

Universidade de Ribeirão Preto  
Faculdade de Direito  
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania

THIAGO RIBEIRO FRANCO VILELA

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA: PECULIARIDADES  
RELATIVAS À LEGITIMIDADE. A HIPÓTESE DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA

RIBEIRÃO PRETO  
2019

THIAGO RIBEIRO FRANCO VILELA

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA: PECULIARIDADES  
RELATIVAS À LEGITIMIDADE. A HIPÓTESE DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao programa de  
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania  
da Universidade de Ribeirão Preto –  
UNAERP, como exigência parcial para a  
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Zaiden Geraige  
Neto.

RIBEIRÃO PRETO  
2019

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

V699m Vilela, Thiago Ribeiro Franco, 1978-  
Ministério Público e Defensoria Pública: peculiaridades relativas  
à legitimidade. A Hipótese de Improbidade Administrativa / Thiago  
Ribeiro Franco Vilela. - - Ribeirão Preto, 2019.  
173 f.

Orientador: Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2019.

1. Ação civil pública. 2. Defensoria Pública. 3. Ministério Público.  
I. Título.

CDD 340

**THIAGO RIBEIRO FRANCO VILELA**

**MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA: PECULIARIDADES  
RELATIVAS À LEGITIMIDADE, A HIPÓTESE DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 21 de março de 2019

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto  
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso  
USP – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silva  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2019

## DEDICATÓRIA

*Dedico este singelo trabalho aos meu pais: **Milson Ribeiro Vilela e Zélia Ribeiro Franco e Ribeiro**, por terem me incentivado a trilhar a carreira jurídica.*

*Aos colegas do curso, que me incentivaram e me apoiaram em todos os momentos para concretizar este trabalho.*

*Aos amigos e familiares, que entenderam a minha ausência e me apoiaram para finalizar este projeto.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço a Deus!*

*Ao meu orientador Prof. Dr. Zaiden Geraige Neto pela dedicação, apoio e incentivo.*

*Aos professores Drs. Sebastião Sérgio da Silveira, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Lucas de Souza Lefheld, Maria Cristina Vidotti Blanco Tarrega, Rafael Tomaz de Oliveira e Ricardo dos Reis Silveira, pelos ensinamentos e dedicação.*

*Aos demais professores pelos ensinamentos e disponibilidade em compartilhar seus conhecimentos.*

*Aos colegas de classe, que contribuíram com ideias e experiências.*

***O Senhor é meu pastor e nada me falta!***

***Salmo 23***

## RESUMO

O presente trabalho apresenta a dialética no exercício da tutela coletiva *lato sensu* em sede de Ação Civil Pública, haja vista a notoriedade que o assunto demanda quando perpassado sobre a legitimidade *ad causam* para atividade judicial, isto é, sua defesa colocada em juízo em razão da substituição processual operada pelo Ministério Público e Defensoria Pública, bem como a forma empregada no direito comparado. O imbróglio está em volta da devida acepção para o exercício da ação quando se tutelam direitos difusos, pois se trata originariamente de competência ministerial, mas devido à reforma empreendida na Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), alargou-se o mister à Defensoria, alvo de contestação por meio de controle de constitucionalidade, sendo que o referido julgamento provocou cissura capaz de total descompasso entre lei infraconstitucional, institutos processuais, ordem constitucional e acesso à justiça. Necessárias, portanto, as devidas ponderações para a preservação das funções institucionais e aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos metaindividuais; Ação Civil Pública; Legitimidade *ad causam*; Defensoria Pública; Ministério Público.

## ABSTRACT

The present paper presents the dialectic in the exercise of *lato sensu* collective custody in Public Civil Action, given the notoriety that the issue before us demands when placed over the *ad causam* legitimacy for legal activity, that is, its defense placed in court due to the replacement procedure operated by the Public Prosecutor and the Public Defender's Office, as well as the method used in comparative law. The imbroglione moves around the proper acceptance to the performance of legal action when diffuse rights are protected, since its originally of ministerial competence, but due to the reform undertaken in Public Civil Action Law (Law No. 7,347/85), the attributions to the Defender's Office have been enlarged, subject of contestation through judicial control of constitutionality, considering that this trial provoked ruptures able to total mismatch between infra-constitutional law, procedural institutes, constitutional order and access to justice. It is required, thus, the appropriate weighing for the preservation of the institutional functions and improvement of fundamental rights.

**Keywords:** Meta individual rights; Public Civil Action; *Ad causam* legitimacy; Public Defender's Office; Public Ministry.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
<b>1 A ÉGIDE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS .....</b>	<b>17</b>
1.2 DIREITOS OU INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS .....	21
1.2.1 Da previsão constitucional .....	22
1.2.2 Direitos ou interesses difusos .....	24
1.2.3 Direitos ou interesses coletivos <i>stricto sensu</i> ou em sentido estrito (coletivos propriamente ditos).....	25
1.2.4 Direitos ou interesses individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos	27
<b>2 CIDADANIA E JUSTIÇA: UM OLHAR HISTÓRICO DA NECESSIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>30</b>
2.1 A CONTRAPARTIDA ESTATAL NO ACESSO À JUSTIÇA .....	35
2.1.1 O Ministério Público no mundo e suas origens no Brasil.....	38
2.1.2 O Ministério Público no Brasil .....	39
2.1.1.1 O Ministério Público no direito internacional.....	45
2.1.1.1.1 Ministério Público português .....	46
2.1.1.1.2 Ministério Público francês .....	48
2.1.1.1.3 Ministério Público estadunidense .....	50
2.1.1.1.4 Ministério Público argentino .....	51
2.2.1 A Defensoria Pública.....	53
2.2.1.1. A Defensoria Pública no direito comparado internacional .....	56
2.2.1.1.2 Assistência judiciária em Portugal .....	56
2.2.1.1.2 Assistência judiciária na França .....	57
2.2.1.1.3 Assistência judiciária nos Estados Unidos da América.....	59
2.2.1.1.3 Assistência judiciária na Argentina .....	62
<b>3 A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA.....</b>	<b>65</b>
3.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	74

3.2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS.....	77
3.2.1 O interesse processual e a legitimidade para agir na ação civil pública.....	80
3.2.2 Da legitimidade em sede de ação civil pública .....	82
3.2.2.1 Dos legitimados ativos à propositura da Ação Civil Pública .....	86
3.2.2.2 A atribuição de legitimidade da Defensoria Pública.....	88
3.2.2.3 Confrontos e limites à legitimidade da Defensoria Pública .....	92
3.2.2.3.1 Dilemas técnicos na legitimidade ampla da Defensoria Pública .....	94
3.2.2.4 Da validade e necessidade de um novo controle da adequada legitimação .....	101
<b>4 TUTELA À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>110</b>
4.1. PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO METAINDIVIDUAL .....	111
4.2. Caráter repressivo da LIA .....	116
4.3. Aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa .....	119
4.3.1 Elementos constituintes do ato de improbidade administrativa. ....	119
4.3.1.1 Sujeitos passivos .....	120
4.3.1.2 Sujeitos ativos.....	121
4.3.1.3 Modalidades de improbidade administrativa .....	125
4.3.1.3.1 Enriquecimento ilícito .....	127
4.3.1.3.2 Lesão ao erário .....	127
4.3.1.3.3 Atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.....	129
4.3.1.4. Subjetividade do ato ímprobo.....	130
4.4. A ação de improbidade Administrativa .....	131
4.4.1 Ações prévias .....	132
4.4.2 A relevância do inquérito civil público.....	134
4.4.3 A ação de improbidade <i>per se</i> .....	137
4.4.4 A legitimação .....	143
4.5. DAS SANÇÕES .....	147

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	152
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	160

## INTRODUÇÃO

A conjectura de direitos que extravasam a classificação habitual de Direito Público e Direito Privado surge da constante transformação histórica e social, como ocorreu nos pós Segunda-Guerra Mundial, que o impasse beligerante fez brotar a consciência de direitos coletivos como meio de superação de antagonismos e fraternidade na direção de uma sociedade justa. A administração desse objetivo é outorgada ao Estado por meio de um documento formal de força normativa superior, uma Constituição, entabulada por direitos, garantias, deveres dos cidadãos e da Administração Pública.

O alcance dos compromissos firmados pode evidenciar confrontos de interesses entre os sujeitos e a máquina pública. Por razões de melhor compatibilidade e resultado dos anseios constitucionais, a doutrina internacional passou a sistematizar de direitos metaindividuais como aqueles que não pertencem à exclusividade de alguém, mas sim a várias pessoas, não podendo, portanto, um indivíduo deles dispor como entender. Ao mesmo tempo, não são de todo públicos, posto que não disciplinam a relação de interesses da Administração Pública perante o indivíduo, tendo a função de cobrar a concretização de direitos subjetivos de natureza transindividual perante o Estado.

Esse novo instituto requereu estudo inédito no intuito de melhor compreender como os sujeitos estavam reunidos, além dos anseios que lhes eram devidos, e como atendê-los. Com a contribuição da doutrina internacional, foi possível a sistematização em direitos coletivos *lato sensu* (transindividuais, supraindividuais ou metaindividuais), que por sua vez podem ser categorizados em espécies de direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Deste modo, o Estado, por meio do poder jurisdicional, poderia dar a cada parcela social o direito que lhe assiste, de forma mais eficiente, com a provisão de suporte material, interligando cidadãos à justiça e ao conseqüente direito. E é nesse contexto que surge o processo coletivo, sob a influência das *class actions*, acompanhado de instituições sociais com esse encargo como meio idôneo de alcance da cidadania plena.

A tendência de direitos plurindividuais foi recepcionada no ordenamento brasileiro. Para este fim, houve várias edições legislativas, além de uma nova ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, recepcionando essa nova categoria de direitos e entes públicos correlatos a esse fim, com protagonismo do Ministério Público e com encargo tradicional de guardião da ordem jurídica, conforme expresso na Carta Magna (art. 127). É institucionalizada também a Defensoria Pública, responsável pela assistência jurídica e defesa dos necessitados (art. 134, *caput*).

Em atenção ao ordenamento nacional, tem-se o “microsistema da tutela coletiva” um composto de leis diversas para a contemplação de direitos coletivos *lato sensu*, além do processo legal pertinente, com maior destaque para a Lei de Ação Civil Pública, Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que previa os legitimados nos termos do art. 5º, encabeçado pelo Ministério Público, para requerer judicialmente os direitos metaindividuais previstos no art. 1º. Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, no art. 81 e incisos, passando a dar melhores contornos nas espécies de direitos coletivos e aprimorando o microsistema coletivo.

Entretanto, abre-se discussão em torno da premissa disposta no rol do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, alterado pela Lei Federal n.º 11.448, de 15 de janeiro de 2007, mudando o inciso segundo, do dispositivo em apreço, para atribuir à Defensoria Pública legitimidade universal para a propositura da ação civil pública. O ponto nevrálgico está na deficiente redação empregada, conforme alteração legislativa, operando-se atualmente uma interpretação literal, sem os devidos contornos legais e doutrinários, haja vista a omissão que perpetra o uso da ação civil pública pelo órgão na defesa de interesses metaindividuais que não lhe cabe, um alargamento de atribuições que beira a incongruência da lei com os contornos constitucionais das atividades institucionais da Defensoria Pública, de tal maneira que usurparia a função alocada ao Ministério Público.

A questão toma controvérsia maior no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3943, Distrito Federal, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), sob o patrocínio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), questionando a constitucionalidade do dispositivo legal citado, mas teve seu pleito indeferido, mantendo-se hígido o impasse. Resta a análise pontual da questão, apurando-se a discrepância com a natureza dos direitos envolvidos, os

ditames constitucionais de atribuição da Defensoria Pública e do Ministério Público, jurisprudência aplicada, o que pode reverberar processo de mutação constitucional que ataca pressupostos processuais coletivos e desvirtuam parte da ciência jurídica processual a esse plano, ou seja, da tutela de direitos coletivos, além do comprometimento da normatividade constitucional e dos meios de acesso à justiça.

Outro efeito da celeuma propalada assenta na possibilidade indistinta da Defensoria Pública propor Ações Civis Públicas, inclusive por Ato de Improbidade Administrativa, ainda que a instituição não tenha um perfil inquisitório e careça da expertise. Tal fato, por conseguinte, acentua o distanciamento de sua missão constitucional, contribuindo para um desvio de finalidade, que em última análise constitui para alguns doutrinadores, entre eles Streck, ir contra o sentido de existência da própria instituição, que é fornecer auxílio jurídico à população carente.

O debate suscitado apresenta análise crítica envolta da deturpação do sentido de ampliação do rol de atribuições da Defensoria Pública para a promoção de Ação Civil Pública, particularmente, ao se falar em ações que versem a proibidade de atos administrativos. Quer-se demonstrar que a antinomia revelada denuncia inércia da doutrina, que passivamente acata o posicionamento Excelsior como dogma jurídico, encontrando-se escassos estudiosos que rebelam um olhar distinto da questão.

A forma eleita de método da pesquisa é inspirada na dialética hegeliana, sua Filosofia do Direito propõe desafio à ideia de ordem e liberdade, contundente ao estudo aqui proposto, pois a liberdade dos indivíduos é defendida através de instituições próprias, voltadas às suas funções institucionais, pressupondo um ritmo de ordem e, conseqüentemente, delimitando a estrutura institucional. Portanto, através de levantamento bibliográfico de doutrina, aliada à análise jurisprudencial selecionada, buscarão conclusões a partir de contraposições antagônicas, porque se trabalha com uma tese, no caso, a legitimidade ampla da Defensoria Pública para propositura de ação civil pública, do outro lado, a antítese, que revela sua limitação perante direitos difusos, para que se possa chegar a uma síntese, uma nova tese ou tese final, que demonstra sua impropriedade para a defesa de quaisquer direitos metaindividuais, em especial no campo da improbidade administrativa, subsistindo apenas perante os direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Para tanto, a monografia está dividida em quatro seções, proporcionando melhor elucidação e tratamento pormenorizado da temática proposta.

A primeira seção trata da abordagem histórica de construção dos direitos coletivos, como expressão dos Direitos Humanos de Terceira Geração e a forma pioneira que passaram a ser sistematizados na doutrina internacional para a construção de um novo conceito de cidadania, além da forma como foi recepcionada no ordenamento jurídico nacional com os seus respectivos conceitos.

Na segunda seção, abordam-se os meios colocados à efetividade dos direitos coletivos, também chamados de “acesso à justiça”. O realce maior fica a par da análise generalizada do Ministério Público e Defensoria Pública, em razão do seu papel de função essencial à justiça, juntamente com o uso do Direito Comparado, para se averiguar as convergências e diferenças com o modelo institucional da CRFB.

A terceira seção passa a observar os aspectos da Lei de Ação Civil Pública e correlata Ação, posto a nuclearidade que os institutos têm para o microsistema coletivo brasileiro. A problemática maior do trabalho científico repousa na análise jurisprudencial da ADI Nº 3.943/DF e reflexos em todo o processo coletivo, levando a discorrer os aspectos processuais afetados e seu novo redimensionamento, que podem comprometer a engenharia constitucional, gerar incongruências processuais e embaraçar o acesso à justiça. Do mesmo modo é franqueada síntese capaz de superar a problemática sob viés jusfilosófico e de Direito Constitucional.

A quarta e última seção faz uso esmiuçado da Lei de Improbidade Administrativa para demonstrar que a tutela da probidade administrativa garante a materialização dos direitos coletivos, campo que requer a atuação do Ministério Público, em razão da precursão de atos investigatórios. Nesse contexto, é fundamental compreendermos o que está envolvido nas propostas fundamentais, tanto da Defensoria Pública, quanto do Ministério Público, para que seja possível determinar se há algum desvio de função nas instituições hoje em dia.

