

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E LEGITIMIDADE: REFLEXÕES À LUZ DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ENTIDADE AUTORA

Thiago Oliveira Tozzi¹

RESUMO: Trata-se de artigo que tem por escopo lançar breves reflexões acerca da legitimidade para propositura da ação civil pública, por parte do Ministério Público e da Defensoria Pública, à luz de suas relevantes funções institucionais. Tendo como luz de fundo a análise de caso concreto em que ambas instituições propõem-se a defender direitos metaindividuais de diferentes matizes, pretende-se examinar o juízo de ponderação de valores constitucionais revelado a partir da tensão de direitos coletivos tutelados por substitutos processuais, cuja atuação pauta-se em premissas institucionais distintas. Nessa perspectiva, veremos o cotejo de pretensões aparentemente antagônicas veiculadas pelas instituições acima referidas, ao submeterem a juízo relações jurídico-processuais de feição molecular, que possuem o mesmo enredo fático, contudo contextualizadas na perspectiva do adimplemento de suas funções institucionais, passando pela análise da natureza do direito metaindividual defendido no que concerne à sua modalidade e ao direito de fundo.

Palavras-chave: Ação civil pública; legitimidade; Ministério Público e Defensoria Pública; funções institucionais; Juízo de Ponderação de Valores Constitucionais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo lançar breves reflexões acerca da legitimidade para propositura da ação civil pública, sobretudo à luz das funções institucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública. Tendo como pano de fundo a análise de caso concreto em que ambas instituições propõem-se a defender direitos metaindividuais de diferentes matizes, pretende-se examinar o juízo de ponderação de valores constitucionais revelado a partir da tensão de direitos coletivos tutelados por substitutos processuais, cuja atuação pauta-se em premissas institucionais distintas.

Cinge-se o caso concreto acima mencionado a enredo fático em que agrupamento de pessoas, em situação de extrema vulnerabilidade, ocupou de

¹Defensor Público do Estado do Ceará. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Professor da Universidade de Fortaleza.

THEMIS

forma irregular área tida como de preservação ambiental, no entorno da Lagoa do Itaperuoba, situada no município de Fortaleza. Passados mais de 15 (quinze) anos da ocupação, portanto já consolidada significativa realidade social, o Ministério Público ajuizou ação civil tendo como objeto imediato a desocupação da área e mediato, ou causa de pedir, a tutela do meio ambiente no que o douto órgão do *parquet* logrou êxito no pleito liminar antecipatório.

Ante a iminência do cumprimento da medida de demolição das casas que consubstanciam a habitação tradicional daquela comunidade carente, quando já processualmente inoportuno adotar qualquer medida defensiva nos autos da ação ou contracautela dirigida ao órgão recursal competente, as famílias ali residentes procuraram a Defensoria Pública que, a fim de promover aos direitos humanos daquele agrupamento em situação de vulnerabilidade social (e também jurídica, porquanto a ação tinha no pólo passivo “um grupo indeterminado de invasores”, logo, não houve citação ou intimação real, mas ficta), ajuizou nova ação civil pública, distribuída por dependência à ação originária, tendo como objeto assegurar o direito social de moradia daquelas pessoas, que não ocuparam o local por outra razão senão a absoluta necessidade.

Também aqui, neste processo, pensado ao primeiro, o mesmo juízo da Fazenda Pública concedeu medida cautelar instrumental inicial para determinar que a administração pública se abstinhasse de praticar quaisquer atos tendentes à desocupação da área sem antes assegurar moradias condignas para os substituídos daquela relação jurídico-processual de feição molecular.

A toda evidência, aquela comunidade carente constituída, para além de hipossuficientes econômicos, de vários subgrupos caracterizados pela vulnerabilidade social, como idosos, crianças e deficientes físicos, recebeu com comoção e alívio a notícia da concessão da liminar. Naquele momento, sentiam-se gente, que tinham direitos.

Com efeito, sem contrariar a decisão judicial anterior, sem necessidade de reformar a primeira deliberação, atuando, portanto, no mesmo grau de jurisdição, o Estado-juiz, na prática, ajustou um *decisum* proferido, exclusivamente, na perspectiva da defesa do meio ambiente a uma realidade fática socialmente complexa, carente de manifestações estatais sensíveis à grande teia de relevantes demandas que permeiam a sociedade brasileira.

