

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS
XII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS
CONCURSO DE TESES

O QUE FAZER DE NOVO NA TUTELA COLETIVA?
UMA RECONSTRUÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO
PLANO DOS DIREITOS COLETIVOS

Projeto de tese apresentado ao XII Congresso
Nacional de Defensores Públicos.

Fabio de Souza Schwartz

Brasil

2015

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| I – INTRODUÇÃO | 2 |
| II – A SEDE JURÍDICA DA RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA UTILIDADE PARA AS POTENCIAIS VIOLAÇÕES DE DIREITOS COLETIVOS | 5 |
| III – A UTILIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PARA A INSTRUÇÃO DA AÇÃO COLETIVA – O INQUÉRITO CIVIL NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA | 8 |
| IV – CONCLUSÃO | 13 |
| V – REFERÊNCIAS | 14 |

I – INTRODUÇÃO

Nos últimos dois anos a vocação coletiva da Defensoria Pública sofreu um salto institucional inimaginável, fruto de um amadurecimento dos membros e do aprimoramento do modo de se prestar assistência jurídica.

O processo de fortalecimento constitucional da Defensoria Pública, iniciado em 2004, teve sua maior repercussão no texto da Emenda Constitucional n. 80/14 que fortaleceu a disciplina da tutela coletiva da Defensoria Pública, reconhecendo sua legitimação no *caput* do art. 134.

É verdade que mesmo antes da Emenda Constitucional n. 80/14, não se podia deixar de reconhecer que a Lei Complementar nº 80/1994 e suas alterações posteriores promoveram verdadeira metamorfose da Defensoria Pública, fortalecendo o papel da Instituição no cenário jurídico.

Querer fechar os olhos para o fato de ser o Defensor Público agente político de transformação social, cuja função é a de conscientização da cidadania e a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é pura ignorância.

O acesso à justiça não é simplesmente o acesso aos tribunais, mas um leque de medidas tendentes a garantir uma vida mais adequada entre a coletividade, permitindo que todas exerçam e tenham seus direitos respeitados.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3943) no sentido de sua improcedência, foi uma grande vitória da Defensoria Pública no plano do STF. O argumento meritório da decisão pautou-se no fato de que o constituinte, ao editar a Emenda Constitucional n. 80/14, buscou reforçar a missão institucional da Defensoria Pública de efetivação do acesso à justiça, além de buscar, por meio da tutela coletiva, a promoção de políticas públicas diante das omissões estatais.

Arrematou-se ainda que a pertinência entre o ajuizamento da ação civil pública e a legitimação da Defensoria Pública limitar-se-ia apenas a verificação de que os beneficiários da decisão estariam enquadrados nas suas funções institucionais, não sendo pertinente a limitação quanto ao aspecto econômico.

Ademais, a Constituição Federal não teria norma prevendo que a legitimidade do Ministério Público seria exclusiva, o que afastaria a pretensão da CONAMP de limitar a legitimação da Defensoria Pública.

A par dos avanços constitucionais, o prestígio do novo Código de Processo Civil à Defensoria Pública é evidente. O legislador reforça a sua vocação para a tutela coletiva e para a uniformização da jurisprudência através de dois novos institutos, um deles sem precedente no direito brasileiro.

A legitimidade extraordinária da Defensoria Pública ganha mais duas novas vertentes, através da possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977, III do CPC/15) e do incidente de assunção de competência (art. 947, §1º do CPC/15).

Em breve síntese, o propósito destes dois incidentes é o de racionalização e uniformização da jurisprudência, através do efeito vinculante da tese jurídica neles fixada. A concepção de um sistema de prestígio da uniformização de entendimentos, através da função nomofilática dos tribunais é ainda mais latente no diploma adjetivo civil, especialmente se analisada a redação do art. 926.

Outro avanço do novo Código de Processo Civil foi a ampliação da hipótese de atuação do *amicus curiae*, não mais restrita a processo objetivo de controle de constitucionalidade previsto na Lei n. 9868/99.

Apesar da limitada hipótese de atuação do *amicus curiae* prevista no art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já vinha admitindo, com certo temperamento, a participação da Defensoria Pública como amiga da corte.

As novas funções e legitimações previstas no CPC/2015 são a prova viva de que a Defensoria Pública assume um novo papel no ordenamento jurídico, o que significa reconhecer que a figura do *amicus curiae* merece interpretação ampliada, potencializando a atuação da Defensoria Pública.