Por fim, encerra-se a pesquisa com as considerações finais, apresentando os resultados obtidos da análise de limites à legitimidade ativa da Defensoria Pública em ação civil pública, em que a ponderação se torna necessária no intuito de velar a arquitetura constitucional de funções institucionais que Ministério Público e Defensoria Pública têm para a consecução do acesso à justiça, especialmente esta última, pois é o referencial de cidadania dos necessitados.

## 1 A ÉGIDE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O constante aperfeiçoamento do direito sempre é motivado pelos anseios da sociedade num determinado tempo, e o século XX demonstrou uma era muito ativa neste sentido. A consolidação do regime democrático encontrou diversos empecilhos para a sua afirmação, onde o balanço após a Segunda-Guerra Mundial forçou a presença de Estados mais ativos e conhecedores de suas nações. Por outro lado, tal cenário fez brotar a consciência de coletividade.

Tal situação ocorreu após as democracias nascentes terem obtido sucesso em possibilitar à sociedade os direitos de primeira geração, em especial a liberdade e a participação política. Paulatinamente, entretanto, a evolução social exigiu que o Estado passasse a interferir em outras áreas, com enlace na ideia de coletividade. Esta representa uma nova fonte de direitos materiais propostos pelos Direitos Humanos, com enfoque no que os doutrinadores costumam chamar de segunda e terceira geração<sup>1</sup>.

Andrade conta que esse cenário se desenhou como uma resposta dos Estados a pressões sociais, e ocorreu de forma gradual. Esses estágios podem ser assimilados por dois ideais da Revolução Francesa de 1789, “*Égalité et Fraternité*” (igualdade e fraternidade)”. Diz o professor:

“Estados foram sendo gradualmente forçados a reconhecer direitos econômicos, culturais e sociais (direito à proteção, contra o desemprego e condições mínimas de trabalho, direito à educação básica, direito à assistência na invalidez e na velhice etc.), que ficaram conhecidos com os “***direitos de igualdade***” ou liberdades reais, concretas, materiais (por visarem à redução das desigualdades materiais que então se disseminavam), ou públicas positivas (pois implicavam prestações positivas do Estado para redução das desigualdades)”<sup>2</sup>.

Nascia assim, segundo o doutrinador, “o modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social (voltado não apenas à garantia de um mínimo de liberdade, mas também para a efetiva promoção social) e, com ele, os direitos humanos de segunda geração (ou de segunda dimensão)”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizados**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 31.

<sup>2</sup> Ibid., p.31.

<sup>3</sup> Ibid., p.31.

Diferente da etapa anterior (primeira geração), esta segunda geração de direitos fez com que corpos coletivos de determinados setores sociais, que buscavam a condição de igualdade com os demais sujeitos, fossem reconhecidos como um modelo assimilado como um todo, reconhecendo-se as diferenças por meio da devida assistência e respeito, criando meios para um futuro promissor.

A evolução social, no entanto, não parou nos direitos de segunda geração. É aí que surgem os direitos de terceira geração. Segundo Andrade, a evolução dos direitos humanos buscou concretizar o terceiro lema da Revolução Francesa: a fraternidade. Afinal:

O direito à paz, ao desenvolvimento (não apenas dos países, mas de cada indivíduo), e a um meio ambiente hígido não poderia ser concretizado senão por meio da cooperação entre as nações, ou seja, por meio do entendimento entre os povos, e, até mesmo, por meio da solidariedade entre as presentes e as futuras gerações de seres vivos. Por tal razão, os direitos surgidos nessa fase ficaram conhecidos como **“direitos de fraternidade ou de solidariedade”**, e compõem os **direitos humanos de terceira geração (ou de terceira dimensão)**.<sup>4</sup>

Compreendida uma nova dinâmica do direito material, oferecendo novos meios de ampliar a cidadania, os interesses dos cidadãos entre si para com o Estado podem ocupar situações antagônicas. Na lição de Mazzilli<sup>5</sup>, o Estado Democrático de Direito, ao editar suas leis, deve fazer ampla apreensão dos distintos interesses<sup>6</sup> e prevê a legislação em amplo aspecto: de um lado está o Direito Público da titularidade estatal, de outro lado o Direito Privado, que garante os interesses pessoais dos indivíduos.

Neste sentido, Andrade pontua de maneira simplificada a necessária diferenciação entre interesse e direito subjetivo: para ele, interesse é “qualquer pretensão em geral, é o desejo de obter determinado valor ou bem da vida, de satisfazer uma necessidade”, interesse que pode ou não encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Conclui o professor que é direito de todos exigir a observância de um direito, sendo tal prerrogativa garantida pelo ordenamento jurídico seja para

---

<sup>4</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 31.

<sup>5</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

<sup>6</sup> ANDRADE, op cit., p.41.

uma pessoa ou “a um grupo de pessoas ou a um ente, em relação a um determinado bem e/ou pessoas”.

Todavia, o Direito Público dá respaldo aos interesses da Administração Pública, que se manifesta em dois níveis: o primário, correspondente aos anseios sociais conjecturados num determinado documento, no caso uma Constituição, onde o gestor está sujeito ao bem geral da coletividade; noutro ponto está o secundário, que passa a atender o plano político de manifestação das atividades administrativas (políticas econômicas, sociais, etc.).

Nem sempre esses dois níveis andam em sintonia, sendo mais comum o conflito, dando azo para a reformulação desses conceitos<sup>7</sup>:

A clássica dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, que existe em todos os países de tradição romana do Direito, passou, porém, a sofrer crítica muito acentuada, principalmente nessas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão “interesse público” tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo como o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de “pessoas”, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou ao preço dessa mercadoria.

Percebeu-se que existia um caminho intermediário na dicotomia direito público e privado, especificamente em razão dos interesses envolvidos, afinal a recente realidade social trouxe consigo novas matérias de direitos (ambiental, consumidor, etc.), que por vezes existia um lastro do interesse privado em que determinadas pessoas visavam a satisfazer suas necessidades, embora não estivessem em situação de igualdade com os demais, de outra forma também não se aplicava a disciplina da Administração Pública, já que não era caso de supremacia do seu interesse.

No cenário internacional despontava de maneira embrionária a questão sobre a solução judicial de problemas de grupos, como as *class actions* ou ações de

---

<sup>7</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.47.

classe do direito estadunidense e de forte inspiração das cortes medievais inglesas<sup>8</sup>, em que na vertente adjetiva do direito, o autor de uma ação individual, por meio do *Bill of Peace*, clamava para que o provento jurisdicional fosse estendido para outros na mesma situação.

Somente em meados dos anos de 1970, sob forte influência dos estudos do jurista italiano Mauro Cappelletti *apud* Mazzili<sup>9</sup>, que o estudo sobre a questão se difunde pelos doutrinadores. Dada a imensurabilidade de extensão do direito em conflito, bem como a impossibilidade de determinação individualizada das pessoas coligadas em grupos, classes ou categorias e conseqüente inviabilidade de apropriação e disposição individual, haja vista a indivisibilidade, nascem os direitos/interesses supraindividuais:

O reconhecimento e a normatização jurídica dos direitos/interesses de dimensão coletiva permitem identificar, a par dos já consagrados campos do **Direito Público** e do **Direito Privado**, uma terceira e novel seara, que se pode denominar por **Direito Coletivo** ou **Metaindividual**, composto pelas regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual.<sup>10</sup>

Esses interesses transindividuais ocupam uma posição intermediária aos públicos e privados, porque são coparticipados em pessoas diversas unidas ou não pela mesma situação de fato ou relação jurídica base, excedendo o campo estritamente individual, mas não implicam necessariamente interesse público.

Além do reconhecimento material dos direitos supraindividuais, há necessidade de dar maior operacionalidade para a sua reclamação, isto é, prover meios de tutela jurisdicional. Deste modo, está o direito processual apto a integrar mecanismos de reunião dos interesses individuais em coletivos, evitando decisões contraditórias, sendo um meio mais eficiente, vez que o processo coletivo é exercido de uma só vez para o proveito de todo o grupo lesado.

Cabe revelar quais os devidos contornos na legislação pátria, como são as disposições legislativas, linhas conceituais e legais, e de sua sistematização.

---

<sup>8</sup> O *Bill of Peace* é de origem inglesa, em meados do século XVII, que passou à incorporação da colônia norte-americana, de acordo com Leal (1998, p. 42).

<sup>9</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

<sup>10</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 44.

## 1.2 DIREITOS OU INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

Desde já ficam estabelecidas conceituações em linhas gerais, para posterior análise detida de cada uma das nuances que compõe os direitos transindividuais, para fim instrutivo e metodológico.

Compõe-se num campo generalizante, portanto, que engloba os demais, os direitos ou interesses transindividuais (também chamados recorrentemente de metaindividuais, supraindividuais e coletivos *lato sensu*). Concebido o gênero, esse se desdobra em: a) Direitos ou interesses difusos; b) Direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* ou em sentido estrito (coletivos propriamente ditos); e, finalmente, c) Direitos ou interesses individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos.

Quanto à última espécie, existe uma celeuma entre os doutrinadores em relação à possibilidade de se cunhar os direitos ou interesses individuais homogêneos como de fato espécie do gênero direitos metaindividuais. Mais à frente a questão será melhor desenvolvida. Todavia, fica registrada a patente sob a ótica de Mazzilli<sup>11</sup>, conforme supradescrito.

Ademais, na vereda instrutiva colocada à baila, para melhor clareza de cada uma das modalidades dos direitos supraindividuais, pode-se adotar a perspectiva de Andrade et al.<sup>12</sup>, que a partir da leitura do art. 81 da Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>13</sup>, combinado com a disposição geral do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública<sup>14</sup> alterada por aquela lei, empregam-se três critérios básicos para melhor definir suas diferenciações, que são: a) (in)divisibilidade do seu objeto; b) o fato de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica base); c) (im)possibilidade de identificar seus titulares.

<sup>11</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

<sup>12</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 20.

<sup>13</sup> A Lei Federal n.º 8.078/1990 diz, textualmente: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>14</sup> A Lei Federal n.º 7.347/1985 nos diz: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Vale ressaltar, em termos cronológicos, que a legislação nacional não acompanhou um sentido gradativo de construção desses direitos, conforme já citado, a Lei de Ação Civil Pública foi pioneira ao conceder via processual para a tutela desses direitos em ascensão<sup>15</sup>, mas de redação muito limitada, vez que o seu art. 1º se restringia a apenas ações para apurar a responsabilidade de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor cultural material e imaterial.

Foi o primeiro passo para a abertura, nos dizeres de Zavascki<sup>16</sup>, de “um novo subsistema de processo”, restava a previsão material dos respectivos direitos, que se implementaram em definitivo ao nosso ordenamento por meio da Constituição de 1988, bem como da imediata redação do CDC que ampliou os meios de tutela de direitos coletivos por meio de melhor definição dos respectivos interesses metaindividuais e maior racionalidade à Lei de Ação Civil Pública, e outras leis que atualmente compõem o microsistema do processo coletivo<sup>17</sup>.

### 1.2.1 Da previsão constitucional

A partir da concepção kelseniana<sup>18</sup>, de que a constituição é a norma hipotética fundamental, ocupando o topo do ordenamento jurídico, devendo as demais previsões legislativas se adaptarem aos seus comandos, bem como a interpretação de que qualquer dispositivo sempre será orientado pela ordem

---

<sup>15</sup> Tal qual ocorre com o atual Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015) o código anterior (Lei Federal n.º 5.869/1973) contava apenas em seu art. 46 a formação de litisconsórcio facultativo como figura análoga ao ideal de defesa conjunta de direitos individuais afins ou comuns de vários titulares.

<sup>16</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 36.

<sup>17</sup> Nesse diapasão, além da própria CRFB de 1988, a LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA e o CDC, na atual conjectura podemos apontar o seguinte índice que compõe o microsistema do processo coletivo: Lei Federal n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que versou sobre os interesses das pessoas portadoras de deficiência; Lei Federal n.º 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que cuidou dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990), voltado para a defesa dos interesses da criança e do adolescente; Lei Federal n.º Antitruste (Lei Federal n.º 8.884/1994 e, atualmente, Lei Federal n.º Federal n.º 12.529/2011), permitindo ajuizamento de ação civil pública de responsabilidade por danos decorrentes de infrações da ordem econômica e da economia popular; o Estatuto das Cidades (Lei Federal n.º 10.257/2001), que trata dos interesses relacionados ao urbanismo; e o Estatuto do Idoso (Lei Federal n.º 10.741/2003), que versa sobre a proteção dos interesses dos idosos.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de Agnes Cretella. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 71.

constitucional, é imperiosa que a elucubração tenha esse vetor como ponto de partida.

Consoante à noção de que interesses representam anseios para se obter determinado bem, sejam em nível público ou privado, comumente essa assimilação pela parte do Estado é a transformação em conteúdo de lei, passando a representar um direito objetivo e a faculdade de exercê-lo, portanto, direito subjetivo.

A par das questões metaindividuais como sinal de novos tempos, o legislador constituinte originário de 1988 concebeu essa demanda em direitos previstos na Carta Magna, indo mais adiante, cunhou a expressão “interesses” como sinal de disposição programática, capaz de absorver novas demandas do mesmo espírito, evitando a impossibilidade de prestação jurisdicional em razão de mera taxatividade<sup>19</sup>:

Por conta dessa divergência, e visando evitar questionamentos sobre a possibilidade de defesa judicial desses novos direitos (ou interesses, na voz da opinião conservadora), a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor empregaram ambos os termos – *direitos* e *interesses* –, deixando clara a possibilidade da tutela judicial tanto de uns, quanto de outros.

Realça-se a desnecessária diferença em tratar interesses e direitos quanto à diegese da metaindividualidade. Dito isto, pode-se relacionar pontos contundentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dão prova do direito material atribuído a título coletivo *lato sensu*, como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o direito à educação, o cuidado com o patrimônio cultural, a proteção ao consumidor e a preservação da probidade administrativa.

Do mesmo modo foram concebidos meios para a tutela desses direitos, com a previsão ou constitucionalização de ações ou a atribuição de legitimidade para substituição processual, consoante às anotações de Zavascki<sup>20</sup>:

[...] A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública

<sup>19</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017. p. 41.

<sup>20</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 36.

destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

[...]

A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art. 8º, III), a quem foi conferida legitimação para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. Da mesma forma, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo “em defesa de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX).

A partir de todo esse acervo, que compõe em linhas gerais a disciplina legal do direito coletivo, faz-se necessário abordar cada uma das possibilidades.

### 1.2.2 Direitos ou interesses difusos

Na acepção legal do CDC, art. 81, parágrafo único, I, difusos são os direitos ou interesses de natureza indivisível correspondentes a uma totalidade de pessoas indetermináveis e unidas por uma situação de fato comum.

A conceituação patrocina uma ideia de imprecisão de sujeitos assistidos pelo mesmo direito por entender o contexto globalizante e superação da individualidade, frise-se que não há necessariamente uma ligação pela natureza jurídica, mas os sujeitos estão unidos pela mesma relação casual e o seu resultado, alguma circunstância que os atinge por igual. Nas palavras de Péricles Prade *apud* Zavascki <sup>21</sup>, “são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação”.

