

TESE 06

Proponente:

Área: Cíve

II Encontro Estadual - 2008

SÚMULA

Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de analisar a pertinência subjetiva, com especial enfoque na legitimidade da Defensoria Pública, no que tange à tutela coletiva em juízo, sustentando o cabimento de litisconsórcio facultativo entre as Defensorias da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos. Inicialmente, contudo, merece registro a evolução da tutela ambiental no Brasil e no mundo.

Tradicionalmente, conforme demonstra o direito romano, o direito positivo sempre foi observado com base nos conflitos de direito individual. Essa tradição de privilegiar o direito individual foi acentuada no século XIX, por conta da Revolução Francesa. Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a detectar que os grandes temas adaptavam-se à necessidade da coletividade, não apenas em um contexto individualizado, mas também corporativo, coletivo.

O marco inicial das transformações deste período foi exposto na obra de Mauro Cappelletti[1], trazendo à baila o abismo existente entre o público e o privado, sendo inconcebível a solução dos litígios apegados à velha concepção de que cada indivíduo poderia ser proprietário de um bem. Ou, por outro lado, se o bem não fosse passível de apropriação, que ele seria gerido por uma pessoa jurídica de direito público interno, assim como ocorrem com a água, o ar atmosférico, a saúde, o meio ambiente, etc. Neste contexto, a defesa de valores gerais da coletividade, ou seja, interesse público primário, não poderia ficar a cargo da própria gestora deles, ante não raras vezes, o seu interesse, na qualidade de administradora destes bens – interesse público secundário -, não coincidir com o primeiro.

Nascia aí o direito metaindividual, ou transindividual, para representar uma categoria intermediária de interesses, os quais se encontram entre o interesse particular e o interesse público. Transindividuais porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum, seja relação jurídica entre si ou com a parte contrária, seja mera circunstância ou situação fática. Os interesses transindividuais constituem gênero dos quais os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies.

Sendo a diferença existente muito tênue entre tais institutos, somente se verifica a existência de um ou outro, na análise do caso concreto. Importante frisar a colação posta por Nelson Nery Junior, o qual, com visão própria, esclarece que:

"um direito caracteriza-se como difuso (...) de acordo com o tipo de tutela jurisdicional e a pretensão levada a juízo"[2], aduzindo que "a pedra de toque do método classificatório para classificar um direito como difuso, coletivo ou individual é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, sendo certo, para o autor, que, da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais."[3]

Sendo, pois, um campo "sui generis" que se encontra entre o público e o privado, surgem longos debates entre os processualistas acerca da legitimação para atuação em juízo, para defesa de direitos supra-individuais. Descabido analisar esse fenômeno à luz do ortodoxo sistema processual civil, que trata, em seu art. 6º, da legitimação ordinária e extraordinária, resolvendo a questão na seara dos conflitos privados. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, assim se posicionam:

"A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômeno envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo."[4]

Nesta esteira, Rizzatto Nunes assevera:

"A legitimidade das entidades no caso das ações coletivas para a proteção dos direitos difusos e coletivos é autônoma: não se trata de substituição processual. Ela é típica do instituto da ação coletiva, pertencendo, por isso, autonomamente a cada uma das entidades, que respondem por si mesmas na ação."[5]

Na nuance da Constituição Cidadã de 1988, a Defensoria Pública assume papel essencial no Estado Democrático de Direito, consubstanciado no seu art. 1º. O Estado Democrático de Direito, segundo Jorge Miranda:

"é conceituado como corpo estatal em que a organização e o exercício do poder político estão sujeitos a uma limitação material, através da norma jurídica, equivalente à divisão e organização dos Poderes do Estado e enumeração e asseguramento dos direitos fundamentais. Portanto, não há verificação de mera sujeição do Estado ao Direito, ou, de outra maneira, atuação estatal vinculada a procedimentos jurídicos; mas, em sentido oposto, a ação estadual se realiza segundo procedimentos jurídicos diferenciados por grupos de órgãos independentes e harmônicos que exercem, com predominância, uma função do Estado, conforme o princípio da divisão do poder."[6]

Destarte, não se concebe um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem uma Defensoria Pública forte e atuante, desvencilhada daquela velha noção de assistencialismo, assumindo, assim, a posição que lhe é inerente, qual seja, a de defensora do povo, na acepção mais ampla da palavra, atuando não só em caráter singular, resolvendo litígio tipicamente privados, mas, também, atuando de forma coletiva.

Ressaltamos, ainda, a legitimidade outorgada pela Constituição Federal à Defensoria Pública para a tutela de quaisquer interesses difusos e coletivos, tanto em caráter punitivo, como preventivo, haja vista o disposto em seu 134 da CF c/c art. 5, II, da Lei 7.347/85, que traz expresso a legitimidade ativa da Defensoria Pública para defesa dos interesses coletivos.

O Defensor Público Paulista Wagner Giron de la Torre resume bem a questão:

"Como órgão instrumentalizador da proteção da dignidade humana, a Defensoria Pública do Estado tem ainda sua legitimação para o manejo da tutela de conflitos de trato transindividual consolidado pela conjunção dos artigos 81, 82 e 117 do Código de Defesa ao Consumidor, que emprestou significado novo aos artigos 5º e 21 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública."[7]

A lei 7.347/85 retrata a legitimidade da Defensoria Pública para, em sede de ação civil pública, conforme dispõe o art. 5º da referida lei, com redação dada pela Lei 11.448/07, tendo nossa Carta Magna de 1988 confirmado e ampliado essa legitimidade para a tutela em juízo dos interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos, em substituição a uma grande quantidade de feitos individuais com as características supracitadas.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