Percebida a vertente coletiva assumida pela Defensoria Pública parece-nos necessária a reflexão atinente a maneira de se prestar assistência jurídica nesta área, especialmente no que toca a eficiência do serviço público e da proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os novos instrumentos processuais que conferem legitimação extraordinária a Defensoria Pública precisam ser bem absorvidos pela instituição, de modo que o debate institucional e a troca de experiências será de vital importância na construção da nova identidade da instituição de promoção de direitos humanos e assistência jurídica integral e gratuita.

Falar em Defensoria Pública como metagarantia significa transcender a visão da instituição como órgão de prestação de assistência judiciária, visão ultrapassada e anacrônica ao texto constitucional.

II – A SEDE JURÍDICA DA RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA UTILIDADE PARA AS POTENCIAIS VIOLAÇÕES DE DIREITOS COLETIVOS

No sistema de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os instrumentos dispostos aos legitimados não se resumem ao compromisso de ajustamento de conduta e a própria ação coletiva, ambos com nítido caráter repressivo.

Ao desempenhar sua legitimação, a Defensoria Pública deve ser capaz de agir de forma preventiva, de modo a evitar futuros danos coletivos que possam ser causados a partir de atos praticados danosos no seio da sociedade.

É por esta razão que a Defensoria Pública deve se utilizar do expediente denominado “Recomendação Administrativa” com o propósito de traçar diretrizes que orientem os pretensos causadores de danos coletivos, de modo a assumir obrigações de fazer e não fazer a evitar a ocorrência de danos, ainda que estas medidas dependam da discricionariedade da administração pública ou da intervenção judicial posterior.

O fundamento normativo da Recomendação Administrativa se extrai do art. 134 da CRFB quando confere a Defensoria Pública a defesa dos direitos coletivos, bem como do art. 4º, VII da LC n. 80/94 quando se utiliza da expressão *“todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”*. A expressão “espécies de ações” merece leitura ampliativa, não se restringindo apenas às demandas, mas todas as medidas aptas a defesa dos interesses coletivos da sociedade, até porque, pela teoria dos poderes implícitos, quem pode o mais pode o menos.

Se a lei confere à Defensoria Pública os instrumentos da tutela coletiva como o compromisso de ajustamento de conduta e a própria ACP, de igual modo deve ser assegurada a utilização do expediente extrajudicial.

A Recomendação se constitui como um ato administrativo emanado da Defensoria Pública que realizará a exposição dos fatos, a qualificação jurídica dos temas nela versados e a posição institucional, indicando qual postura deve ser adotada, sem ostentar caráter vinculativo, mas com a advertência de que a inobservância do enunciado lá proposto pode significar o ajuizamento de ação coletiva.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. a recomendação tem¹:

“eficácia admonitória, uma vez que, sendo exaradas do órgão que tem legitimação para o ajuizamento das ações coletivas e da persecução penal, servem para comunicar a necessidade de adequação das condutas ao disposto na legislação antes do advento de atos ilícitos que poderão gerar a responsabilização.”

O caráter preventivo é elemento essencial para a utilização da recomendação. Uma vez ocorrido o ato ilícito, não restará outra saída a Defensoria Pública senão a realização do termo de ajustamento de conduta ou o ajuizamento da ação coletiva.

Uma vez descumprida a recomendação, em virtude da ocorrência do dano coletivo, a Defensoria Pública poderá analisar a pertinência do compromisso de ajustamento de conduta ou o próprio ajuizamento da ação coletiva.

¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 255.

No âmbito do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública regulamentou a figura do Procedimento de Instrução por meio da Resolução n. 382/07. Na Resolução n. 646/12, instituiu-se o Cartório Unificado da Tutela Coletiva de Núcleos Especializados, enquanto que a o tombamento eletrônico dos procedimentos ficou a cargo da Resolução n. 647/12. O objetivo do procedimento de instrução é o de arrecadar elementos probatórios para a tutela coletiva, sendo também o instrumento adequado para a formulação da Recomendação Administrativa.

Lamentavelmente não há uma norma interna que discipline e incentive a utilização da recomendação administrativa, não obstante diversos órgãos já a empregaram na sua rotina institucional.

A nosso ver, torna-se necessário que as Defensorias Públicas regulamentem internamente o método de elaboração das recomendações, de modo a potencializar a tutela coletiva que é um norte de atuação da Defensoria Pública, nos termos do art. 106-A da LC n. 80/94.

O art. 4º, II da LC n. 80/94 reconhece o caráter prioritário da solução extrajudicial dos litígios, o que significa o dever institucional de se empregar medidas e instrumentos que evitem o ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário.

A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva compõe não apenas o ajuizamento da ACP, mas a possibilidade de utilização de todos os instrumentos do microssistema.