Fica intrínseco a indivisibilidade do objeto afetado na relação casuística, desde a violação do direito ou ameaça, até a reparação dos danos, vez que afeta igualmente cada um dos indetermináveis titulares. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CRFB) remonta ao exemplo clássico à questão, posto que a todos os brasileiros cabe o usufruto do meio ambiente adequado ao exercício da vida digna, em que uma intempérie de poluição atmosférica afeta igualmente todas as pessoas, sendo impossível avaliar a cota parte de ar limpo que lhe cabe. Desta forma, em eventual tutela coletiva, devido à

---

<sup>21</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

indivisibilidade desse direito, a decisão emana efeitos *erga omnes*. Em termos práticos, Mazzilli<sup>22</sup> traça exemplo em conjectura à realidade:

[...] também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse em si mesmo é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Em si mesmo, portanto, o próprio interesse em disputa é indivisível.

Discorridos os aspectos materiais relacionados à transindividualidade, observam-se efeitos adjetivos ou processuais, dado que a defesa desses interesses se dá por meio de substituição processual, em razão da patente impossibilidade de reunião de todos os sujeitos do polo ativo, o que via de regra impossibilita o autor da demanda de renunciar integral ou parcialmente o direito em contenda, visto que não lhe é seu. O aspecto da legitimação, em sede de tutela jurisdicional, merecerá maior estudo em capítulo vindouro.

### 1.2.3 Direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* ou em sentido estrito (coletivos propriamente ditos)

A ameaça ou ofensa a um direito atinge parcela restrita de pessoas, ou seja, um grupo reunido por um interesse em comum, de maneira que o alcance e o desfrute desse objetivo comum o colocam na condição de sujeito determinável, portanto é a relação-base que o mantém unido, e conseqüente turbação afeta igualmente a todos.

A exposição acima diz respeito aos direitos coletivos *stricto sensu*, que nos termos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC, são “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

O ponto de maior destaque dos interesses coletivos estritos está na determinabilidade dos sujeitos, que originariamente está pautada na “relação jurídica básica”. Denota-se mais atenção nesse caso específico, pois aqui há necessidade

---

<sup>22</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

de se esclarecer a determinabilidade dos indivíduos que remanesçam um direito de natureza indivisível, sendo esta fruto da relação jurídica em comum, por isso “*stricto sensu*”. Um exemplo estaria na previsão do quinto constitucional, art. 94, reservando-se vagas junto aos tribunais às determinadas categorias, no caso Ministério Público e advogados. Caso alguma das casas magistras desrespeitasse a composição de seus membros ignorando os membros do *Parquet* ou advogados, estaria prejudicando essencialmente essa classe (determinada), unidos por uma relação jurídica comum.

Nesse condão, vale observar: na eventualidade da lesão ao direito do grupo, essa relação comum entre os pertencentes ao grupo é preexistente ou surge apenas com o fato? Andrade et al.<sup>23</sup> atesta que sim, a relação-base deve ser preexistente aos fatos:

[...] essa relação-base é preexistente àquela relação jurídica que surge após a lesão ou ameaça de lesão, consistente no direito de ver cessada a ameaça ou corrigida a lesão.

Já nos casos em que a relação-base se dá entre os titulares e a parte contrária, essa relação também é preexistente à relação jurídica originária da lesão ou da ameaça de lesão, não podendo ser confundida com ela.

A condição necessária para a elevação de interesses metaindividuais está na impossibilidade de indivisibilidade do objeto que confere aos sujeitos envolvidos, posto que se diferenciam na abrangência ou coletividade, os interesses difusos compreendem à indeterminabilidade de pessoas atingidas por situação, enquanto os coletivos *stricto sensu* retraem-se a grupo com titulares de direitos determináveis afetados pela relação jurídica em comum, não pelo fato danoso.

Sob os efeitos na área processual, assemelham-se aos mesmos postulados no tópico imediatamente anterior, contudo, merece atenção o fato de que a indivisibilidade do objeto, direito ou interesse faz com que a coisa julgada em direitos coletivos seja *ultra partes*. Logo, pessoas estranhas à classe ou grupo (que se beneficiaram da decisão judicial na tutela de direitos coletivos), mas por eventualmente estarem atingidas por situação jurídica equivalente, ou com a mesma parte contrária, podem usufruir dos mesmos efeitos.

---

<sup>23</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 25.

#### 1.2.4 Direitos ou interesses individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos

Os direitos ou interesses individuais homogêneos, de previsão legal no inciso terceiro, parágrafo único, do art. 81, do CDC, são definidos como sendo “os decorrentes de origem comum”. Essa breve definição<sup>24</sup> abre espaço para uma série de questionamentos.

O ponto de maior convergência dos direitos individuais homogêneos para dentro do gênero metaindividual está na “origem comum” seja para fatos, como nos direitos coletivos, seja para a relação jurídica nos direitos coletivos *stricto sensu*.

Conforme Kazuo Watanabe (2005, p. 806):

A origem pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, tem como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.

Vincenzo Vigoriti<sup>25</sup> argumentava sobre impossibilidade de se aplicar aos interesses coletivos os critérios de determinação da legitimidade de agir elaborados para a tutela de interesses individuais:

*Il regime positivo e la bocazione degli interpreti giustificano pinamente la conclusione che la questione dela legittimazione ad agire a tutela di interessi collettivi [...] non può essere impostata nei termini tradizionali.*

Em se tratando de direitos individuais, os direitos subjetivos individuais dos indivíduos com fácil identificação, bem como o objeto de seu direito, são direitos divisíveis, sendo seu portador capaz de usufruir da melhor faculdade que lhe convier para defesa do seu direito, sem que necessariamente influencie na esfera de outra pessoa, apesar de ligados pela origem comum do mesmo direito, dado isso à homogeneidade do fato ou relação jurídica.

---

<sup>24</sup> WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 806.

<sup>25</sup> VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milão: Giuffrè Editore, 1979, p. 100.

No entanto, o CDC inova viabilizando e, por que não dizer, “estimulando” sua tutela por meio de ações coletivas, haja vista as dificuldades de se instaurar um litisconsórcio e necessidade de se produzirem decisões judiciais uniformes.

Podemos relacionar um paralelo entre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, porque se colocando em partida uma origem comum de fato ou de direito, as peculiaridades da situação podem colocar em diferentes escalas de intensidade e lesão de direitos. Para isso, basta imaginar a poluição de um rio, que num primeiro plano se caracteriza a lesão ao direito difuso de um meio ambiente equilibrado, conforme já explanado; todavia, uma cooperativa de pescadores poderia tutelar seus interesses sob a mesma relação jurídica base, típico de interesses coletivos; eventualmente, caso alguns ribeirinhos se contaminassem a ponto de abalar sua saúde, poderiam buscar suplemento para a defesa de seus interesses individuais homogêneos de danos morais e materiais.

O paralelo colocado anteriormente para fins de demonstrar o “ponto comum” entre os referidos direitos não exime da classificação doutrinária de “acidentalmente coletivos”<sup>26</sup>, visto que abarcam direitos postos individualmente, como seus titulares, em que a opção pela tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos reflete um feixe de relações jurídicas individuais em que se associam por mero interesse. Nas palavras da doutrina<sup>27</sup>:

[...] Por tais razões (principalmente pela divisibilidade do seu objeto), verificando os interesses individuais homogêneos, em essência, distanciam-se dos difusos e coletivos, os autores neles vislumbram uma transindividualidade artificial (meramente) formal, denominando-os como interesses acidentalmente coletivos.

De fato, direitos difusos e coletivos, tratam da congruência de direitos ou objetivos indivisíveis a pessoas e titulares indeterminados, ou pelo menos determináveis aos coletivos, que são por sua natureza “essencialmente coletivos”.

Neste caso, há necessidade de se instaurar a elucidação da devida acepção e termos quando está a se dizer de ações judiciais. Bem ensina Teori Zavascki<sup>28</sup> que existe cabal diferença entre “tutela de direitos coletivos da tutela coletiva de direitos”,

<sup>26</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017.p. 33.

<sup>27</sup> Ibid., p. 35.

<sup>28</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 37.

pois aquela se refere à tutela em juízo dos direitos difusos e coletivos, já a segunda acepção é cabível apenas aos direitos individuais homogêneos. Entretanto, há doutrinadores que divergem, como Mazilli<sup>29</sup>. Segundo o jurista, a principal característica dos interesses transindividuais está assentada na possibilidade de se trocar o ingresso judicial individual por um processo coletivo, sustentando que os direitos individuais homogêneos não deixam de ser coletivos.

A questão doutrinária está travada sob diferentes pontos da análise. Zavascki observa as diferenciações a partir do direito material (subjetivo). Para Mazilli, versa os estudos sob a ótica do direito formal. Talvez mais certa a perspectiva de Zavascki, vez que o CDC, ao disciplinar a tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos, chama de transindividuais apenas os difusos (art. 81, parágrafo único, I) e os coletivos (art. 81, parágrafo único, II), não se referindo do mesmo modo aos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III), presumível o caráter “material” para devida diferenciação.

A partir desse enfoque que se estabelecerá o ponto crucial para que se possa afirmar os limites de atuação de assistência da Defensoria Pública aos “materialmente necessitados”.

---

<sup>29</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

## 2 CIDADANIA E JUSTIÇA: UM OLHAR HISTÓRICO DA NECESSIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso ao Poder Judiciário para a postulação de pretensão de direito, seja preventiva ou reparatória, individual, coletiva ou difusa, deve ser exercido sob a devida assistência técnica-jurídica, notadamente na perspectiva de se defender, situação mais sensível quando se refere àqueles que denotam necessidade, mas por limitações de origem econômica, por vezes, veem seus direitos tolhidos.

Essa ideia tem um viés histórico tão farto que remonta até mesmo nas civilizações humanas mais primitivas, como é o caso do Código de Hamurabi (2067 a.C.), lembrado por Carneiro<sup>30</sup>, que já previa a necessidade de amparar a defesa dos mais fracos perante os mais fortes, prescrevendo que:

“Eu sou o governador guardião. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad. Em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita a justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como o rei que sou da justiça”.

A concepção de justiça se demonstra essencial para o desenvolvimento de qualquer sociedade, pois apesar da existência de leis, que em tese tem como objetivo a ideia de coesão social, essa unidade pode ser sustentada pelos interesses de uns sobre os outros. Demonstrado por Aristóteles<sup>31</sup>, sobressaindo a desigualdade, para tanto, apenas a justiça (*dokaiosyne*) é virtude capaz de reger as relações entre os homens na cidade, sejam entre eles mesmos, seja com a comunidade política visando a igualdade de condições (justiça distributiva). Isto posto, a prática da justiça passa a contemplar o aspecto da virtude e corrobora na transformação do homem em cidadão.

Depreende-se que o modelo clássico de cidadania, ainda que esteja em constante aperfeiçoamento, remonta a ideia de justiça como núcleo central de uma comunidade, para isto, ter meios de acesso à justiça é essencial para construção de uma ordem jurídica válida e legítima. Todavia, observa-se que a justiça ao longo da história se operava para os cidadãos que ostentavam tal perfil graças ao poder

---

<sup>30</sup> CARNEIRO, Paulo César. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública; uma nova sistematização da teoria geral do processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 2005, p. 95.

econômico, de acordo com Pinsky C. e Pinsky J.<sup>32</sup>, elaboram uma digressão histórica geral capaz de corroborar que a formação das sociedades organizadas foram o pressuposto para o Estado, mas que essa condução política foi sempre fomentada pelo poder aquisitivo ou econômico, fator determinante da elevação de um sujeito à condição de “cidadão”, sendo que na contemporaneidade isso continua sendo a máxima de organização/estratificação social.

Em Roma, a situação não foi muito diferente, apesar das tensões sociais que ocasionaram em determinados períodos de abertura política, como “*os tribunos da plebe*”, o ápice da cidadania foi a *Lei Canuléia*, que sob o patrocínio dos irmãos Graco promoveram a “*ordem equestre*”, que levava esse nome em razão de plebeus, que por terem seus próprios cavalos, formaram a cavalaria do exército romano.

Na Idade Média, notou-se gradual redução da cidadania, não obstante a escravidão dar lugar à servidão, a ideia de uma sociedade baseada em estamentos (nobres, vassalos e clérigos) conduziu a inamovibilidade social, concentrando a manifestação política nas mãos daqueles que detinham poderes. Conquanto, com o surgimento dos vilarejos, observa-se a migração do vassalo insatisfeito para um espaço novo que lhe permitia autonomia, sendo assim, o *burgo* se projeta como a *polis* da antiguidade clássica, e o burguês como a representação do cidadão, sendo a cidade o seu ambiente apropriado.

Algumas cidades da península itálica, a partir do século XI, não coincidentemente tinham uma vida política muito próxima das antigas Cidades-estados da mesma região e com iguais características quanto a sua concepção de cidadania. Somente o grupo que detinha direitos políticos, uma minoria burguesa, era entendido como cidadão.

Na Idade Moderna se viu o esfacelamento do Feudalismo em razão dos questionamentos da nova classe emergente, os burgueses, colocando em xeque os privilégios da nobreza. Assim ocorreu, principalmente, quando o “povo”, como fizera na Roma monárquica, viu na figura do rei a unidade política necessária para, num processo inverso, minar os centros menores de poder, o poder feudal.

Desta forma, nasciam os Estados Modernos, garantindo as defesas das cidades em fortalezas e a expansão do conceito de nação. Contudo, a classe

---

<sup>32</sup> PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 573.

burguesa até então não sentia satisfação no modelo estatal absolutista, que apesar de “domar” a nobreza, ainda a mantinha sob suas asas, garantindo-lhe tratamento diferenciado, além disso, era colocada na condição de extrema submissão e respeito à autoridade estatal, que por fim concentrava todo poder político na figura de uma exímia “entidade divina”. O ideal clássico de tratamento igual para todos sondava os burgueses, já que a cidadania, ao menos como a concebemos atualmente, passava longe de existir.

Por conseguinte, o burguês concebeu o poder do Estado Absoluto como injusto, irracional e ilegítimo. Inconformada com a situação, por financiar economicamente o Estado Absolutista, a burguesia procurou criar mecanismos para que pudesse ter acesso ao poder político. É neste contexto que eclodiu a Revolução Inglesa (Gloriosa) de 1640 até 1688, que, como sabemos, foi uma revolução burguesa, visando à conquista do poder político do Estado pelos burgueses. A Revolução Francesa de 1789, égide da Idade Contemporânea, teve, a grosso modo, como objetivo principal a tomada do poder político pela burguesia, instituindo um outro modelo de Estado: o Estado liberal. Convém lembrar que havia, na realidade, duas revoluções: a da burguesia, em plena ascensão, e a outra revolução era a dos trabalhadores sem propriedade, que viviam à beira do desemprego e da indigência, mas que acima de situações antagônicas, o encontro de interesses culminou na elaboração na “Declaração de direitos do homem e do cidadão”, marco jurídico de reflexos imensuráveis para demais nações em todo o mundo.

Deste modo, juntamente com a Revolução Inglesa e Francesa, surgiu a concepção moderna de cidadania, que, no universo liberal, passou a contemplar a liberdade e a igualdade reivindicadas pela burguesia contra o Estado Absolutista, que representava os resquícios do Antigo Regime. Neste sentido, um dos marcantes argumentos da burguesia foram os direitos naturais (jusnaturalismo), que iam de encontro ao poder monárquico, porque afirmava a liberdade individual contra as pretensões despóticas do absolutismo e negava a desigualdade de direitos sancionada pela organização hierárquica e estamental própria do feudalismo. Por consequência, a cidadania surgida na Europa, no século XVIII, priorizava os chamados direitos civis (liberdades individuais). Estes, por um lado, estavam em sintonia com os princípios e interesses burgueses: individualismo, igualdade e liberdade.