Nos capítulos a seguir, analisaremos mais detidamente o caso à luz dos direitos metaindividuais tutelados, da legitimação das entidades autoras e da ponderação de valores necessária ao equacionamento do conflito.

1 DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS EM CONFLITO

No caso em tela, em última análise, ao menos *in abstracto*, estar-se-ia diante de um conflito de valores constitucionalmente tutelados, isto é, o direito (difuso) a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o direito (nesse caso, individual homogêneo) social à moradia, permeado de forte conotação de direitos humanos, ambos dotados de estatura constitucional; logo, não hierarquizáveis, ao menos à primeira vista.

Com efeito, da confluência de ações ajuizadas por legitimados dotados de compleição institucional distintas, e de um fino equilíbrio entre dois julgados que tinham tudo para serem radicalmente antagônicos, eis que exsurgiu uma solução jurisdicional amparada em ponderação de alta sensibilidade para o enredo fático complexo que consubstancia o pano de fundo de ambas as ações civis.

E naturalmente, essa solução não teria lugar fosse apenas uma delas efetivamente ajuizada, dado que a atuação de cada ente legitimado encontra inspiração no arcabouço jurídico que traduz as suas funções institucionais e, nessa perspectiva, provavelmente, deduziria, como de fato ocorreu, pretensão excludente de direitos pertencentes a uma outra coletividade, eventualmente não contida na sua esfera de ação.

Dessa maneira, ao pretender tutelar o meio ambiente, exemplo de direito difuso por excelência, o Ministério Público atua como substituto processual de um grupo indeterminado de pessoas, dando vazão à função institucional de defesa do meio ambiente emoldurada em sua lei orgânica, muito embora, possivelmente, passando ao largo de eventual direito à moradia pertencente àquela comunidade carente que ocupou a área próxima ao recurso hídrico. Definida nesses termos a problemática processual, o direito de fundo dessa relação jurídica não autorizaria, sob o restrito prisma do direito adjetivo, julgamento que tivesse em conta fatos, circunstâncias e direitos que sequer habitam os autos. Caberia ao magistrado acolher, em parte ou em todo, ou não o pedido.

Já a Defensoria, a quem incumbe, segundo sua lei orgânica, promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, notadamente a promoção dos direitos humanos e a defesa dos interesses individuais e coletivos pertencentes a agrupamentos socialmente vulneráveis, deduz sua pretensão não contra o meio ambiente, mas a favor de direitos fundamentais

THEMIS

daquela comunidade carente. Trata-se de agrupamento numericamente inferior, dado tratar-se de direito metaindividual na modalidade individual homogêneo pertencente a cerca de trinta famílias. Contudo, o direito de fundo, aqui, seria menos relevante do que o tutelado naquela primeira ação? A essa altura, poder-se-ia imaginar a indagação: qual direito deve prevalecer?

Na verdade, trata-se de uma falsa questão, já que, em sendo ações diferentes, cabe ao judiciário manifestar-se a favor ou contra a pretensão em cada um dos processos, de forma autônoma, de modo que seria perfeitamente factível o Estado-juiz aclamar ambos os direitos, já que possivelmente tanto é verossímil que a sociedade detém direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também é verossímil que um grupo de pessoas em situação de extrema pobreza, depois de ocupar, durante 15 (quinze) anos, área pública por absoluta necessidade e sem qualquer oposição, teria o direito de não ter suas casas simplesmente demolidas sem receberem qualquer amparo por parte do Estado.

Nesse ponto, impende registrar que a ação civil pública não consubstancia, a rigor, uma ação voltada necessariamente para a defesa do interesse público, mas para a tutela de direitos supraindividuais pertencentes a determinada coletividade. A depender da relevância desse direito, que deflui da natureza do direito de fundo e/ou da significância qualitativa e/ou quantitativa do agrupamento substituído, poder-se-ia, à evidência, divisar maior ou menor carga de interesse público jungido a um interesse coletivo em princípio essencialmente privado.