III – A UTILIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PARA A INSTRUÇÃO DA AÇÃO COLETIVA – O INQUÉRITO CIVIL

A Lei n. 7.347/85 somente prevê a possibilidade de deflagração de Inquérito Civil por parte do Ministério Público. A doutrina e a jurisprudência, infelizmente, vêm considerando como sendo ato privativo do *parquet*, excluindo até mesmo outros órgãos públicos desta possibilidade, tal qual a Defensoria Pública.

Hugo Nigro Mazzilli conceitua o inquérito civil como “*investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva*”.²

Não obstante, o inquérito civil, além de ser um procedimento para instruir ação civil pública, também se constitui em valioso instrumento para fornecer os parâmetros necessários para a elaboração de um Termo de Ajustamento de Conduta, sendo certo que, quanto a este último instrumento, a norma específica foi explícita em legitimar a Defensoria Pública.

José Celso de Mello Filho quando na qualidade de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, assim se pronunciou no procedimento relativo ao projeto de que resultou a Lei n. 7.347/85:

“Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento

² MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p.46.

preparatório, **destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública**". Grifos nossos³

Ora, não há interesse no manejo responsável das Ações Cíveis Públicas também por parte da Defensoria Pública? A Defensoria Pública, como instituição pública respeitada detém total legitimidade social para conduzir tal instrumento. Não pode prosperar o argumento de que norma restritiva de direitos não pode ter interpretação extensiva, já que a possibilidade de deflagração do inquérito civil pela Defensoria não restringiria direito algum, ao revés, é de interesse de todos de que não haja réu em uma ação civil pública açodada e temerária.

O inquérito civil é de fundamental importância para se evitar uma demanda precipitada, sendo oportuno trazer a colação os valiosos escólios doutrinários de Alexandre de Moraes, o qual ensina que "*o devido processo legal tem como corolário a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (Art. 5º, LV, CF/88)*".⁴

Portanto, a questão latente é saber se os princípios do contraditório e da ampla defesa se aplicam ao inquérito civil público. Para Hugo Mazzilli, "*o inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade*"⁵

Entretanto, diante do interesse do investigado em não se tornar réu injustamente, bem como diante do interesse público, não só de que sejam evitadas

³ *Apud* Luiz Fux, RMS 27364 – DJ 20/10/2010 - Superior Tribunal de Justiça.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.93.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 18ª. ed. Saraiva. São Paulo: 2005.,p. 391.

ações temerárias, mas que seja oportunizada a elaboração de um Termo de Ajustamento de Conduta, que irá evitar uma demanda longa e complexa, outra interpretação não pode prosperar nos dias atuais, mormente diante da onda de saída da justiça, totalmente abarrotada e emperrada com o grande volume de casos que engessam os órgãos do Poder Judiciário.

Por isso, concordamos com a percuciente observação de Ibraim Rocha, o qual entende que *“em nosso sistema jurídico as noções de processo e procedimento encontram-se por vezes tão próximas que em alguns casos fica difícil distinguir as duas figuras”*. Para o autor, é preciso fazer a distinção periférica entre os fenômenos, tal qual ocorre no direito Português, citando, em arrimo às suas assertivas, as ponderações de J. J. Gomes Canotilho de que *“Em termos genéricos o procedimento é a transformação em acto do poder legislativo (e também administrativo) ou, se se quiser, a concretização da competência legislativa (e administrativa), enquanto o processo é o modo de desenvolvimento da função jurisdicional (ou, noutra perspectiva, a concretização da competência jurisdicional)”*.⁶

Assim, é possível estabelecer distinção entre processo (judicial ou administrativo) de mero procedimento, sendo que este último não culmina em conseqüências jurídicas tais como decisões ou aplicação de sanções, que afetem a esfera do investigado. No que se refere à defesa da aplicação do contraditório e como seu corolário, da ampla defesa no inquérito civil, faz-se relevante transcrever a opinião de Rogério Lauria Tucci:

⁶ ROCHA, Ibraim. Natureza Jurídica do Inquérito Civil Público: Um Breve Estudo do Seu Ocaso e o Ministério Público do Trabalho. Publicada no Juris Síntese nº 31 - SET/OUT de 2001.