Por outro lado, os referidos direitos trouxeram contribuições que ultrapassaram os interesses dos burgueses. Nesta ótica, a liberdade individual presente nos direitos civis contempla a liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento, direito à justiça, escolha de atividade e o lugar onde iria exercê-la (livre iniciativa). Outrossim, a liberdade formal serviu de moldura para centenas de lutas sociais que redundaram na efetiva melhoria das condições da classe operária de desfrutar de fato seus direitos civis, políticos e sociais.

A contar do século XX, após a Grande Recessão (1929) e Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a concepção de cidadania alcança um patamar além da visão individualista, típica dos estados liberais que conduziram os empecilhos supramencionados, porque se reconhece que o bem-estar individual depende da ação conjunta, ou seja, a soma das vontades individuais garantirá o bem-estar de todos, surgindo um novo modelo estatal, o Estado Democrático de Direito, tendo como compromisso velar o bem comum, também chamado de *Welfare State*, ou Estado de bem-estar social.

A partir desta nova concepção, a cidadania ganha um novo atributo, o dever cidadão, compreendendo que o alcance de uma sociedade justa parte da ação individual de reconhecer o direito dos outros e respeitá-lo, em primazia da coletividade, sem abdicar dos direitos que lhe garantem a dignidade. Esta nova perspectiva foi fomentada graças ao desenvolvimento de uma noção universal de Direitos Humanos, principalmente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a promulgação de um documento orientador dos valores cidadãos, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), servindo como modelo para vários países que incorporaram esses valores aos seus ordenamentos jurídicos, servindo como base de profundas reformas históricas sociais, como a Independência da Índia (Mohandas Gandhi) e a afirmação dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos (Rosa Parks e Martin Luther King Jr.), na segunda metade do século XX, elencando a presença da tríade fundamental de direitos de qualquer cidadão: direitos políticos, civis e sociais<sup>33</sup>.

Segundo Marshal, a cidadania é o resultado da gradual conquista de direitos civis, políticos e sociais:

---

<sup>33</sup> MARSHAL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1997, p. 57.

“O direito civil diz respeito basicamente à liberdade individual: liberdade de ir e vir, de pensamento, de fé, de imprensa, de fechar contratos legais, igualdade perante a lei e direito à justiça, direito ao próprio corpo e direito à propriedade privada. Deve-se entender o direito político como a possibilidade de participar do exercício do poder político, candidatar-se, votar e ser votado, criar e filiar-se a partidos políticos, participar de movimentos sociais, entre outros. Por último, os direitos sociais dizem respeito ao atendimento das necessidades básicas de um ser humano que garanta o mínimo de bem-estar, e que ele leve a vida de um ser civilizado, considerados uma contraprestação estatal. Por exemplo, direito à alimentação, à moradia, à educação, à saúde, a um salário digno”.

Todo esse corredor histórico deságua na seguinte premissa: a cidadania se afirma por meio de recursos materiais. O meio para garantir a materialidade desse sentido é a justiça.

Traz-se a necessidade de superação do mero estado de direito natural, em que o acesso à justiça era um de seus componentes, anteriores ao próprio Estado, sendo que para este bastasse apenas não permitir a violação de outros tipos de direitos, nos dizeres de Cappelletti e Garth<sup>34</sup>:

[...] o Estado, portanto, permanecia passivo, com relação aos problemas de aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática.

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso forma. Mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Conforme observado anteriormente, graças a uma consciência de ação social coletiva, em que os sujeitos compreendem a relevância das relações sociais e seus reflexos na vida privada, fortemente fomentada pela construção de Direitos Humanos na ordem internacional, pós Segunda Guerra Mundial, são sacramentados os direitos e deveres coletivos que serão incorporados às Constituições diversas da contemporaneidade<sup>35</sup>.

O acesso efetivo à justiça tem demonstrado uma preocupação constante de uma ordem jurídica moderna. No entanto, não basta somente deixar a cargo do Poder Judiciário conjecturar meios para tanto, isso exige acima de tudo uma atitude

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

<sup>35</sup> Apontam uma onda de neoconstitucionalismo ocidental, guiado pelo senso de justiça social, previsto nas constituições da França em 1946, Itália em 1947, Bulgária em 1948 e Alemanha em 1949.

política, já que o acesso à justiça é um direito social, considerando que essa é financiada pela receita de tributos pagos pelo cidadão, deve receber de volta o investimento, quer dizer, o administrador público há de criar mecanismos para a referida finalidade. Ademais, requer estudos doutrinários que viabilizem um rito processual próprio para as questões, colocando o direito a par dos anseios sociais, em que o cidadão consignado de deveres possa usar do Poder Judiciário para debater políticas públicas afinadas com a sua realidade social.

## 2.1 A CONTRAPARTIDA ESTATAL NO ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com o reparado na écbase histórica, para a efetividade de todos os direitos, individuais ou supraindividuais, o acesso à justiça é requisito fundamental, é condição *sine qua non*<sup>36</sup>. Por derradeiro, os direitos só se manifestam se for real a possibilidade de reivindicá-los perante os tribunais, se este ponto de partida não é satisfeito, os demais jamais se concretizam.

Mais próximo dessa necessidade, as disposições constitucionais de várias nações velam compromisso nesse sentido. Antes mesmo das análises de direito internacional, o pressuposto de um judiciário imparcial é o cânone da própria justiça, porém ao mesmo tempo deve estar aberto a receber todos, desde que esse contato seja o mais qualificado possível.

Desta forma, a engenharia constitucional, com arrimo da inter-relação harmoniosa dos três poderes estatais<sup>37</sup>, é capaz de lançar instituições que possam viabilizar a comunicação entre os realmente necessitados e a assistência judiciária. O que está a dizer é que as instituições que compõem o sistema de justiça são frutos da criação legislativa e decorrente de subsistência pelo Poder Executivo, representando o esforço estatal no cumprimento da responsabilidade do acesso à justiça e conseqüente igualdade e isonomia de direitos entre os seus cidadãos, transformando preceitos legais em realidade concreta, sem comprometer a ilibada

---

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

<sup>37</sup> MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 76.

imagem de um Poder Judiciário neutro, igualmente patrocinado por Branco e Mendes<sup>38</sup>:

O Poder Judiciário desempenha papel capital para reter os Poderes Legislativos e Executivo nas fronteiras dispostas constitucionalmente às suas ações. Como meio de limitação do próprio Poder Judiciário, entretanto, recusa-se que ele possa agir por iniciativa própria. A jurisdição depende de provocação externa para ser exercida. A prerrogativa de movimentar o Judiciário se mostra, desse modo, crucial; daí a importância da ação dos entes e pessoas que oficiam perante os juízos e que, por isso, exercem funções essenciais à justiça.

Esse “sistema de justiça” é composto por instituições que por base do ordenamento jurídico pátrio chamamos de “funções essenciais à justiça”, que nos moldes constitucionais correspondem ao Ministério Público, à Advocacia e à Defensoria Pública, que mesmo estranhos à estrutura do Poder Judiciário, são vitais para a execução de sua tarefa constitucional.

Desde já é salutar diferenciar os termos assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita.

Na síntese de Neto<sup>39</sup>, assistência jurídica é conceito amplo e que engloba a prestação de serviços extrajudiciais, como serviços consultivos, elaboração de contratos, notificações extrajudiciais, etc., além da assistência judiciária, que é o patrocínio da causa de forma gratuita por advogado pertencente à organização que pode ser estatal ou paraestatal, conforme art. 5º, LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Já a justiça gratuita significa a possibilidade da parte necessitada não efetuar o pagamento das despesas decorrentes de relação jurídica processual.

De antemão, considerando o objetivo do presente estudo, pode-se sumariamente descrever as atribuições da advocacia, seja pública ou privada.

No aspecto privado, tem-se que a presença do advogado é lapidar para a formação do senso de justiça. As diligências requeridas em processo e sua resiliência recursal levam ao processo os aspectos do mundo fático, trilhando o

---

<sup>38</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: 2017, p. 926.

<sup>39</sup> NETO, Eduardo Simões. Justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica: Breves apontamentos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 25, jan./jun. 2010. Belo Horizonte, 2010, p. 96/107. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/download/p.2318-7999.../4661>. Acesso em 03 mar. 2019.

caminho para a verdade e consecução da justiça, portanto, ainda que o *Habeas Corpus* (Constituição Federal), a revisão criminal (Código de Processo Penal-CPP), exceções nos juizados especiais cíveis e criminais e reclamação trabalhista (Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT) dispensem a capacidade postulatória de exclusividade do advogado, de acordo com o Estatuto da Advocacia, isso não lhe retira ou diminui sua relevância para o correto funcionamento da ordem jurídica.

Na seara da Advocacia Pública está o patrocínio das pessoas políticas, desempenhado por detentores de cargos selecionados em concurso público e organizados em carreira, sendo os Procuradores de Estado ou de Advogado da União. Nos termos da CRFB, arts. 131 e 132, a União é representada, judicial e extrajudicialmente, pela Advocacia-Geral da União, cabendo-lhe o desempenho de atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Nos Estados-membros e no Distrito Federal, a Advocacia Pública fica confiada aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Consideram-se outras duas instituições essenciais à justiça, Ministério Público e Defensoria Pública, devido às repercussões sociais de suas atuações, ora convergentes, ora com peculiaridades que lhes são exclusivamente singulares, notadamente pela própria disposição histórica que coloca o Ministério Público num papel de vanguarda que representa o zelo pela ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, isto é, um amplo leque de atribuições encerra uma atividade mais limitada à Defensoria Pública, entretanto não significa uma espécie de superposição daquele órgão sobre esse.

Por isso, para melhor elucidar esses pontos, necessária é a sistematização de cada uma dessas instituições, revelando suas naturezas jurídicas e relação com os direitos difusos, bem como um comparativo com a ordem internacional<sup>40</sup>:

O estudo de direito comparado é uma ferramenta útil por várias razões: proporciona melhor conhecimento do próprio sistema jurídico e de seus institutos, aprimora a interpretação das normas jurídicas, serve de referência para a construção de uma política legislativa mais bem qualificada e potencializa a compreensão da cultura, dos valores e dos costumes de outros países.

Esse paralelo advém da realidade de um mundo globalizado, em que cada vez mais a aproximação de povos e suas culturas exige um direito comum, ainda

---

<sup>40</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 110.

que regionalizado, para melhor averiguação da efetividade do interesse, fornecendo subsídios para complementar lacunas ou, até mesmo, reformulação de políticas públicas/legislativas.

### 2.1.1 O Ministério Público no mundo e suas origens no Brasil

(...) do antigo Egito a França de Felipe – o Belo -, o estudioso vai encontrar, em todas as organizações estatais das civilizações antigas traços identificadores da instituição nascente, que paulatinamente ganhava contornos definitivos ao longo dos tempos.”

Tal visão é corroborada por Vellani, que aponta ainda uma espécie de ancestral do promotor moderno na figura do funcionário real, conhecido como *magiaí*, classificado como “língua e os olhos do rei”, que, de acordo com o autor, tinha “o papel de castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos, fazia ouvir as palavras de acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso e, posteriormente, tomava parte das instruções para descobrir a verdade”<sup>41</sup>. Entre as atribuições desses funcionários estava também atuar na defesa de algumas classes de pessoas mais frágeis, como órfãos e viúvas.

Ainda de acordo com Vellani, “a análise dessa corrente que vê no Egito a origem do Ministério Público é feita através da atenção que o Egito dava ao Direito Processual, fazendo nascer aí uma função tipicamente fiscalizadora”<sup>42</sup>.

Mesmo que o Egito antigo possa ser apontado como o berço das funções que hodiernamente são atribuições do Ministério Público, forçoso é reconhecer que parte significativa dos doutrinadores acredita ser mais correto apontar a França do século XIV, com seus *‘procureur du roi’* (procuradores do rei), como o exemplo moderno que, disseminado, deu origem aos Ministérios Públicos existentes hoje em todo o mundo, entre eles o brasileiro.

De acordo com Garcia, foi a Ordenança 1302 de Felipe IV, chamando de o Belo, Rei da França, o primeiro diploma legal a tratar dos Procuradores do Rei. No diploma era vedado que os Procuradores do Rei patrocinassem quaisquer outros interesses que não os da coroa, devendo prestar o mesmo juramento dos juízes.

Para a autora:

---

<sup>41</sup> VELLANI, Mário. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.02.

<sup>42</sup> Ibid., p.02.

“os reis demonstravam, através de seus atos, a independência que o Ministério Público tinha em relação aos juízes, constituindo-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores, pois os Procuradores do Rei dirigiam-se aos juízes do mesmo “assoalho” (‘Parquet’ em francês) em que estes estavam sentados, porém o faziam de pé. Daí a expressão cunhada ao Ministério Público de que ele era a Magistratura de pé”<sup>43</sup>.

Com a função primordial de atuar nos assuntos ligados à monarquia, como representantes reais, o Ministério Público francês ganhou ainda mais relevância com a Revolução Francesa, que, segundo Rangel<sup>44</sup>, foi a responsável por estruturar o *Parquet* enquanto instituição, garantindo autonomia a seus integrantes. Tal processo, segundo Rangel, foi finalizado com as codificações de Napoleão, especialmente o Código de Instrução Criminal e a Lei de 20 de abril de 1810, que efetivamente instituíram o Ministério Público.

### 2.1.2 O Ministério Público no Brasil

A chegada do Ministério Público ao direito brasileiro, por sua vez, foi uma consequência direta de sua implementação na Europa. Inspiração para todo o direito europeu, o direito francês foi também a grande fonte das Ordenações Manuelinas (1521) e depois as Ordenações Filipinas (1603), os dois primeiros códigos portugueses de Direito e que, por consequência, eram também os códigos vigentes nas colônias lusas como o Brasil<sup>45</sup>.

Segundo Machado<sup>46</sup>, é justamente nas Ordenações Manuelinas que aparece pela primeira vez a referência ao Promotor de Justiça e suas obrigações, bem como os pré-requisitos para função.

Posteriormente, nas Ordenações Filipinas, o Promotor de Justiça ganha mais destaque, passando a ser responsável pela acusação. Passam ainda a ser nomeado diretamente pelo rei e ganha a atribuição de “requerer todas as causas que tocam à justiça, com cuidado e diligência, formar libelos contra os seguros, ou

---

<sup>43</sup> GARCIA, Monique Julien. A Origem do Ministério Público e sua Atuação no Direito Comparado. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 2, p. 131-155, 2012. p. 134.

<sup>44</sup> RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 3. ed. Rio, de janeiro: Lumen Juris, 2009, p.118.

<sup>45</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. Edusp: São Paulo, 2012, p. 328.

<sup>46</sup> MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.15.

presos, que por parte da justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acordo da relação”<sup>47</sup> .

Poucos anos depois, em 1609, surge pela primeira vez no Brasil, no Tribunal da Relação da Bahia<sup>48</sup>, a figura do Promotor, que agia em conjunto com o procurador dos feitos da Coroa e da Fazenda, os dois membros do Tribunal.

Foi apenas com o Tribunal de Relação da Bahia que o Brasil passou a ter julgamento em segunda instância, sendo os recursos julgados em Lisboa<sup>49</sup>. Como bem nos lembra Almeida Junior, com a nova corte que se instaurava no Brasil, houve um ganho de importância da figura do Promotor, “o Ministério Público não estava completamente instituído, mas perante os Tribunais havia um Procurador da Coroa e um Promotor da Justiça, e perante os juízos singulares havia Solicitadores da Fazenda e Resíduos, além dos Curadores especiais”<sup>50</sup>.

Apesar do papel de destaque no ordenamento jurídico, a instituição perfilhou dura trajetória até a dimensão que ostenta atualmente. Tanto que, mesmo com o advento da Constituição de 1824, já no Brasil Império, não há menção ao órgão no referido diploma legal.