É dizer no mais das vezes a constatação da presença de interesse público no cerne de determinada problemática social cinge-se a um dimensionamento valorativo dos aspectos quantitativo e qualitativo de um fenômeno sociológico que, em essência, traduz um interesse privado qualificado. Essa ilação passa a apresentar densidade normativa a partir da ponderação de valores constitucionais, que refletem normas e princípios jurídicos aptos a emprestarem hígidez argumentativa à fundamentação tendente a eleger o interesse prevalente.

O fato é que não se pode vislumbrar hierarquia fundada pura e simplesmente na modalidade de direito metaindividual em tensão no contexto da relação jurídico-processual, tampouco com esteio na natureza jurídica da entidade autora, notadamente, face à teoria da asserção, que permeia o direito processual pátrio.

Com efeito, na esteira da doutrina de RODOLFO MANCUSO², “o objeto tutelado na Lei nº 7.347/85 não é propriamente o interesse público (nesse sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes, como a saúde, a segurança, a educação etc.), e sim o ‘interesse metaindividual’”.

Citando ADA PELLEGRINI, afirma que “os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva”. E prossegue: “não é o fato de que (eventualmente) um interesse metaindividual apareça coincidente com o interesse público que o qualifica e assim viabiliza sua apreciação judicial, e sim o fato de que nesse interesse metaindividual concentra-se um valor socialmente relevante, concernente a uma parcela da coletividade (interesse coletivo) ou mesmo a toda ela (interesse difuso)”.

Nessa linha de argumentação, HUGO NIGRO MAZZILLI³ afirma que há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com o interesse público (como o meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse dos contribuintes; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora). Não são, pois, os interesses difusos mera espécie de interesse público.

Por tal razão, MANCUSO⁴ aduz que “tais diferenças conceituais acabam por projetar efeitos no capítulo do interesse de agir na ação civil pública, porque, embora o direito de ação seja ‘abstrato’, ele é instrumental, nesse sentido de veicular um direito ou interesse substancial, não havendo, pois, como negar a influência que este último exerce na configuração do interesse de agir, *in concreto*”, conforme veremos na sequência.

2 In MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2007, p. 67.

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo – 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45-58.

4 Ob. cit., p. 69

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGITIMIDADE

A legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas não consubstancia uma grandeza absoluta, mas uma autorização de agir delimitada pelas funções institucionais da entidade autora, sempre exercida a título de defendê-las, já que nesse caso não há representação, mas substituição processual. É a chamada pertinência temática, que só por desconhecimento do direito processual coletivo pátrio poder-se-ia entender desnecessária, qualquer que seja o autor da ação, dado inexistirem legitimados universais.

Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei nº 7.347/85⁵ consiste apenas, e tão somente, em uma lista de legitimados. A apreensão do sentido da atuação de cada um deles remete a uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, com ênfase nas funções institucionais da parte autora, o que por sua vez, sobretudo no caso do Ministério Público e da Defensoria Pública, deve operar-se à luz da Constituição, ou seja, mesmo a interpretação das funções institucionais desses legitimados deve inspirar-se no parâmetro de constitucionalidade estabelecido pelo Poder Constituinte, cujos comandos irradiam sobre todo o sistema.

Destarte, o parâmetro de constitucionalidade que permeia a atuação do Ministério Público na esteira do conceito dessa importante função essencial à justiça apresentado pela Constituição Federal, seria “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF/88, art. 127, *caput*), ou ainda (e aqui já estamos propriamente diante de uma

5 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

função institucional) “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” (art. 129, III).

Em nível infraconstitucional, vemos ratificada textualmente no âmbito da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), a função institucional de promover ação civil pública para “proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente” (art. 25, IV, a).

Por sua vez, a Defensoria Pública teve sua célula constitutiva mínima jungida pelo constituinte à “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (CF/88, art. 134, *caput*), além de receber, em nível infraconstitucional, um grande mosaico de funções institucionais afeitos à promoção dos direitos humanos, ao acesso à justiça dos hipossuficientes em geral e à defesa dos direitos e interesses, individuais e coletivos, de agrupamentos socialmente vulneráveis.