"a nova redação do art. 5º da LACP (Lei 7.347/1985), determinada pela Lei n. 11.448/2007, prevê expressamente a Defensoria Pública (art. 5º, II, LACP) entre os legitimados para a propositura da ação civil pública. Atende, assim: a) a evolução da matéria, democratizando a legitimação, conforme posicionamento aqui defendido; b) a tendência jurisprudencial que se anunciava."[8]

A idéia de litisconsórcio entre órgãos surgiu inicialmente para melhor defesa ambiental. Contudo, somente no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº. 8.069/90) que o mesmo restou acolhido, notadamente no art. 210, §1º: *"admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei."*

A título de exemplo, imaginem surtos epidemiológicos que ultrapassem as fronteiras de mais de um Estado da Federação, como focos de febre amarela, doenças contagiosas, vírus, etc. A possibilidade, destarte, de intervenção simultânea dois ou mais órgãos atende à necessidade de somar forças em defesa da saúde pública, direito este supraindividual, ademais, pois os riscos de prejuízos para os estados limítrofes são incalculáveis, sejam econômicos ou sociais. Ainda mais quando quaisquer das partes envolvidas se mostrarem omissas, legitimando, inclusive, a Defensoria Pública de uma unidade da Federação ajuizar ações em outros Estados.

Dado o caráter supraindividual dos direitos difusos e coletivos, Hugo Nigro Mazzilli sustenta:

"Já então acreditávamos ser desejável ir até mais longe: especialmente na defesa do meio ambiente, deveríamos estipular um sistema de atribuições concorrentes entre o Ministério Público da União e dos Estados, de forma que até estes últimos pudessem estar legitimados a propor ações de defesa do meio ambiente perante a Justiça Federal, assim com o Ministério Público federal deveria poder propor ações ecológicas"

perante a justiça local: poderiam até fazê-lo em litisconsórcio, ou então, proposta por um deles, o outro poderia habilitar-se como assistente litisconsorcial.”[9]

Corroborando este entendimento é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), ordinária. (...) A legitimação abrange a instituição do MP como um todo, isto é, o MP da União e o MP dos Estados (v. CF 128). O MP pode ajuizar ACP quando houver interesse processual na obtenção de provimento jurisdicional. Tanto o MP da União pode ajuizar ACP na justiça estadual, quanto o MP estadual na justiça federal. O MP de um Estado pode ajuizar ACP em outro Estado, pois o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo por ele defendido não encontra limites territoriais, impostos quando se trata de direito individual puro.”[10]

Considerando, assim, em que pese as ponderações dos autores se dirigirem ao Ministério Público, vez que à época não havia sido aprovada a lei 11.448/07, ainda, que o trato constitucional destinado à Defensoria Pública é igual ao dado ao Ministério Público, sendo ambas as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, tendo, inclusive, princípios institucionais idênticos, conclui-se que, também, é lícito à Defensoria Pública de outros Estados da Federação ajuizarem ações coletivas, respeitadas as regras de competência (art. 2º, Lei 7.347/85), que visem a tutela dos interesses difusos e coletivos.

A Defensoria Pública é órgão uno e indivisível e, antes de se evitar a legitimidade da forma acima defendida, deve, pelo contrário, ser estimulada, vez que as divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados.

Assim, a possibilidade ora aventada atende à necessidade de somar forças em defesa dos interesses difusos e coletivos e seria proveitosa sob todos os aspectos: a conjugação de esforços aumentaria em muito a eficiência da Defensoria Pública e estabeleceria entre os dois ou mais setores da Instituição, um necessário entrosamento.

Dado o caráter supraindividual dos direitos difusos e coletivos, é legítima a atuação coligada de Defensorias Públicas, diante do disposto no art. 5º, §5º, da Lei 7347/85, in verbis: “§5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direito de que cuida esta Lei.”

A Defensoria Pública deve ser compreendida como uma instituição una, existindo a divisão administrativa entre o federal e o estadual como forma de facilitar o exercício dos misteres constitucionais. Destarte, ao preceituar a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública no art. 134, da Constituição Federal c/c art. 5º, II, da Lei 7.347/85, assim o fez em franca alusão à unidade e à indivisibilidade da instituição.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e VI, "c" e "g", da Lei 988/06, *in verbis*:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

..

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou **coletivos**, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

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;

...

g) **ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;**" (grifo nosso)

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere: **Item II – c) desafios** – atuação judicial nos âmbitos cível e criminal, há que se dispensar especial atenção às áreas temáticas específicas e sensíveis como a situação prisional no Estado, a questão do adolescente em conflito com a lei, a questão da moradia e regularização fundiária, e a questão da tutela dos direitos do consumidor, enfim, ao desempenho das atribuições do novo mandato claramente atribuído à Defensoria na tutela dos Direitos Humanos, não só no âmbito individual como **coletivo**.

[1] Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil, RP, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5:7, 1977.

[2] NERY, Nelson, **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**, Revista dos Tribunais, 1994, p.1232

[3] NERY, Nelson, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro, Forense Universitária**, 1991, passim.

[4] NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Comentado e legislação extravagante**, 2005, p.1012

[5] NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Ed. Saraiva. 3ª Edição. Pág. 761.

[6] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, pp. 177 e 178.

[7] Ação proposta em São Paulo pelo Defensor Público do Estado de São Paulo, Wagner Giron de la Torre em favor de moradores da Vila Rossi e bairros contíguos em face dos decretos nº 12.388/06, nº 12.317/06 e nº 12.319/06, editados pelo Município de São José dos Campos.

[8] DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo, Ed. Podivm, pg. 219

[9] MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, Editora Saraiva, 2005, p.304/305.

[10] NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Constituição Federal Anotada**, Revista dos Tribunais, 2006, p.487.