É somente com o Código de Processo Penal do Império, datado de 29 de novembro de 1832, que ocorre a formalização do Ministério Público como instituição. Passam então os promotores a terem as atribuições exclusivas<sup>51</sup>. Ressalta-se

---

<sup>47</sup> MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.16.

<sup>48</sup> No novo regimento deste tribunal a ação do Ministério Público era assim definida: “Art. 54 - O procurador dos feitos da coroa e fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à coroa e fazenda, para requerer nellas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa e fazenda, por minhas ordenações e extravagantes. Art. 55 - Servirá outrossim o dito procurador da coroa e dos feitos da fazenda de procurador do fisco e de promotor de justiça: e usará em todo o regimento, que por minhas ordenações é dado ao promotor de justiça da Casa da Suplicação e ao procurador do fisco”.

<sup>49</sup> MELLO, Adbon de. **Ministério Público Rio Grandense** (subsídios para a sua história), Gráfica da Imprensa Oficial, Porto Alegre, 1943, p. 13.

<sup>50</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 77.

<sup>51</sup> Segundo o texto, o MP passa a ter as atribuições, dadas pelo artigo 37 da referida lei, de “denunciar os crimes públicos e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou tentativa, ferimentos com qualificações, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar os delinquentes perante os jurados; solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais (§ 2º); dar parte às autoridades competentes das negligências e prevaricações dos empregados na administração da justiça (§ 3º).

também a edição do regulamento nº 120 de 31 de janeiro de 1842, que regravava a escolha do Promotor Público<sup>52</sup>:

O regulamento nº 120 de 31 de janeiro de 1842, em seu artigo 217, seguido pela Lei 03 de dezembro de 1851, que versa sobre a reforma do processo penal, modifica a sistemática da nomeação do Promotor Público. Suprimiu-se o mandato por um triênio, passando o Promotor a ocupar o cargo por tempo indefinido. As nomeações, entretanto, passavam a ser feitas por exclusivo critério do Imperador na Corte e pelo Presidente nas Províncias, sem a participação das câmaras municipais. A nova regra indica expressamente também que os Promotores poderiam ser demitidos a qualquer tempo, de acordo com a conveniência do serviço público. Esta norma, mais do que um avanço, como querem alguns, significou um retrocesso institucional, uma vez que retirou do Ministério Público a legitimidade que lhe era emprestada pela proposta da Câmara Municipal, colocando a nomeação e demissão do Promotor Público sob exclusivo alvitre dos chefes do Poder Executivo.

A falta de autonomia e conseqüente independência do órgão somente encontrará deslinde no início do período republicano, contudo sem previsão na Constituição de 1891. Meramente com o trabalho de Campos Salles, em 1890, quando ainda Ministro da Justiça, que o Ministério Público toma a forma de instituição, por meio da exposição de motivos do Decreto n.º 848, de 11 de outubro<sup>53</sup>:

O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada.

O reconhecimento constitucional ocorreu só em 1934, considerando o espírito de direitos sociais que guiavam o Texto Magno. Era natural a elevação de patamar na ordem jurídica no reconhecimento e defesa dos direitos coletivos, segundo as leis de cada Estado<sup>54</sup>. Desse ponto até os meandros de 1988 existe um

---

<sup>52</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: a formação histórica do Ministério Público. *In*: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. JUNIOR, Roberto Porto Macedo (Org.). **Ministério Público II – Democracia**. São Paulo: Altas, 1999. p. 25.

<sup>53</sup> MEIRELLES, José Dilermano. Ministério Público – sua gênese e história. **Revista de Informação Legislativa**, n. 84, out./nov. 1984. Brasília, 1984, p. 202. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181585/000414210.pdf?sequence=3>>. Acesso em 23 jan. 2019.

<sup>54</sup> A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, regrou uma série de direitos trabalhistas com repercussão social, que por óbvio recaí sobre a coletividade beneficiada. Todavia, não há menção de atuação do Ministério Público na tutela coletiva, o texto

hiato a respeito da desenvoltura constitucional do *Parquet*<sup>55</sup>, devido à turbulência política do país, fora isso, as maiores conquistas ocorrem com a edição do Código de Processo Penal de 1941, alargando a atuação do órgão na esfera processual penal.

Nos meandros da abertura política, após o regime militar de 1964 a 1985 e entre a promulgação da Constituição Cidadã, de 05 de outubro de 1988, observa-se evolução legislativa favorável ao desempenho da curadoria dos interesses coletivos, por meio da Lei de Ação Popular (1965), Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), e a mais relevante do microssistema do processo coletivo, a Lei de Ação Civil Pública (1985).

A atual Carta Magna representa marco no crescimento institucional do Ministério Público. O atual texto dedica-se a disciplinar a organização da instituição, além da atribuição de suas tarefas elementares, conforme discorre Mazzilli<sup>56</sup>:

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado status constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-a um quarto Poder: Desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário (Tít. IV, Cap. IV, Seção I); fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático (art. 127); acometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II); erigiu à condição de crime de responsabilidade do Presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, lado a lado com os Poderes de Estado (art. 85, II);

Ademais, o doutrinador faz questão de colocar em evidência que o órgão assume papel muito além do tradicional inquisidor criminal, aliás, é de seu monopólio a persecução da ação penal pública (art. 129, I, da CRFB), mas também de zelador da justiça âmbito muito maior, como demanda a coletividade<sup>57</sup>:

Promover em juízo a ação penal pública, ou em outras palavras ação penal;  
Promover em juízo a ação civil, em defesa de interesses gerais da

---

constitucional, em seus arts. 95, 96, 97 e 98 disciplinam apenas a composição do órgão e a regulamentação dispensada à União, Distrito Federal, Estados e Territórios.

<sup>55</sup>SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. JUNIOR, Roberto Porto Macedo (Org.). **Ministério Público II – Democracia**. São Paulo: Atlas, 1999., p. 27.

<sup>56</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

<sup>57</sup> *ibid.*, p. 327.

coletividade, como em matéria de defesa do meio ambiente ou de interesses transindividuais de consumidores, ou de defesa do patrimônio público e social; Intervir em juízo na defesa de pessoas ou grupos de pessoas que sofram de alguma limitação de gozo ou de exercício de direitos (incapazes, deficientes, idosos, indígenas etc.), ou ainda intervir em juízo na defesa de interesses indisponíveis ou de interesse público primário (o bem geral). Nessa função interventiva, tem papel não só consultivo, mas também ativo, com ampla iniciativa probatória e recursal; investigar diretamente danos a quaisquer dos interesses que lhe incumba defender, por meio do inquérito civil e outros procedimentos a seu cargo;

No âmbito de sua organização, pela atual sistemática institucional, o Ministério Público é instituição una, porém o art. 128 estabelece que o *Parquet* abrange duas grandes dimensões: I – Ministério Público da União chefiado pelo Procurador-Geral da República<sup>58</sup>, que compreende o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – Ministério Público dos Estados<sup>59</sup>, chefiado pelo Procurador-Geral de Justiça.

Malgrado as secções bem definidas, o art. 130, da CRFB, estabeleceu o funcionamento de um Ministério Público de Contas junto aos Tribunais de Contas, contudo, sem definir ao certo a qual órgão estaria de fato vinculado. Apenas em 2002, por meio da ADI 892/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de 18 de março de 2002, prevaleceu a tese de que o Ministério Público de Contas é vinculado administrativamente aos Tribunais de Contas, em que pese seus integrantes serem regidos pelas disposições do *Parquet*<sup>60</sup>:

[...] O Ministério Público, junto ao TCU, se qualifica como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa da Carta Política (art. 73, § 2º, I e art. 130), sendo, indiferente, para efeito de configuração jurídico institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 118, I da Constituição Federal, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. O Ministério Público da União, junto ao TCU, não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante, as expressivas garantias de ordem subjetiva

---

<sup>58</sup> Por sua vez indicado pelo Presidente da República, dentre os integrantes da carreira com mais de 35 anos, após a aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos permitida a recondução, nos termos do § 1º, do disposto em questão. Apenas o Ministério Público Federal é vinculado ao Procurador-Geral da República, pois os Ministério Público do Trabalho e o Militar são presididos por procuradores-gerais próprios, indicados pelo Procurador-Geral da República, mas nomeados pelo Presidente da República, assim como no caso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

<sup>59</sup> Também escolhido por Chefe do Poder Executivo, porém estadual, em lista tríplice entre os integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida a recondução, conforme § 3º, do disposto em apreço.

<sup>60</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1340.

concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na intimidade estrutural dessa Corte de Contas que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput, in fine*) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à sua criação dos cargos respectivos.

A Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de maneira: a robustecer os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional; os próprios atos de organização e gestão do Ministério Público; além de disciplinar os meios dispostos aos Procuradores da República (Federal) e Promotores de Justiça (Estadual) para o escorreito alcance de suas missões institucionais; bem como vedações ao exercício do cargo que só é acessível por meio de concurso público de títulos e provas, com estabilidade após dois anos de estágio probatório. Dentre outros pontos de destaque, a lei em comento foi responsável por estabelecer maiores contornos nas atribuições ministeriais na defesa do regime democrático, vez que o art. 32, III, prevê a atuação do Ministério Público Eleitoral perante a Justiça Eleitoral, por meio da designação de Procuradores e Promotores, consignando com a disposição do art. 18 da Lei Federal n.º 4.737, de 15 de julho de 1965.

Merece atenção a reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de novembro de 2004, que estabeleceu o art. 130-A, o Conselho Nacional do Ministério Público<sup>61</sup>, presidido pelo Procurador-Geral da República, cabendo-lhe o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, quer dizer, uma espécie de corregedoria a nível nacional, no intuito de aprimorar o trabalho do *Parquet* perante a sociedade.

Ao que parece, o Ministério Público comporta em sua estrutura farto arcabouço na materialização dos seus deveres constitucionais. Não seria diferente, pois das diversas tarefas, a guarda da ordem jurídica abarca os interesses sociais que por sua vez compõem-se de direitos coletivos em sentido lato, que só se satisfazem por meio do poder público probó. Esta última situação é possível graças à referida “engenharia constitucional”, que confere ao *Parquet* faculdades

---

<sup>61</sup> Este é composto de 14 (quatorze) membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução.

interventivas, consultivas, processuais probatórias e recursais para o aprimoramento da Administração Pública e consequente respeito aos direitos em questão.

Já fora demonstrada a concepção de direitos metaindividuais com sua natureza jurídica e características, mas a sua efetividade como reflexo dos direitos cidadãos depende da constante assistência e vigilância do Estado. Em compasso à indispensabilidade posta, a CRFB no seu art. 129, III, atribui ao Ministério Público papel curial de “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”, tornando-a sua missão institucional pleitear os citados interesses ou direitos em nome da coletividade, por meio de instrumentos aptos a garantir a defesa desses direitos.

O respeito se dá por meio da fiel atenção à disposição da lei. Quando o gestor público se afasta desse ofício, cabe a repreensão naturalmente colocada à disposição do Ministério Público, posto que o mal agrado tem alcance geral na sociedade, sendo por vezes simultaneamente um ilícito civil, penal e administrativo.

Nesse quadro fica evidente o caráter inquisitivo que esse mister requer, atividades típicas de investigação e colação probatória, seja em eventual suplemento judicial na seara cível ou criminal. Essa propriedade exclusiva de atuação ocorre por uma questão de segurança jurídica, evitando-se disparidades entre autoridades e a preservação da boa-fé objetiva do Estado.

Logo, é patente que a defesa da probidade administrativa com reflexos nos interesses essencialmente coletivos recaia com exclusividade ao Ministério Público, devido a sua tradição no ordenamento e o seu perfil constitucional. Todavia, colocada a máxima do neoconstitucionalismo da “efetividade constitucional”<sup>62</sup>, observar-se-á outros modelos de Ministério Público no direito internacional, no intuito de aferir se as missões constitucionais do órgão são divididas com outros componentes estatais.

#### 2.1.1.1 O Ministério Público no direito internacional

Com suas origens remontando ao Mundo Antigo e difundido na Idade Média e Moderna graças ao modelo francês, o Ministério Público é hoje uma instituição

---

<sup>62</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 209.

presente em boa parte do mundo. Tem, entretanto, em cada local uma especificidade diferente, o que mostra a cultura jurídica e os valores de cada povo.

Portanto, como opção feita por este trabalho, analisa-se mais detalhadamente os pormenores de quatro ministérios públicos: Portugal, França, Estados Unidos e Argentina.

A escolha desses países buscou abarcar exemplos da atuação do Ministério Público nos países onde a *Common Law* é preponderante, modelo cujo grande expoente são os Estados Unidos, e também naquele cujo modelo inspirou a criação dessa instituição nos países que seguem o Direito Romano, que é o caso da França.

A escolha de Portugal se deu pelo fato de ser o sistema brasileiro decorrente do luso, de forma que se torna importante entender os institutos que deram origem aos que estão hoje em nosso sistema jurídico. A presença da Argentina entre os escolhidos se deve à intenção deste trabalho em demonstrar também como são os institutos do Ministério Público em um país vizinho ao Brasil e integrante da América Latina, e que compartilha, uma série de fatores culturais, geográficos e culturais com nosso País.

#### 2.1.1.1.1 Ministério Público português

A origem histórica do Ministério Público português remonta ao modelo francês do século XIV, em que D. Afonso III estabeleceu aos “procuradores do rei” a investidura de zelar pelos interesses reais quanto ao patrimônio deste. Mais tarde, no século XIX, D. João I implementa uma política de auxílio aos mais necessitados por meio do “procurador de justiça”, dando-se ênfase aos direitos sociais, mas passando a administração e recursos dos bens patrimoniais da coroa aos “promotores dos feitos d’el rei” ou da “fazenda”. Pouco tempo depois, nascem os “promotores de justiça”, que defendiam em geral as questões de interesse social, além da punição de criminosos.

A estruturação jurídica do órgão, acompanhando toda a sistemática judiciária, ocorre pela primeira vez em 1832, pelo Decreto n.º 24, de 10 de maio. Cria-se o cargo de “procurador-geral da Coroa no Supremo Tribunal de Justiça”, “procuradores régios” nos tribunais de segunda instância e delegados perante a primeira entrância, sendo que o cargo de delegado é que dava início à carreira de

juiz de direito. No entanto, o Ministério Público era atribuído de funções consultivas aos poderes Legislativo e Executivo, tanto que era vinculado ao Ministério da Justiça.

O rompimento do *Parquet* com atividades políticas só ocorreria na redemocratização do país, por meio da Constituição da República de 1976. Szilard<sup>63</sup> esclarece e sintetiza que o órgão passa por sucessivas evoluções legislativas no intuito de estabelecer o processo de estruturação, independência e autonomia do Ministério Público português, compreendendo três períodos, de 1976 até os dias atuais, sendo que a última se inicia em 1998, por meio da Lei n.º 60/1998, que trata do Estatuto do Ministério Público, regulamentando a estrutura, as funções, direitos, garantias e deveres dos magistrados do Ministério Público, finalmente transformado pela Lei n.º 114/2017.

Sobre esse último aspecto, pela leitura da Constituição da República Portuguesa, observa-se que o Ministério Público faz parte da estrutura do Poder Judiciário, vez que apesar de capítulo dedicado ao *Parquet*, capítulo V, referido ponto está situado no título V, referente aos “Tribunais”. O item “4” do art. 219<sup>64</sup> apresenta os seguintes dizeres: “os agentes do Ministério Público são magistrados”. Como dito acima, o estatuto define o perfil da instituição, nos termos do art. 1<sup>o</sup><sup>65</sup>:

O Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente estatuto e da lei.