“Ora, tratando-se de procedimento administrativo, e como qualquer outro da mesma natureza, inclui-se a sua realização na previsão contida no inciso LV do art. 5º da mesma CF. E isso significa, obviamente, que não pode ser constituído e desenvolvido sem conhecimento e participação da pessoa física ou jurídica que deva, eventual e oportunamente, sofrer os efeitos da propositura da ACP a que dirigido: inibe, por certo, não só o enfático enunciado do colacionado preceito constitucional, como do antecedente inciso LIV, que, regendo a inafastabilidade, em situações que tais, do devido processo legal, exige a paridade de armas entre os litigantes e, por via de consequência, o contraditório ínsito à ampla defesa do agente ao qual é imputado o fato ou os fatos objeto da investigação prévia (...) Tem-se, pois, à vista do exposto, como indubitável que o inquérito civil, instituído pelo § 1º do art. 8º da L. 7.347/85, e institucionalizado pelo art. 129, III, da mesma Lei das Leis nacionais, será nulo ex radice, quando realizado sem que se propicie, como de mister, a participação ativa e contraditória daquele que deva sofrer os efeitos do aforamento de subsequente ACP. E até, por necessária coerência, que tal nulidade, a ser declarada de plano, acarretará a inviabilidade de ação nele fundamentada, ou seja, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto inarredável de sua constituição e desenvolvimento válidos.”⁷

Ademais, a legitimidade para a atuação da Defensoria agora tem status constitucional, após a EC 80/2014. Logo, aplica-se a famigerada “Teoria dos Poderes Implícitos”. Esta, tão decantada pelo Ministério Público para sustentar a investigação Ministerial, tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *McCulloch vs. Maryland*. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta

⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo ministério público e distorção pelo poder judiciário. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18 - JUL-AGO/2002, pág. 5.

atividade. Aliás, o próprio STJ vem adotando a teoria dos poderes implícitos e relação ao Ministério Público⁸.

Ora, onde há a mesma razão, deve haver a mesma disposição. Se a Defensoria Pública não pode instaurar Inquérito Civil, então o *parquet* também não poderia investigar, simples assim. Esperemos para ver como a doutrina e a jurisprudência irá se posicionar doravante.

Não se pode descuidar do enfoque político-institucional que o intérprete deve fazer valer em seu *mister*. Assim, em linha de princípio, a exegese constitucional deve mirar a eficácia social encartada na norma. Afinal, a Constituição é meio e fim, em concomitância, do Estado e da cidadania.

É por esta razão que a Defensoria Pública precisa regulamentar o uso de instrumentos probatórios extrajudiciais, com rigor nas diligências e o controle quanto as hipóteses de arquivamento, tal qual o inquérito policial.

⁸ PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE INEXISTENTE. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Esta Corte assentou entendimento no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia. 2. ***Está implícito o poder de investigação criminal do Ministério Público, porquanto diretamente ligado ao cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.*** 3. Os procedimentos realizados pelo Ministério Público, na hipótese dos autos, revestem-se de legalidade, uma vez que investidos do legítimo poder de investigação e, no que tange à busca e apreensão, antecedida da necessária determinação judicial. 4. Não há que se falar em cerceamento do exercício da ampla defesa, uma vez que, nos termos da súmula vinculante nº 14 do STF, o acesso aos dados colhidos sob sigilo é restrito aos documentos já colacionados aos autos, não se estendendo às diligências ainda em curso, sob pena de tornar ineficaz o meio de coleta de prova, tal qual a busca e apreensão cuja validade discute o recorrente. 5. Recurso desprovido.(RHC 32.523/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 30/10/2014)

IV – CONCLUSÃO

A consolidação de um espaço prestigiado no microsistema da tutela coletiva revela a necessidade de a Defensoria Pública assumir um novo perfil de atuação na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O novo Código de Processo Civil reconhece a nova conformação constitucional da Defensoria Pública, tanto que em seu art. 185 reproduz as funções institucionais de assegurar a orientação jurídica, a defesa dos direitos coletivos e a de promover os direitos humanos.

A reafirmação da legitimidade ampla da Defensoria Pública também se extrai do código, especialmente diante da redação do art. 139, X que estabelece como encargo do juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados elencados no CDC e na Lei da Ação Civil Pública para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

A ausência de limitação material e o tratamento equivalente entre a Defensoria Pública e o Ministério Público comprovam que o sistema processual caminha no sentido da maior abrangência da legitimação. A orientação jurídica a ser prestada pela Defensoria Pública por força de mandamento constitucional e legal merece maior amplitude não podendo ser interpretada como simples atividade de consultoria em favor dos usuários do serviço da instituição.

Seguindo essa linha, a utilização de todos os instrumentos da tutela coletiva permite que a proteção da sociedade, especialmente dos grupos hipossuficientes seja a mais ampla e eficaz possível.

V – REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. P. 255.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18^a. ed. Saraiva. São Paulo: 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Ibraim. Natureza Jurídica do Inquérito Civil Público: Um Breve Estudo do Seu Ocaso e o Ministério Público do Trabalho. *Juris Síntese*. nº 31 - SET/OUT de 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo ministério público e distorção pelo poder judiciário. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. nº 18 - JUL-AGO/2002.