Conforme já enunciou o Pretório Excelso em acórdão de lavra do Min. Sepúlveda Pertence⁶

A Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados. Daí, contudo, não se segue a vedação de que no âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos direitos e interesses coletivos dos necessitados... é obvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da coletividade.... **A constituição impõem, sim que os Estados prestem Assistência Judiciária aos necessitados, daí decorre a atribuição mínima compulsória da defensoria pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços de estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal**⁷.

Nesse particular, a despeito da fórmula adotada pelo constituinte no sentido da grafia funcional mínima em nível constitucional,

a Defensoria Pública vem se delineando no sistema jurídico nacional como instituição vocacionada não só à assistência jurídica gratuita

⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 558-8/RJ, Rel. Min. Carmem Lúcia, Repte: Procurador Geral da República.

⁷ O grifo é nosso.

às pessoas necessitadas. Transpondo as barreiras de suas funções constitutivas mínimas hauridas da Constituição, a Defensoria já vem desempenhando um papel singular, como veículo de inclusão social, de introdução dos menos favorecidos no universo da cidadania, de pacificação social, de proteção dos direitos humanos, bem como de tutela jurídica a todos os grupos de pessoas que, em qualquer acepção, configurem público em situação de vulnerabilidade.

Quando da promulgação da Constituição Republicana de 1988, permeada por densa carga socializante, conquanto eclética em sua arquitetura ideológica, o que aliás justifica-lhe o apelido de ‘Constituição Cidadã’, o Poder Constituinte ainda não divisava todas as potencialidades que poderiam reclamar proposições constitucionais a merecerem assento no arcabouço das funções institucionais que, à época, foram dedicadas à Defensoria Pública (instituição então nascente), de modo que preferiu adotar a fórmula do parâmetro constitucional mínimo.

No entanto, o amadurecimento da matriz sócio-jus-política brasileira permitiu ao legislador ressignificar o perfil institucional da Defensoria Pública, através de expressivas alterações no seu feixe de atribuições, acrescentando novas funções àquela atribuição constitucional mínima de prestação de assistência jurídica gratuita à população carente.⁸

Com efeito, ao atualizar a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública⁹, o legislador infraconstitucional atribuiu-lhe, a título de objetivos institucionais, dentre outros, “a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos”¹⁰.

No que concerne às funções institucionais, ao lado da atribuição tradicional de ¹¹“prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus”¹², reprodução quase literal de seu parâmetro mínimo constitucional, vê-se também “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou

8 TOZZI, Thiago Oliveira, *A Nova Compleição Orgânico-institucional da Defensoria Pública*, Consulex n° 308, p.48-49.

9 Lei Complementar n° 80/94, com nova redação dada pela Lei Complementar n° 132/2009.

10 LCP 80/94, Art. 3°-A, I, II e III.

11 LCP80/94, Art. 4°, I

12 LCP80/94, Art. 4°, VII e X.

individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”, bem como “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”¹³.

A seguir, breves considerações sobre a natureza da legitimidade ativa nas ações civis públicas.

3 ANÁLISE DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS COMO EXPRESSÃO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A propósito do parágrafo que encerra o capítulo anterior, aprez anotar que, a rigor, os retromencionados incisos VII e X, do art. 4º da LCP80/94, a nosso sentir, não veiculam o que a doutrina vem chamando de “funções atípicas” da Defensoria Pública.

Quer-nos parecer, poder-se-ia falar em função atípica apenas e tão somente quando a Defensoria Pública, valendo-se de seus poderes internos, legisla, normatiza, regulamenta, administra, pratica atos de gestão, julga processos administrativos, dentre outros. Contudo, o exercício de atribuições institucionais que compõem o diversificado painel de atividades-fim da instituição, qualquer que seja, não pode ser considerado outra coisa senão puro exercício de suas funções típicas¹⁴.