Comparando-se à realidade brasileira, o *Parquet* português tem um papel de destaque na manutenção da ordem jurídica, para isto, tem forte destaque político, haja vista que a constituição atribui participação na execução da política criminal:

---

<sup>63</sup> SZILARD, Andreaa Henriques. Ministério público português. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. II. Brasília: ESMPU, 2014. p. 113.

<sup>64</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**, cap. IV, Ministério público, art. 219º (funções e estatutos). Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 23 jan. 2019.

<sup>65</sup> PORTUGAL. **Lei n.º 114 de 29 de dezembro de 2017**. Estatuto do Ministério Público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/estatuto-do-ministerio-publico>>. Acesso em 23 jan. 2019.

Art. 219.º

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

Na escala organizacional, nota-se forte hierarquia na organização, desempenhada por agentes<sup>66</sup>, assemelhando-se à estrutura piramidal, em que a base é formada pelos procuradores-adjuntos e o vértice destina-se ao procurador-geral da República, em meio a essa estrutura pode-se apontar a seguinte composição<sup>67</sup>:

Na estrutura do Ministério Público, e correspondendo às procuradorias da República junto aos tribunais de relação, aparecem os procuradores-gerais distritais, coadjuvados por magistrados de igual categoria, e ambos por procuradores da República. Nos círculos judiciais e nas suas comarcas sede de distrito surgem os procuradores da República.

Há de se realçar que o ingresso ao cargo de Magistrados do Ministério Público ocorre por concurso. Quanto aos órgãos, tem-se a Procuradoria-Geral da República (desdobrando-se em demais órgãos de administração), as Procuradorias-Gerais Distritais, Procuradorias-Gerais de Coordenação nos Tribunais Centrais Administrativos, Procuradoria da República de Comarca e Procuradorias da República nos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Por fim, Canotilho e Moreira<sup>68</sup> sintetizam as funções do Ministério Público em quatro áreas: representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de procurador do Estado; exercer a ação penal; defender a legalidade democrática, intervindo, entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização da constitucionalidade; defender os interesses de pessoas carentes, desde que atendidos certos requisitos, os menores, os ausentes, os trabalhadores etc.

#### 2.1.1.1.2 Ministério Público francês

---

<sup>66</sup> Equivalente aos órgãos de execução do Ministério Público no Brasil.

<sup>67</sup> SZILARD, Andreaa Henriques. Ministério público português. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. II. Brasília: ESMPU, 2014, p. 118.

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 830.

Ao final da Idade Média, ensaia-se o embrião do Ministério Público conhecido para a França, além de exportá-lo para o mundo. Num primeiro momento, os procuradores do rei tinham atribuições afetas às finanças e bens patrimoniais reais. Por isso, o sistema judicial era do tipo acusatório, cabendo às partes envolvidas colocar o seu direito à prova perante a justiça real.

Progressivamente, a concepção de prevalência do interesse geral se sobressai a do processo penal, que passa a ser inquisitório, onde a persecução passa a outro sujeito e não à vítima. Com sucessivas transformações estruturais e funcionais, tem-se que a partir do governo de Napoleão ocorre a consolidação do atual modelo da instituição, graças ao Código de Processo Napoleônico de 1808 e as leis de organização judicial de 1810, com forte hierarquização de modelo piramidal, preservando a ideia de unidade da instituição, incumbindo-a de exercer a ação pública<sup>69</sup>:

Os procuradores imperiais ficarão encarregados, assim que os delitos chegarem ao seu conhecimento, de informar o procurador-geral junto da corte imperial e de executar as suas ordens relativamente a todos os atos de polícia judiciária.

O procurador-geral, seja por dever de ofício, seja através das ordens do grande-juiz Ministro da Justiça, encarrega o procurador imperial de perseguir os delitos de que tenha conhecimento.

Os procuradores imperiais estão encarregados da investigação e da perseguição de todos os delitos de que tenham conhecimento os tribunais de polícia correccional ou os tribunais especiais ou os tribunais de júri.

Denota-se que apesar da unidade da instituição, existe forte vinculação ao Poder Executivo, que o representa junto aos Tribunais, além de contar com a presença do Ministro da Justiça no interior de sua arquitetura. No mais, existe forte vinculação entre os graus de carreira dos magistrados do Ministério Público, colocando em total dissonância com a ideia de independência funcional que ocorre na sistemática brasileira.

Freitas<sup>70</sup> explica que o ingresso na carreira ocorre mediante concurso, reservado aos bacharéis em Direito e profissionais com oito anos de atividade profissionais de certos mandatos eletivos ou de uma atividade jurisdicional não profissional. Após aprovação, o ingresso passará para o curso de formação de

---

<sup>69</sup> TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Chiringhelli de (Org.). **O papel do Ministério Público**: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008. p. 127.

<sup>70</sup>FREITAS, Vladimir Passos de. **A justiça na França**. Disponível em:< <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=170>>. Acesso em: 15 out. 2018.

juízes e agentes do Ministério Público, junto à Escola Nacional da Magistratura, em que ao final deverá optar por qual área deseja trabalhar, conforme art. 22 e ss. do Decreto-lei n.º 58-1270.

As atribuições do *Parquet* estão presentes na ordem pública e de aplicação da lei, que combinam três âmbitos essenciais: exercício da ação pública nos tribunais comuns em matéria criminal, a intervenção nos tribunais comuns em matéria cível (que também alcança direitos metaindividuais) e capacidades administrativas.

#### 2.1.1.1.3 Ministério Público estadunidense

O ordenamento jurídico estadunidense tem sua identidade atrelada ao *Common Law*, todavia, devido à forte presença de povos europeus diversos ao longo de sua colonização, como franceses, ingleses e holandeses, isso propiciou um Ministério Público de identidade singular, nas palavras de Correio et al.<sup>71</sup>

O processo de independência (1775) sacramentou as características do *Parquet* dos Estados Unidos, por meio da Constituição de 1787 somada ao *Judiciary Act* de 1789, criando-se a figura do Procurador-Geral da República - *U.S. Attorney General* - titular do Departamento de Justiça, para tanto é escolhido pelo Presidente da República. A representação do Procurador-Geral da República nos tribunais distritais da federação é feita por nomeação desse, através da figura do *U. S. District Attorney*, análogo ao Procurador da República, mas desde que aprovado pelo Senado e presidente do país.

Em nível descentralizado, observa-se as seguintes figuras<sup>72</sup>:

Nos estados, foi consolidada a figura do *attorney general of the state*, prevista nas respectivas constituições estaduais, com características específicas de cada unidade da federação, responsável pela representação do estado. No âmbito local, permaneceram os *district attorneys* para cuidar das questões criminais nos condados. Por fim, há os *corporation counsels*,

<sup>71</sup> CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro et al. Ministério Público dos Estados Unidos da América: uma análise das atuações federal e estadual. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, V. 11, n.º 2, jul-dez. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/7529/4914>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

<sup>72</sup> CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro et. al. Ministério Público dos Estados Unidos da América: uma análise das atuações feral e estadual. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, V. 11, n.º 2, jul-dez. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/7529/4914>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

que atuam na defesa dos interesses civis e criminais em favor de alguns municípios, formados pelos *city* ou *county attorneys*.

A análise leva a errada compreensão de unidade da instituição, o que não é verdade, devido à tradição de um federalismo fragmentado, com forte autonomia dos estados, não há hierarquia entre os diversos órgãos, por isso sequer existe um Conselho Nacional.

O ingresso na carreira é temporário, não há vitaliciedade do cargo, sendo eleitos periodicamente pelos cidadãos em boa parte dos estados, por voto facultativo, para o exercício da função, exceto os membros do Ministério Público Federal nos Estados Unidos da América, que são nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado.

Nas atribuições, realça-se o aspecto clássico de ser autor da ação penal, contando com um sistema processual penal acusatório, dando ampla liberdade de trabalho na consecução dos objetivos ministeriais, resultando num verdadeiro monopólio da fase pré-processual e coordenação da atividade policial, mas zelando pelos direitos do acusado no intuito de se alcançar uma condenação justa. Apesar do destaque, isso não exclui o trabalho em outras searas<sup>73</sup>:

De fato, são várias as funções dos Procuradores da República com relação à atuação civil (em todas as ações civis que possam ser de interesse da União), com relação às leis de imigração, tributárias, comerciais, de defesa do consumidor, ambientais, pessoas com deficiência, antitruste, povos indígenas, aquisição de terras (desapropriações), alguns casos de falências, e de direitos humanos (*Civil Rights Division*).

#### 2.1.1.1.4 Ministério Público argentino

Assemelhando à forma de governo e estado brasileiro, a Argentina também é uma república federativa, o pacto federativo atribui ampla autonomia a cada uma das unidades federadas, apesar de leis nacionais como o Código Penal, cada uma de suas províncias (estados) tem suas singularidades de sistema judicial e consequente Ministério Público, além de permissão constitucional para legislar conforme seu interesse a respeito de matéria processual penal e organização judiciária:

---

<sup>73</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 145.

Artículo 5.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su Administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno Federal garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

[...]

Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

[...]

Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero<sup>74</sup>.

Fica demonstrado que a organização judiciária é instalada em três níveis, uma justiça federal (especializada), uma justiça exclusiva para a capital Buenos Aires e outra justiça local (ordinária). Aras<sup>75</sup> demonstra como é a alocação do Ministério Público no poder judiciário argentino:

Completam o sistema judicial nacional, o Ministério Público “Federal”, que se divide em Ministério Público de Acusação (*Ministerio Público Fiscal*) e Ministério Público de Defesa (*Ministerio Público de la Defensa*), e os Ministerios Públicos Provinciais. Estes, ora integram o Poder Ejecutivo, ora integram o Poder Judiciário, ou se colocam como instituição extrapoder.

Para melhor elucidação, existe o *Ministerio Público de La Nación* (Ministerio Público Nacional), que se divide em duas grandes vertentes: o *Ministerio Público Fiscal* (chefiado pelo Procurador-Geral da Nação) se ocupa da persecução criminal, ao passo que o *Ministerio Público de La Defensa* (Ministerio Público da Defesa) (presidido pelo Defensor-Geral) atua como exímia Defensoria Pública, cuidando da defesa de acusados juridicamente pobres, dos ausentes, além dos réus que se negam a serem assistidos<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 24 de agosto de 1994. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html)>. Acesso em 18 out. 2018.

<sup>75</sup> ARAS, Vladimir. Ministério público na Argentina e no Brasil. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministerios públicos e defensorías del pueblo**. vol. I. Brasília: ESMPU, 2014. p. 21.

<sup>76</sup> Constitución de la Nación Argentina:

[...]

Artículo 120. - El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. ***Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.*** Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones. (grifo do autor)

No último ponto, quanto ao ingresso da carreira, o Procurador-Geral da Nação é designado pelo Presidente da República para cargo vitalício, desde que aprovado pelo Senado. Quanto aos demais, igualmente são nomeados pelo Presidente, que detém uma lista tríplice de candidatos previamente aprovados em concurso de provas, títulos e antecedentes, para a escolha da referida autoridade e posterior apreciação pelo Senado.

### 2.2.1 A Defensoria Pública

O acesso ao Poder Judiciário para a postulação de pretensão de direito, seja preventiva ou reparatória, individual, coletiva ou difusa, deve ser exercido sob a devida assistência técnico-jurídica, notadamente na perspectiva de se defender, situação mais sensível quando se refere àqueles que denotam necessidade, mas por limitações de origem econômica, por vezes, veem seus direitos tolhidos.

A primeira menção histórica ao papel que hoje é desempenhado pela Defensoria Pública ocorre no Código de Hamurabi, rei que governou a Babilônia entre 2067 e 2025 antes de Cristo. Na Grécia Antiga também há relatos de advogados, por volta do século VIII a.C., que eram contratados para fazer a defesa dos pobres. Segundo Menezes, foi, entretanto, na Roma antiga, no governo de Constantino, que houve pela primeira vez a expressa previsão em um diploma legal de um órgão para fornecer atendimento jurídico aos necessitados:

Em Roma, as ideias de igualdade perante a lei contribuíram para consolidar o patrocínio gratuito deferido aos necessitados, cabendo a Constantino (288 a 337 d.C.) a primeira iniciativa de ordem legal, que veio a se inserir na legislação de Justiniano (483 a 565 d.C.), de garantir advogado a quem não possuísse meios para constituir patrono<sup>77</sup>.

Na Idade Média, no entanto, diversos países criaram suas próprias versões de assistências jurídicas para pessoas carentes. Tal como o Ministério Público, contudo, a adoção e sistematização das defensorias ao redor do mundo foram impulsionadas pela Revolução Francesa.

Todavia, não há que se falar na promoção de acesso à justiça no Brasil, pelos mais pobres, num passado tradicional, no máximo o que se ocorriam eram

---

<sup>77</sup> MENEZES, Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e Um Breve Retrato da Instituição. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF**. Volume 8. nº 1. março de 2007. pp. 67.

isenções de taxas, conforme previa as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até o final de 1916, vez que foram revogadas pelo antigo Código Civil do ano em questão, previa o título 84, § 10º:

Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma Del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como se pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo".

Denota-se que não assistia tanta sorte aos necessitados. Até que em 1870, o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil liderava movimento pioneiro na assistência jurídica aos pobres. Borge<sup>78</sup> lembra famoso discurso de Nabuco de Araújo, Presidente à época do Instituto:

"Se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado actual da nossa legislação, e atendendo às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar, que a igualdade perante a lei não é não uma palavra vã. Que importa ter direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos delle? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas".

A questão ganha contornos republicanos, sob a égide da antiga República das Espadas e intensa influência positivista, despontando a demanda de se estruturar um órgão público voltado à devida assistência jurídica gratuita e integral, nascendo o embrião da Defensoria Pública em 1897, a partir de um decreto presidencial que institui a "Assistência Judiciária no Distrito Federal", então Rio de Janeiro.

Mais tarde, na Constituição de 1934<sup>79</sup>, de inspiração alemã, abre-se o devido tratamento constitucional à questão, atribuindo à União e aos Estados o mister de garantir mencionado serviço, além de prever a dispensa de pagamento das custas judiciárias e prestação gratuita de serviços jurídicos. O reflexo evidente foi observado no Código de Processo Civil de 1939, que em seus arts. 68 e 79

---

<sup>78</sup> BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Jus Navegandi**. Rio de Janeiro, abr. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve-historia>> Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>79</sup> Nos diz a lei: "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.

cuidavam dos benefícios da justiça gratuita, prevendo rol de serviços isentos de pagamentos para aqueles que declarassem sem condições financeiras, sendo que o defensor seria nomeado pelo juízo, caso não fosse atribuído pela parte.

Somente na Constituição de 1946 fora retomada a temática, de modo que em 1950 é promulgada a Lei Federal nº 1.060/1950, que “estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”, que até hoje está em exercício, no intuito de ratificar o dever estatal de afirmação de direitos aos mais necessitados. Interessante destacar que em 1975, na Constituição Estadual do Rio de Janeiro, pela primeira vez aparece a menção “Defensoria Pública”, porém, antes disso, a lei do mesmo Estado, de nº 2.188/54, denomina os primeiros cargos de “Defensor Público”, no entanto vinculados à Procuradoria-Geral de Justiça.

Não obstante as intempéries do regime militar, onde o tratamento do assunto ficou a mero encargo de legislação, as vias democráticas foram capazes de trazer à Carta da República de 1988 a atribuição da Defensoria Pública, no art. 134, como *status* de função essencial à justiça, reforçando a previsão do art. 5º, LXXIV. Reza o artigo 134 que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Depreende-se o *múnus público* imputado à Defensoria Pública para que exerça o dever constitucional de defesa dos mais necessitados, carentes de recursos materiais, perfazendo ao cidadão o devido acesso à justiça.

