivisível, dos quais os titulares são pessoas indeterminadas, entre as quais inexistente vínculo jurídico, e ligadas por uma situação de fato. Nem todos os interesses difusos refletem-se na coletividade.

Já os interesses coletivos são indivisíveis e referem-se a grupos, classes ou categorias de pessoas, determinadas ou determináveis, que se unem por uma relação jurídica. A solução do conflito deverá ser aplicada de maneira igual para todo o grupo prejudicado.

Por fim, há os interesses individuais homogêneos que são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de origem comum, mas não possuem vínculo jurídico.

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupos, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais ainda que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lida, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado (Hugo Nigro, 2011, p. 50-51).

Essas ações são de extrema relevância para o ordenamento jurídico, bem como, para a sociedade como um todo, pelo fato de terem um campo de atuação muito amplo, extrapolam a esfera individual e tomam grandes proporções, servindo de instrumento ao fortalecimento da justiça e da ordem social.

Tais ações configuram verdadeiro avanço na tutela processual. A possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário analisarem a pretensão da coletividade ou de grupos de pessoas, reunidos com um mesmo objetivo, qual seja, acesso à tutela jurisdicional do Estado, trouxe não só a economia processual, mas também a segurança jurídica e a efetividade da justiça.

As ações civis públicas traduzem o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o amparo processual, culminando na inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário.

3. Breves considerações sobre o Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 contemplou a atuação do Ministério Público com função essencial à Justiça.

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público divide-se em Ministério Público Estadual e Ministério Público da União, cujos ramos são: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A Lei Maior dispõe, ainda, sobre os princípios institucionais do Órgão, que são: independência funcional, unidade, indivisibilidade e, para alguns autores, como Pedro Lenza (2008), a responsabilidade. Pode-se, também, incluir o Princípio do Promotor natural, o qual não admite a subtração de competência de um membro do Ministério Público para indicação de outro membro de forma unilateral, pelo Procurador Geral e fora dos limites legais, bem como a garantia de julgamento por órgão independente e pré-constituído.

À instituição Ministério Público é garantida autonomia funcional, ou seja, os membros do Ministério Público não devem submissão a nenhum Poder, órgão ou autoridade, tendo por limites de sua atuação a Constituição, a lei e a sua própria consciência. Assegurada, também, a autonomia administrativa e financeira.

Em relação aos membros do Ministério Público, são-lhe asseguradas as garantias de vitaliciedade, garantindo-se que, após a aprovação em concurso público de provas e títulos e o transcurso de dois anos de efetivo exercício do cargo, o membro do Ministério Público só poderá perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado.

Há ainda a garantia da inamovibilidade, que protege os membros de serem transferidos, unilateralmente, sem a sua autorização ou solicitação, exceto em caso de interesse público, mediante a decisão do órgão colegiado competente, pela maioria absoluta de seus membros, assegurada a ampla defesa para o caso de remoção do cargo ou função.

Por fim, há a garantia da irredutibilidade de subsídios, que dispõe sobre a proibição de reduzir o subsídio dos membros do Ministério Público, exceto quando houver a diminuição para adequar-se ao teto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil ampliou a atuação do Ministério Público na proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos, conferindo-lhe cada vez mais destaque na organização do Estado.

4. Breves considerações sobre a Defensoria Pública

Criada como instrumento para efetivar o acesso à justiça, a Defensoria Pública, também, foi destacada pela Constituição como função essencial à Justiça.

Com muita propriedade Antônio Carlos Fonte Cintra expôs em seu artigo aspectos relevantes sobre a Instituição:

Em verdade, a Defensoria Pública é concebida, pela Constituição Federal de 1988 (art. 134), como ente estatal essencial para garantir o reequilíbrio de forças dentro de um país socialmente desigual. Na conjuntura de um Estado liberal, o poder do dinheiro supera o equilíbrio de forças idealizado por Montesquieu, maquiando o ideal democrático e pervertendo as próprias garantias de justiça, é imperioso que um novo sistema de freios e contrapesos, por meio de um Estado interventor, garanta a isonomia processual e o resguardo preventivo e repressivo de interesses juridicamente tutelados. O caminho para isso é a fortificação de entes públicos destinados à defesa dos menos favorecidos, em especial nas relações de consumo, onde o ímpeto do poder econômico se mostra com mais força. Nessa missão, surge a instituição da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública foi criada como órgão regulamentador da assistência jurídica integral e gratuita que o Estado deve prestar aos que comprovarem insuficiência de recursos para obterem a tutela jurisdicional.

À instituição referida cabe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, aqueles que não podem pagar as custas de um processo judicial sem que haja interferência em seu sustento ou de sua família.

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e Defensoria Pública. A União disporá sobre normais gerais e aos Estados e Distrito Federal sobre normas específicas, sendo que a este último limitadas à organização administrativa.

A Defensoria Pública refere-se ao âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, não se fala em Defensoria Pública municipal, por falta de previsão legal.