Nesse ínterim, temos que por ocasião da promulgação da Constituição

13 Nesse sentido, a doutrina é uníssona ao afirmar que, no sistema de tripartição temperada de poderes, adotado pelo sistema jurídico nacional, cada poder constitucional exerce atribuições típicas e atípicas, sendo típicas aquelas que se ajustam à perfeição à função por excelência desse poder (ex: legislar, quanto ao poder legislativo) e atípicas aquelas que mais se afeioam à função por excelência de outro poder (ex: julgar ou administrar, quanto ao mesmo poder legislativo). Portanto, somos no sentido do total descabimento, no atual estágio de desenvolvimento institucional da Defensoria Pública, notadamente a partir da nova compleição orgânica gizada pela LCP132/2009, de sectarizar-lhe, em subgrupos, atribuições que se encontram rigorosamente no mesmo plano hierárquico na arquitetura funcional.

14 Constituição de 1934: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

THEMIS

Federal de 1988, todavia não restavam claras ao legislador pátrio todas as atribuições potenciais que, refletindo importantes expectativas de tutela jurídica, poderiam ser grafadas no arcabouço normativo de regência da instituição. Naquele momento político, certa era a necessidade de criar uma carreira de Estado uniforme e autônoma com vistas à prestação da assistência jurídica aos hipossuficientes, função esta que, a despeito da previsão do direito subjetivo ao auferimento desse serviço público desde a Constituição de 1934¹⁵, historicamente, vinha sendo ministrada de forma assistemática e, no mais das vezes, com fins eleitoreiros, pelos mais diversos órgãos contidos na estrutura orgânica da administração pública¹⁶.

Por tal razão, adotara-se, então, a fórmula da célula constitutiva mínima, reservando para o legislador infraconstitucional a missão de adaptar a conformação institucional da Defensoria aos anseios e fenômenos sociais que se lhes revelassem, ao longo do tempo, carências efetivas de tutela jurídica por parte dos hipossuficientes e dos socialmente vulneráveis.

Diversamente, o Ministério Público já consubstanciava instituição dotada de maturidade política e institucional, quadros próprios e forte bancada na Assembléia Constituinte militando na defesa de sua inequívoca importância no contexto da (re)organização da nação, que agora se desejava pautada nas premissas de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, mas ainda cheio de traumas pós-ditadura militar. Certamente, o receio de novos surtos autoritários viriam a servir de justificativa, antes moral do que jurídica, no sentido de assegurar abrigo constitucional a normas de especificidade tal, que possivelmente dispensariam esse excesso de cautela, como a previsão do inquérito civil e da ação civil pública textualmente na lei maior, tudo com ênfase no nobre propósito de defender a solidificação da democracia brasileira.

Por outro lado, nada justifica, antes até faz-se digna de exclamação, a

15 Até hoje existem, sobretudo em comarcas do interior, mesmo naquelas providas por Defensores Públicos de carreira, as chamadas “Defensorias Públicas Municipais”, isto é, advogados que, sem manter vínculo efetivo com a administração pública precedido de aprovação em concurso público, são pagos por gestores municipais para prestar assistência jurídica à população, alimentando assim seus curras eleitorais, a despeito do que prevê a LCP80/94, *verbis*: “o exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira” (Art. 4º, §10º). Trata-se de um total despropósito, sem esteio na legislação vigente, similar ao que seria a instituição de “Delegacias de Polícia Municipais”, “Ministérios Públicos Municipais” ou “Tribunais de Justiça Municipais”, revelando aspectos nada republicanos da ainda subdesenvolvida república brasileira.

16 Grifo nosso.

iniciativa levada a efeito recentemente pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) traduzida no ajuizamento da ADI nº 3943, em que pretende a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que, modificando a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), introduziu a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos, quando a letra expressa da CF/88 é inequívoca ao afirmar que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e **na lei**”¹⁷ (art. 129, §1º).

À evidência, a ampliação do espectro de instrumentos assecuratórios do direito fundamental de acesso à justiça em sentido amplo não pode ser considerada um atentado à Constituição Federal. Longe disso, presta-se, isto sim, a assegurar o adimplemento das proclamações de um Estado fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, e que tem entre seus objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização (poder-se-ia mencionar aqui a própria marginalização no que concerne a direitos básicos que aflige parcela significativa da sociedade) e reduzir as desigualdades sociais¹⁸.