Posteriormente, a Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, além de servir como referencial para os Estados, reafirma o papel da Defensoria Pública em favor dos necessitados, de maneira que progressivamente, na história, tem-se comprovado um mecanismo constitucional primordial contra a opressão e redução de desigualdades sociais, haja vista o acesso efetivo ao judiciário, combatendo abusos no cerceamento do exercício de direito à população carente, ou seja, marca primordial de um Estado Democrático de Direito, vez que assinala a previsão legal como compromisso estatal de afirmar a promoção de justiça para todos, isto é, democracia em todas as nuances para os menos privilegiados.

Apesar de marcante o reconhecimento do papel indispensável atribuído ao órgão, graças aos marcos históricos e jurídicos levantados, isso não é sinônimo de previsão de poderes absolutos para a defesa voraz de interesses e direitos coletivos *lato sensu*. Em 2007, a reforma empreendida na lei de Ação Civil Pública alastrou a

atuação do órgão de forma que perpetrou uma invasão de atribuição na seara de órgão específico para o encargo, no caso o Ministério Público, criando forte incidente na aferição da legitimidade *ad causam*, conforme a seguir.

#### 2.2.1.1. A Defensoria Pública no cenário internacional

Da mesma forma como feito neste trabalho em relação à escolha dos quatro Ministérios Públicos para análise, este trabalho manteve o critério para analisar a atuação da Defensoria Pública nos quatro países já citados: Portugal, França, Estados Unidos e Argentina.

##### 2.2.1.1.2 Assistência judiciária em Portugal

Discorrer sobre o acesso à justiça na terra lusitana revela um arduo caminho, em que as transformações históricas da segunda metade do século XX ainda ecoam pela realidade social, mesmo num contexto de globalização e modernidade. A Revolução dos Cravos de 1974 deu fim ao regime ditatorial salazarista, este processo foi guiado por uma ideologia socialista, porém não vingou de fato na eclosão da Constituição de 1976, notadamente pelo contexto econômico do país com o continente, no caso a Comunidade Econômica Europeia, nada obstante, deixou impresso o ideal democrático na busca do bem comum da sociedade, o que garante a classificação de “constitucionalismo dirigente”<sup>80</sup>.

A necessidade de alinhamento ao perfil econômico neoliberal em ascensão relegou a palpabilidade dos direitos sociais. A consequência deste abandono foi a pulverização de litigâncias, considerando a previsão ampla de direitos diversos e sua não efetivação, a procura ao Poder Judiciário tornou-se o caminho mais óbvio. Esse fenômeno é alcunhado por Silva<sup>81</sup> como “direito em abundância”, quer dizer, um crescimento vertiginoso de ações judiciais oriundas da ingerência estatal de cumprir as metas constitucionais de direitos individuais, sociais e difusos, consequentemente

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 31.

<sup>81</sup> SILVA, João Fernando Vieira da. **Acesso à justiça** – reflexões e propostas à luz dos cenários nacional (Portugal e Brasil) e local (Leopoldina – Minas Gerais). Dissertação de mestrado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acessoConteudo.php?nrseqoco=28083> >. Acesso em: 20 out. 2018.

o Poder Judiciário se encontra abarrotado sem poder de fato dizer o Direito, gerando ineficiência e o atual quadro de “crise na administração da justiça”.

Na tentativa de colmatar a celeuma, o Judiciário cria alternativas que beiram o desempenho da política, passa a se autorregulamentar com excessiva produção de elementos normativos e jurisprudenciais, criando pré-requisitos de admissão das contendas, que ao final cumprem o objetivo de limitar o acesso à justiça, que reflete sobremaneira na população mais carente de recursos monetários.

Ainda assim, a disposição do art. 20, da Constituição portuguesa, em seu item “1” estabelece: *“a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”*, portanto resiste a obrigação de dar suporte aos menos abastados, o devido acesso à justiça. A essa situação no direito português trata-se de “apoio judiciário”, assemelhando-se ao instituto da assistência jurídica, mas indo adiante, englobando tanto a assistência judiciária como a justiça gratuita:

[...] Na legislação infraconstitucional, destaquem-se a Portaria 1085/04, o Regulamento Interno nº 01/05, a Lei 34/04 e, em plano regional, a diretiva 08/02 da Comunidade Europeia. No Estado português, embora o art. 6º da Constituição Portuguesa indique tratar-se de um Estado unitário, o Apoio Judiciário, que corresponde à nossa assistência judiciária, é prestado regionalmente. [...]

O Apoio Judiciário torna seu beneficiário isento do pagamento de taxa de justiça (algo que no Brasil corresponderia às custas processuais), encargos do processo (no Brasil, isto corresponderia às despesas processuais) e de honorários advocatícios de contratação e sucumbência.

Desde então, tem gerado grande interesse da Ordem dos Advogados na prestação desses serviços, o efeito mais claro ocorre a partir de 2003, com a criação do Instituto de Acesso ao Direito, resultado de protocolo formal entre a instituição classista e o Ministério da Justiça. Após a Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, sacramenta o ofício desse novo ente na administração do sistema de acesso ao direito, que alcança a assistência jurídica nas searas cíveis, penais e também extraprocessuais, em que os honorários são remunerados pelo Estado.

#### 2.2.1.1.2 Assistência judiciária na França

A França guarda histórico na vanguarda da cidadania, não seria diferente ao reconhecer a extensão de acesso à justiça por meio da devida assistência técnica, isso decorreu da efetiva igualdade entre os homens, inclusive de se socorrer perante o Direito.

Observa-se que no ano de 1851 é criado o primeiro Código de Assistência Judiciária no país, e também da história, em que se expõem as razões de ser da lei<sup>82</sup>:

A igualdade dos cidadãos perante a lei, tão justamente proclamada por todas as constituições e declarações, é, infelizmente, apenas uma palavra vazia de sentido do ponto de vista do homem que esteja sem condição de preencher os requisitos necessários para invocar o amparo das leis e dirigir-se regularmente a seus órgãos. Dizer a alguém: 'Você não poderá apresentar sua demanda (causa), mesmo sendo ela justa'; ou dizer-lhe: 'Você não poderá apresentá-la a menos que desembolse uma certa quantia em dinheiro, que você não possui'; é, na realidade, a mesma coisa; não há diferenças que do ponto de vista da teoria, do ponto de vista da prática não há nenhuma diferença.

O maior entrave para a afirmação desse direito de acesso à justiça aos cidadãos economicamente hipossuficientes tratava-se do ônus jurídico e financeiro imposto aos advogados, porém que realçava o elevado valor moral da profissão. Entretanto, a realidade foi dura para advogados recém-formados e pouco experientes, colocando em questão a qualidade dessa assistência. Ademais, a lei assentava sobre o interessado o dever de administrar uma série de requisitos burocráticos a serem apreciados previamente, para só então deferir ou não o pedido de assistência jurídica gratuita.

Com pequenas alterações legislativas no início do século XX, a lei foi válida até 1972, quando substituída nesse ano pela Lei 72-11, de 03 de janeiro, mais compassada com o Estado de bem-estar social, ao criar o sistema de "*aide judiciaire*" (ajuda judicial). Dentre as principais mudanças destacavam-se: critérios objetivos para outorga do benefício; concessão parcial do benefício; indenização a ser paga pelo poder público em favor dos advogados nomeados para o mister, todavia orientada pela premissa de responsabilidade solidária da classe para com o Estado. Em contrapartida, houve manutenção de características anteriores, contudo

---

<sup>82</sup> ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069_6.PDF)>. Acesso em: 20 out. 2018.

aperfeiçoadas, como: a manutenção de órgãos encarregados pela deliberação de concessão da benesse, mas sob a baliza de profissionais do Direito; simplificação do procedimento de instrução dos pedidos.

Com toda a inovação à disposição, até aquele momento não era extensível à assistência na seara penal, continuando a nomeação de advogados dativos nomeados pelos juízes, que não eram remunerados pelo Estado, situação superada em 1982, que unificou as duas vertentes (cível e criminal) ao “*aide judiciaire*”.

No ano de 1991 ocorre nova reformulação do sistema, surge a “*aide à l'accès au droit*” (ajuda para acesso ao direito), estabelecido pela Lei n.º 91-647, de 19 de dezembro. Criava-se uma ampliação desse direito, para além da esfera judicial, mas também o aconselhamento jurídico, ou seja, assistência extrajudicial, do mesmo modo a prerrogativa de livre escolha do profissional pelo beneficiário.

O pagamento é dotado por um sistema próprio de financiamento, pelo qual o Tesouro Público repassa os valores à entidade diretamente subordinada às Ordens dos Advogados pelo país, chamadas de *Caisse des Règlements Pécuniaires des Avocats* (Fundo dos Regulamentos Pecuniários dos Advogados). No entanto, existe forte crítica da classe advocatícia, que brada pelo justo reconhecimento do trabalho desempenhado e pagamento integral dos honorários nos moldes do mercado liberal.

#### 2.2.1.1.3 Assistência judiciária nos Estados Unidos da América

O processo de independência dos Estados Unidos da América (1775) exportou forte inspiração liberal para o ocidente. A defesa da liberdade e igualdade entre os homens consolidou um regime de governo democrático, que depois seria exportado com forte viés ideológico para as intervenções na política internacional.

A despeito da prosperidade que a liberdade produz, ainda existem pessoas presas à miséria e à injustiça, por não dispor de meios para concorrer em igualdade de condições quando seus direitos estão ameaçados, situação que se corrobora em realidade até mesmo na “terra dos livres e lar dos bravos”<sup>83</sup>.

Diante de forte potência mundial de amplo aspecto militar, econômico e político, isso não é capaz de suplantar disparidades sociais internas, que inclusive têm raízes históricas, colocando várias pessoas à margem do efetivo acesso à

---

<sup>83</sup> Trecho de “*The star-splangled banner*” (A bandeira estrelada), popularmente conhecido como hino nacional dos Estados Unidos da América.

justiça e em xeque à máxima dos tribunais, “*equal Justice under law*” (igualdade de justiça perante a lei), conforme denuncia Cléber<sup>84</sup>:

Embora a maioria dos Americanos concorde que os ricos estão em vantagem no sistema judicial, cerca de quatro quintos pensam que (o sistema americano) é o melhor do mundo. Mais ou menos o mesmo número também pensa, incorretamente, que os pobres têm direito de contar com (assistência gratuita de) advogados em causas cíveis. Apenas um terço dos Americanos acham que as pessoas de baixa renda teriam dificuldades de obter assistência jurídica, uma percepção largamente desconectada da realidade. Menos de 1% dos advogados trabalha na prestação de assistência jurídica, o que resulta na média de um advogado para cada 1400 pessoas pobres ou quase pobres nos Estados Unidos.

Consoante ao exposto, não é de toda verdade a completa inexistência de acesso à justiça pelos mais pobres, quando se trata de representação judicial gratuita na seara criminal, existe a disponibilidade desse serviço, isso não diminui o impacto negativo quando comparado aos países europeus, que apresentam dados sociais e econômicos similares aos EUA, mas que oferecem a benesse na esfera cível ou mesmo extrajudicial, em conformidade com outros pontos já demonstrados neste trabalho.

De toda sorte, a previsão de assistência judiciária criminal ficou assentada pela inteligência da 6º e 14º emendas (seção 1) constitucionais<sup>85</sup>, cortejadas pelo entendimento da Suprema Corte, por meio do “*Due process of law*” (devido processo legal) e “*Equal proteccion of law*” (igual proteção da lei ou princípio da isonomia):

---

<sup>84</sup> ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069_6.PDF)>. Acesso em: 20 out. 2018, p. 52.

<sup>85</sup> EMENDA VI

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito este que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

[...]

EMENDA XIV (1868)

Seção 1

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Tal dispositivo – segundo a interpretação construtivista da Suprema Corte – com o decorrer do tempo passou a ser interpretado em harmonia com o que consta da 14<sup>o</sup> Emenda à Constituição, referente às cláusulas do “*Due Process of Law*” e “*Equal Protection of Law*”, deixando de ser considerada mera prerrogativa para se tornar efetivo direito de não ser julgado em processo criminal sem a assistência técnica de um advogado. E, no caso das pessoas pobres, a Suprema Corte estabeleceu que o réu deveria contar gratuitamente com a assistência de advogado para garantir a observância desse direito<sup>86</sup>.

A efetividade do direito era permeada de precariedades, vez que os tribunais designavam defensores dativos que patrocinavam gratuitamente a causa. Ao longo do século XX, vários casos estacionaram perante a Suprema Corte, pois enfrentavam essa problemática, a ausência de um sistema público de assistência judiciária, até uma decisão em definitivo do problema, assentando a obrigação do poder público de prover esse serviço, ao se tratar de ações criminais<sup>87</sup>:

A partir do caso Gideon V. Wainwright, o cenário da assistência jurídica criminal nos Estados Unidos mudou completamente, impondo aos governos estaduais e mesmo ao governo federal a estruturação de um sistema adequado para prestação desses serviços, que passaram a ser uma obrigação de ordem constitucional para o poder público.

As ações cíveis careciam do mesmo tratamento. Nesse campo, a história estadunidense tem demonstrado forte articulação da sociedade civil na constituição de associações, como a *National Association for the Advancement of Colored People* – NAACP (Associação Nacional para o Avanço das Pessoas de Cor), na década de 1960, para a afirmação dos direitos civis dos negros.

A repercussão dos trabalhos da NAACP impulsionou o Congresso Americano a criar o *Criminal Justice Act* – CJA (Lei de Justiça Criminal), com dotação orçamentária para nomeação e pagamento de advogados que representassem réus em condição hipoeconômica, seja por recrutamento individual de profissionais autônomos, ainda organizados em entidades comunitárias conhecidas como “Community Defender Organizations - CDO”, além da Organização de Defensores Públicos Federais – FDO, pelo qual o Defensor Público Federal

---

<sup>86</sup> ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069_6.PDF)>. Acesso em: 20 out. 2018., p. 53.

<sup>87</sup> Ibid., p.87.

Chefe da respectiva circunscrição judiciária desempenha a atividade administrativa e recrutamento de defensores públicos federais para a respectiva sistemática.

#### 2.2.1.1.3 Assistência judiciária na Argentina

A vertente que orienta o acesso à justiça pelos carentes de recursos materiais na Argentina, igualmente em outros países pela América Latina, segue uma influência europeia clássica, a instituição do “*Ombudsman*” (representante do cidadão), que remonta à Suécia do século XVI, instituição que detinha o dever de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização dos tribunais e funcionários estatais para que fossem cumpridas as disposições das leis, o que por si só configura o controle da administração pública.

Por esta razão, em 1809, com a deposição do Rei Gustavo IV e imediata assembleia constituinte, foi instituído o “*justitie ombudsman*”, com o papel de controle da Administração pública, posteriormente, em 1975, com a reforma constitucional, o *ombudsman* passa a ser vinculado ao parlamento, mas com as mesmas atividades de supervisão da administração pública<sup>88</sup>. O modelo tem repercussão na Europa, sendo adotado na Finlândia (1919) e Dinamarca (1946), além de transcender todo o mundo, nos termos patrocinados por Brauner<sup>89</sup>.

[...] Posteriormente, é encontrado como "Controlador do Estado" em Israel, "Provedor de Justiça" em Portugal, "Mediador" na França, "Defensor Cívico" na Itália, "Comissionado Parlamentar" na Grã-Bretanha e "*Defensor del Pueblo*" na Espanha e Argentina, entre outros.