A Carta Magna garantiu ao órgão a autonomia funcional e administrativa, bem como a competência para elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

5. Polêmicas acerca da legitimidade ativa

Ações civis públicas servem de aparato judiciário para tutelar e defender determinados interesses sociais. Podem ser propostas por vários legitimados, entre os quais estão a Defensoria Pública e o Ministério Público.

De acordo com a Constituição Federal da República, o Ministério Público não terá legitimidade exclusiva para promover a Ação Civil Pública em defesa dos interesses transindividuais, como se verifica no artigo 129, inciso III da Carta Magna:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Não há previsão constitucional expressa sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública, que a exercia amparada no artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor, que lhe garantia a propositura por sua qualidade de órgão público destinado a exercitar a defesa dos necessitados. Posteriormente, a Lei nº 11.448/2007 afirmou expressamente essa competência.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

(...)

A atribuição dada pela lei infraconstitucional à Defensoria Pública para propor ação civil pública tem sido questionada, pois entendem alguns que, diante da possibilidade de defender grupos indeterminados de pessoas, acabará defendendo pessoas necessitadas e não necessitadas que não estão no grupo de pessoas previsto na Constituição Federal para sua atuação, qual seja, a defesa e orientação jurídica, em todos os graus, dos necessitados.

Diante da polêmica, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ingressou com Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3943), impugnando a legitimidade conferida à Defensoria Pública pela Lei 7.347/85. Em sua ação, um dos fundamentos da Associação alegava que a legitimidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, a ação civil pública viola diretamente as atribuições do Ministério Público e viola, também, a Constituição Federal no que diz respeito à função da Defensoria Pública, que é prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes. Para a CONAMP, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, portanto, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais.

Quanto aos argumentos, verifica-se que a Constituição da República não atribuiu a competência ao Ministério Público, de propor ação civil pública, de forma privativa, ficando a possibilidade de outros entes serem legitimados, desde que haja previsão legal e fundamento válido para tanto. E no que tange a desvio de função constitucional da Defensoria Pública, não há qualquer vício de inconstitucionalidade, em razão da tutela do processo coletivo e da indisponibilidade de seu objeto. Nesse sentido, posiciona-se Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 319-320):

Assim sendo, não cremos seja acertado o entendimento restritivo a propósito das atribuições da Defensoria Pública, porque negaríamos os próprios fundamentos do processo coletivo se pudesse ela defender um único necessitado, ou até todos eles, desde que o fizesse um a um, mas não os pudesse defender a todos, de uma só vez, num único processo coletivo. Todas as razões que levaram a Constituição e as leis a instituir o processo coletivo (possibilitar economia processual com a substituição processual do grupo lesado, evitar decisões contraditórias, assegurar efetivo acesso à Justiça et.) - todas elas estariam frustradas se por absurdo lhe negássemos a possibilidade de atuar na defesa global de todo o grupo necessitado, obrigando-a à defesa de cada integrante do grupo individualmente considerado. Não nos impressiona o argumento de que, assim, a Defensoria Pública estaria a invadir atribuições do Ministério Público, seja porque as atribuições do *parquet* na promoção da ação civil pública não lhe são exclusivas, seja porque, embora tenha ele atribuições inconfundíveis com as da Defensoria Pública, existem áreas de superposição entre ambos, como também existem entre o Ministério Público e Procuradoria do Estado, sem que com isso cada qual perca sua identidade.

Considerações finais

Pode-se concluir que a positivação da Defensoria Pública no rol de legitimados a propor a Ação Civil Pública veio ratificar o que já estava consagrado como sendo sua missão constitucional.

A Defensoria Pública pode, sim, propor ações civis públicas, ainda que essa atuação beneficie pessoa que não se encontre na mesma condição de deficiência econômica, até porque não haveria como separar os integrantes desse grupo atingido.

A jurisprudência já se posicionou no sentido de que não há necessidade de que todos os membros do grupo estejam na condição de hipossuficiente, bastando que apenas parte do grupo preencha o requisito.

E, por fim, cabe salientar que a participação da Defensoria Pública não configura uma ameaça ou usurpação das funções do Ministério Público, pois não lhe foi conferida competência privativa para a promoção da Ação Civil Pública. A atuação da Defensoria Pública é apta a suprir a lacuna estatal e efetivar o acesso à tutela jurisdicional.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília Senado Federal, 2010.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Lei que disciplina a ação civil pública*.

_____. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. *Lei que inclui a Defensoria Pública no rol de legitimados*.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *A legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. Usurpação de função própria do Ministério Público?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2422, 17 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14345>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: comentado pelos autores do anteprojeto/ Ada Pellegrini Grinover [et al]. 10. ed. Revista, atualizada e reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Artigo submetido à **Virtù: Direito e Humanismo**, recebido em 24 de setembro de 2012. Aprovado em 27 de dezembro de 2012. As opiniões e conclusões são de responsabilidade da autora.