Com efeito, editada posteriormente à Lei nº 11.448/2007, a Lei Complementar nº 132¹⁹, de 07 de outubro de 2009, que reformulou a LONDP²⁰, ao reafirmar, consolidar expressamente funções já assimiladas à praxe defensorial e até elastecer-lhe atribuições, veiculou verdadeira interpretação autêntica da Constituição dizendo mais do que dizia a lei maior, é verdade (e até natural), mas em nada contrariando suas normas e princípios – ao contrário, buscando imprimir-lhes efetividade – elevando a instituição à condição de protagonista na promoção da cidadania e dos direitos humanos, do acesso à justiça dos hipossuficientes em geral e da defesa dos direitos e interesses, individuais e coletivos, de agrupamentos socialmente vulneráveis.

17 Constituição da República Federativa do Brasil, Arts. 1º e 3º.

18 Muito embora não se possa afirmar, no aspecto formal, a superioridade hierárquica de uma lei complementar, se cotejada a uma lei ordinária, dado que tais espécies normativas operam em searas materialmente distintas face à distribuição constitucional de competências, o fato é que a LCP132/2009 foi aprovada por quorum qualificado no Congresso Nacional. Portanto, eis que dotada de maior legitimidade política e social, deixando inequívoco o querer do legislador, ao proclamar, no contexto da Lei nº 11.448/2007, a legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas.

19 Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94).

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Coletivo nos Países de Civil Law. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

THEMIS

Não há, obviamente, qualquer vício material de inconstitucionalidade atribuível à Lei nº 11.448/2007, tampouco à Lei Complementar nº 132/2009, notadamente, porque o ordenamento jurídico brasileiro adota sistema *ope legis* de legitimidade ativa para o ajuizamento da ação civil pública, e não *ope judicis*, configurando, portanto, a seleção das entidades legitimadas, opção essencialmente política atribuída ao legislador.

Nessa linha, dado tratar-se de sistema jurídico de *civil law*, não restaria mesmo outra orientação senão a fórmula de lista taxativa de legitimados veiculada em lei formal. Não significa dizer, naturalmente, que a legitimação seja impassível de ponderação no caso concreto. Contudo, trata-se de juízo eminentemente de legalidade a ilação acerca da presença das condições da ação traduzidas no binômio interesse-adequação e na legitimidade de agir.

Diferente, portanto, do sistema da *class action* do direito norte-americano, fonte inspiradora da ACP brasileira, dado o perfil ínsito àquele ordenamento jurídico (*comom law*), onde a verificação da legitimidade, lá chamada de *adequacy of representation* (representatividade adequada), opera-se, caso a caso, em juízo concreto admissional (chamado *class certification*) no qual esse papel é dotado de forte carga discricionária e atribuído ao magistrado (daí porque *ope judicis*).

Nesse sentido, segundo ADA PELLEGRINI²¹, a representatividade adequada “diz respeito à seriedade, credibilidade e capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva”, e “pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas *class actions* norte-americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra de legitimação. Assim as associações só podem agir em juízo desde que preencham certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação de órgãos públicos”.

Temos, portanto, que a LCP132/2009, oferecendo sólidos parâmetros ao intérprete, fixou a exata dimensão da legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas, ao atribuir, nesse particular, contornos dogmáticos ao princípio da representatividade adequada até então de extração puramente hermenêutica, e de certa forma complementando o tipo aberto contido no art. 5º, II, da LACP. Desta feita, esvaiu-se, a nosso sentir, o objeto da ADI nº 3943, vez que não resistiu à nova sistemática da LONDP qualquer

21 Dignidade da pessoa humana, que configura fundamento da República (CF88, Art. 1º, III), ao passo que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, *caput*) configura um direito público subjetivo.

interesse-utilidade no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, mesmo a uma eventual interpretação conforme sem redução de texto da Lei nº 11.448/2007.

CONCLUSÃO

Destarte, ante todo o exposto, tem-se que a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, cujo instrumento processual por excelência é inequivocamente a ação civil pública, não se traduz propriamente em aparato de tutela jurídica do interesse público, nada impedindo que o seja, mas de interesses supraindividuais, que podem aproximar-se daquele conceito, sobretudo quando veiculada a pretensão pelo *parquet*, dada a sua compleição institucional.

Não significa dizer, contudo, que ao defender direitos metaindividuais em juízo, esteja o Ministério Público necessariamente fadado a sobrepor o interesse por ele tutelado – seja em razão da modalidade de direito transindividual, da natureza do direito de fundo ou da quantidade de beneficiários –, subjugando, assim, qualquer outro, porquanto o objeto da ação civil cinge-se à plausibilidade, ou não, da pretensão deduzida pela coletividade autora, fenômeno eminentemente endoprocessual, como no caso da comunidade carente que, em sede de ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública, invocou direito social à moradia como corolário da primazia da dignidade da pessoa humana²², tensionando tal pretensão a outra em que se pretendia a tutela do meio ambiente.

Nessa perspectiva, por menor que seja numericamente a coletividade tutelada, é perfeitamente factível divisar que, em certos casos, um direito coletivo, ainda que mínimo em termos quantitativos, seja dotado de alta carga de interesse público notadamente quando presentes interesses sociais constitucionalmente relevantes, como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos humanos, bem como que tal direito ganhe conotação valorativamente igual (ou até superior) a um direito difuso, dado o seu caráter fluido, evidenciado no caso concreto acima apontado, em que se tencionavam a dignidade humana de, aproximadamente, 100 (cem) seres humanos à necessidade de limpeza da paisagem e desobstrução de área tida como pública.

Conforme se depreende da inteligência da solução jurisdicional ora analisada (que tanto acolheu o direito difuso ao meio ambiente sadio como o direito social à moradia daquela comunidade carente, criando na prática uma

²² *apud* MANCUSO, *ob.cit.*, p.70

THEMIS

condicionante, um capítulo de sentença não previsto no primeiro julgado – e nem poderia, pois implicaria julgamento *extra* ou *ultra petita*), temos que perfeitamente factível a harmonização de grandezas de extração constitucional de diferentes matizes, como restou claro acima, a partir do proferimento de decisões judiciais sensíveis à nossa complexa realidade social.

Nesse sentido, o caso concreto ora examinado revela a importância da ampliação e do fortalecimento dos mecanismos de acesso à justiça, notadamente, no que pertine à tutela jurisdicional dos direitos supraindividuais, onde eventual busca por exclusividade só tenderia a fragilizar a tutela dos interesses de agrupamentos socialmente vulneráveis e, porque não dizer, do próprio interesse público, em todo o seu complexo mosaico de variáveis e perspectivas.

Nessa linha de entendimento, observa MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL²³ que “a ação civil pública represente a tentativa de implementação de promessas de um Estado de bem-estar, remetendo à instância judiciária questões antes deixadas somente às conveniências políticas dos órgãos do Executivo e Legislativo, isto é, quer-se dar um caráter cogente a essas promessas constitucionais de maior igualdade material e justiça social”.

Em conclusão, temos, portanto, que no caso concreto em situações semelhantes à ora retratada, a fim de equacionar conflitos de interesse de feição molecular defendidos em cada pólo da relação jurídico-processual por legitimados distintos, o poder judiciário ver-se-á diante de dois juízos: juízo de legalidade, dado ser *ope legis* e não *ope judicis*, o sistema de legitimação no direito processual coletivo brasileiro, tendente à aferição da presença da legitimidade da entidade autora, o que conforme dito outrora dá-se à luz de suas funções institucionais definidas em sede constitucional e infraconstitucional. E juízo valorativo de mérito no que pertine à ponderação axiológica, à luz de todo ordenamento jurídico vigente positivo ou não, dogmático ou não, tendente à extração da solução jurisdicional que mais se ajusta ao espírito da lei, ao querer valorativo que anima o sistema jurídico, na perspectiva da realização objetiva do direito e dos valores que inspiram a ordem constitucional.

23 Com os devidos temperamentos, dadas as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, poder-se-ia afirmar tratar-se da aferição da representatividade adequada – mas deixando claro que, aqui, temos um juízo de legalidade, não um juízo discricionário, como sucede na emissão do *certification* da *class action* do direito norte-americano (lá o sistema de legitimação opera-se *ope judicis*).

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347 de 24/07/85). 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Civil Pública**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 3 ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOZZOLI, Maria Clara *et. al.* **Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ano 19, nº 20, fev. 2006. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, 2006.