O *ombudsman* aparece na cultura jurídica da América Latina apelidado de “*Defensores del pueblo*” (defensores do povo), atrelado aos processos de redemocratização da segunda metade do século passado. Na Argentina não é diferente, a constituição argentina, na reforma de 1994, estabeleceu tarefa essencial

---

<sup>88</sup> RAMOS, André de Carvalho. Defensoría del Pueblo na Argentina e o Ministério Público brasileiro. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. III. Brasília: ESMPU, 2014, p. 17.

<sup>89</sup>BRAUNER, Daniela Jacques. Acesso à justiça no Mercosul. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 15, jan./jun. 2010. São Paulo, 2010, p. 72/73. Disponível em:< [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-\\_\(Acesso\\_a\\_Justica\\_no\\_Mercosul\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-_(Acesso_a_Justica_no_Mercosul).pdf)>. Acesso em 23 jan. 2019.

para o correto funcionamento do Estado e atendimento dos direitos coletivos, o *Defensor del pueblo*<sup>90</sup> figura nesse sentido:

Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Do texto legal argentino compreende-se que o Defensor do povo (chefe da *Defensoría del Pueblo*) é um órgão auxiliar do Poder Legislativo (*Congreso de la Nación*), não se constitui como cargo de carreira, mas de nomeação pelo referido poder, com prazo de exercício fixo de cinco anos, além de contar com o auxílio dos adjuntos nomeados pelo Defensor, porém sujeitos à aprovação do Legislativo.

Assim sendo, sua missão é conduzir investigações sobre as condutas abusivas da Administração pública (por omissão ou comissão), em especial se dos atos importem alguma ofensa aos interesses coletivos<sup>91</sup>. Apesar da atuação oficiosa, isso não impede a provocação por cidadãos.

Existem limites aos seus afazeres, como não dar suporte a contendas particulares, assuntos que já são alvos de apreciação em processos administrativos ou judiciais, além de atos que proferiram seus efeitos há mais de um ano a partir da provocação<sup>92</sup>. Por fim, há de se destacar que a *Defensoría* não é dotada de poder

<sup>90</sup>ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina, de 24 de agosto de 1994**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html)>. Acesso em 23 jan. 2019.

<sup>91</sup> Constitución de la Nación Argentina - Artículo 43.- *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. [...]. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva* en general, el afectado, **el defensor del Pueblo** [...]. (**grifo do autor**)

<sup>92</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Defensoría del Pueblo na Argentina e o Ministério Público brasileiro*. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. III. Brasília: ESMPU, 2014., p. 20.

requisitório, em que a negativa de apresentação de documentos é suprida pela interferência do Ministério Público Fiscal.

Desse apanhado, colige a ideia de que o acesso à justiça pelos economicamente desfavorecidos não é atributo da *Defensoría del Pueblo*, vez que sua atividade única é a defesa de interesses coletivos *lato sensu*, que dependem da máquina pública, reverberando a ideia de tutela da probidade da Administração. Ao mister de assessoria jurídica aos pobres, no âmbito argentino e comparando à realidade da Defensoria Pública no Brasil, isto é, atrelado ao *Ministerio Público de la Defensa*, nos termos de sua lei orgânica<sup>93</sup>, braço do Ministério Público da Nação por meio dos *Defensores Públicos (Magistrados del Ministerio Público de la Defensa)* selecionados por concurso público), não é concebível atribuir a ideia de assistência aos pobres com o controle da Administração, ficando a seu cargo a defesa penal, além de assistência técnica judicial e extrajudicial em demais assuntos.

O quadro peculiar observado na Argentina é visto da mesma forma nos demais países contíguos, com pouca diferenciação na terminologia e natureza jurídica, pois se para os argênteos a assistência jurídica é realizada pelo Ministerio Público de la Defensa (*Defensorías Públicas*), nos países vizinhos isso é atribuição de *las Defensas Públicas*. Enfim, *Defensoría del Pueblo* e *Defensa Pública* são órgãos de atividades distintas: o primeiro atua como defensor dos direitos humanos e controle da Administração com base nos direitos metaindividuais através da substituição processual; o segundo tem o único viés de acesso à justiça aos economicamente vulneráveis, por meio de assessoria técnica jurídica qualificada, atuando como representante da parte<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Ley n.º 27149/2015 - Artículo 1º — Función principal. El **Ministerio Público de la Defensa** es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. **Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. (grifo do autor)**

<sup>94</sup> MELO, André Luís Alves de. Assistência jurídica nos países de língua espanhola e a diferença entre os termos “defensa publica” e “defensoria del pueblo”. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3114, 10 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20828>>. Acesso em 23 jan. 2019.

### 3 A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Longe de serem um fenômeno recente, as ações coletivas, conforme Gaizo, não constituem um fenômeno contemporâneo e remontam a Roma antiga, “que através das ações populares foi o primeiro registro que se tem da tutela dos direitos metaindividuais”<sup>95</sup>. Neste sentido, os cidadãos romanos tinham um instrumento que era capaz de tutelar não apenas interesses individuais, mas também os que pertenciam à coletividade. Nelson Nery Júnior assevera: “as acciones populares do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, que eram essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer do povo podia ajuizá-las, porém não agia em nome de direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público”<sup>96</sup>.

Sobre o tema, José Antonio da Silva leciona alguns exemplos dessas ações: *effusis et deiects*, utilizada contra quem atirasse objetos sobre a via pública; *sepulcro violato*, usada no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa; *albo corrupto*, multa a quem alterasse o edito pretoriano; *aedilitio et redhibitione et quanti minoris*, para evitar que animais perigosos fossem levados à via pública e *interdictum de homine lebero exhibendo*, espécie de ação que poderia ser interposta por qualquer pessoa na defesa da liberdade, dentre outras.

O autor relata ainda que seja possível debater se o interesse público das ações populares é ou não acompanhado de um interesse particular, não há dúvidas que ele estava presente no seio desse instituto. Ao falar sobre essas duas correntes, ele ressalva:

Uma que entende que as acciones populares têm natureza procuratória, agindo o autor procuratorio nomines, na defesa de um interesse público; b) outra, segundo a qual o autor agia, há um tempo para a tutela de um interesse próprio e do interesse público<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> GAIZO, Flavia Viana del. **Evolução histórica das ações coletivas: enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas**. Sítio do Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf> >. Acesso em: 03 de março de 2019.

<sup>96</sup> BRASIL. Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 601.

<sup>97</sup> SILVA, José Antonio da. **Ação popular – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção controle jurisdicional dos atos do Estado), p. 41.

Apesar da origem romana, entretanto, as ações populares deixaram de ser utilizadas durante boa parte do período da Idade Média. Mesmo que formalmente existissem, não eram manejadas pelo povo, já que os governos centralizadores da época não permitiam que o povo tivesse qualquer tipo de ingerência nos assuntos do Estado<sup>98</sup>.

Parte significativa da doutrina, no entanto, ressalta que mesmo com a ancestralidade romana, foi só especialmente na Inglaterra que o instituto passou a existir com as características que tem hoje. Um dos defensores dessa corrente é Márcio Flávio Mafra Leal, para quem “somente a partir da experiência inglesa houve a preocupação teórica de justificar a ação coletiva e sua estrutura”<sup>99</sup>.

Entre os defensores desta teoria, também está Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, para quem “a Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos (...) o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano 1199”<sup>100</sup>.

Segundo Gaizo, o caso de 1199 tornou-se referencial por ser o primeiro registrado no qual as ações foram ajuizadas em face de grupos que representavam todas as pessoas, e não de indivíduos ou fundações. Para a pesquisadora, a presença de pessoas não individualizadas no polo passivo da ação ocorreu:

quando o pároco Martin, de Barkway, provocou a prestação jurisdicional na Corte Eclesiástica de Canterbury, em face dos paroquianos de Nuthamstead, questionando o direito a algumas oferendas e serviços diários. Foram a juízo representar a classe de paroquianos apenas algumas pessoas<sup>101</sup>.

Mas o florescimento das ações coletivas, que esporadicamente foram utilizadas a partir da parte final da Idade Média, ocorreu na Era Moderna. O aparecimento da monarquia absolutista e do capitalismo passou a retirar a importância dos feudos. Lentamente, as cidades começaram a ganhar importância.

---

<sup>98</sup>GAIZO, Flavia Viana del. **Evolução histórica das ações coletivas**: enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas. Sítio do Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf> >. Acesso em: 03 de março de 2019.

<sup>99</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 13, nota 02.

<sup>100</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 5), p. 45.

<sup>101</sup> GAIZO, Flavia Viana del. op. cit., p. 34.

Em um primeiro momento, a despersonalização das populações que possuíam as mesmas características quando viviam em seus feudos e passaram a ser individualizadas nas cidades, sem características comuns, fez com que a quantidade de ações coletivas diminuísse. Afinal, “a ideologia liberal, ao sustentar um Estado mínimo, fez da liberdade individual sua marca registrada”<sup>102</sup>.

Esta mudança, contudo, fez com que só as pessoas jurídicas e os indivíduos, isoladamente, tivessem representatividade judicial. A coletividade, excluída, teve que buscar amparo em novas teorias e argumentações para ter acesso à proteção judicial. De forma resumida, Mafra Leal assim define a situação nessa época:

O debate se deu em torno de duas vertentes: a primeira permitia a representação do autor coletivo pelo consentimento dos representados; a segunda procurava identificar os interesses do autor com os interesses do integrante da classe, dispensando o consentimento destes<sup>103</sup>.

Esse debate foi a fagulha inicial para o surgimento de uma consciência de classe, processo intensificado e potencializado pela Revolução Inicial, no fim do século XVIII. Para Mafra Leal, a classe pode ser definida como:

Um conjunto de indivíduos reunidos por um interesse comum, que contava com a antipatia do Estado e das doutrinas liberais, avessos a agrupamentos corporativos, em virtude do receio de se voltar à experiência histórica do antigo regime” [...] “no século XVIII, duas classes se destacaram: as sociedades por ação (join-stock companies) e as sociedades de ‘amigos’ (friendly societies)<sup>104</sup>.

É com o surgimento do Estado Liberal<sup>105</sup>, portanto, que o instituto das ações coletivas ganha seu maior impulso desenvolvidor, em um processo que ganhou especial força a partir do Século XIX, com a Idade Contemporânea, que trouxe uma cada vez mais desenvolvida consciência de classe gerada pelo capitalismo e pela sociedade burguesa, incluindo aí a divisão do trabalho.

Gaizo diz:

---

<sup>102</sup> PORTO, Fábio Ribeiro. **A ação rescisória no processo coletivo: efeitos da ação rescisória na coisa julgada coletiva**. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2006, p. 25

<sup>103</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 29.

<sup>104</sup> Ibid, p. 29.

<sup>105</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A formação da consciência de classe e a conseqüente organização coletiva dos trabalhadores foram fatores determinantes para a evolução da tutela dos direitos metaindividuais, e principalmente da ação coletiva passiva, pois a partir desse momento havia uma justificativa bastante eloqüente para a elaboração de um sistema processual apropriado para dirimir esses conflitos, até então inexistentes nos ordenamentos jurídicos ocidentais, arraigados em uma concepção extremamente individualista e formal<sup>106</sup>.

Ressalta-se ainda que o fim do século XIX e a primeira metade do século XX foram períodos de turbulência. A começar pelas introduzidas na sociedade pelo capitalismo desenfreado, com uma modificação de paradigma nas relações de trabalho e sociais da época. Os trabalhadores tiveram que se organizar para garantir alguns direitos mínimos. Com as mudanças no mercado de trabalho e o advento das duas grandes guerras mundiais, passaram a ser demandas comuns também a saúde, a educação e a segurança. É o surgimento dos direitos sociais de segunda geração<sup>107</sup>:

O Estado Liberal se viu obrigado a atender essas reivindicações sociais, o que aconteceu principalmente no que se referia aos direitos trabalhistas e previdenciários. Portanto, este foi o ponto de partida para o surgimento do Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar Social, caracterizado pela progressiva assunção por parte do Estado de várias atividades econômicas, sociais, previdenciárias, dentre outras. Deste modo, com o Estado Social de Direito se deu início às preocupações com o garantismo social ou coletivo, discutindo questões como os direitos humanos, o meio ambiente, o patrimônio cultural, dentre outros, fazendo despertar o que hoje denominamos de “direitos difusos”<sup>108</sup>.

O Estado, entretanto, não dispunha de instrumentos adequados para lidar com essas novas questões, que não se enquadravam nem no direito público, nem no direito privado. A situação foi potencializada pelos resultados trágicos da Segunda Grande Guerra, já que os sobreviventes passaram a exigir do Estado uma função de garantidor da paz social<sup>109</sup>.

Nos dizeres de Comparatto:

<sup>106</sup> GAIZO, Flavia Viana del. **Evolução histórica das ações coletivas**: enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas. Sítio do Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf> >. Acesso em: 03 de março de 2019.

<sup>107</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 11.

<sup>108</sup> GAIZO, Flavia Viana del. op. cit, p. 34.

<sup>109</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 1, p. 127.

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana<sup>110</sup>.

Como resultado direto desse cenário, os direitos humanos passam a ganhar preponderância na sociedade e no mundo jurídico. Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciando uma nova era do sistema legal, pois se consagrava a internacionalização dos direitos humanos<sup>111</sup>. Nas palavras de Bobbio:

a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre<sup>112</sup>.

Nesse contexto, com a afirmação da existência de novas espécies de direitos fundamentais, os direitos dos povos e da humanidade foram difundidos e alçados à categoria de “direitos difusos”, de titularidade não apenas de um indivíduo, mas de toda a sociedade, conjuntamente. Ensina Mauro Cappelletti:

Os interesses difusos representam um fenômeno típico e de importância crescente da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia cujo trabalho, produção, trocas e consumo, educação, turismo, comunicação, assistência social e previdência etc., são fenômenos “de massa”<sup>113</sup>.

É justamente nesse contexto histórico, com o incremento dos chamados direitos humanos de terceira geração, ou difusos, que a chamada Lei de Ação Civil Pública começou a ser debatida no Brasil. Duas proposições legislativas junto ao Congresso Nacional, descrito por Andrade et al.<sup>114</sup>, um oriundo da elaboração de um anteprojeto concebido por uma comissão de juristas, composta pelos professores

---

<sup>110</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 200.

<sup>111</sup> Ibid, p. 209.

<sup>112</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

<sup>113</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 150.

<sup>114</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 39.

Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, acolhido pelo Deputado Flávio Bierrenbach, que o apresentou na Câmara dos Deputados sob a forma do Projeto de Lei 3.034/1984. Já o outro, nasceu do aprimoramento do projeto anterior, com a participação de promotores de justiça do Estado de São Paulo, como Nelson Nery Júnior, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Édis Milaré, que acabou enviado ao Legislativo como Projeto de Lei 4.984/1985, sendo posteriormente agraciado pelo Executivo.

O marco histórico no cenário brasileiro significa uma adoção da particularidade jurídica dos países que guiam seu ordenamento pelo sistema *common law*, em que as ações de classe (*class action*) despontam como meio apto para o amparo dos interesses de classes ou grupos, devido à inviabilidade técnica litisconsorcial ativa, amplamente difundida nos Estados Unidos a partir do início do século XX.

Anterior à cunhagem de Ação Civil Pública, criada pela Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, essa expressão remontava à praxe de ações públicas ajuizadas pelo Ministério Público, decorrente de sua função institucional colocada no art. 3º, III, da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981, em razão de não serem penais e públicas pela natureza do órgão que a pleiteava, como lembra Mancuso<sup>115</sup>, sem vínculo com o aparato de tutela jurisdicional de direitos metaindividuais. Mas antes de tudo isso, o art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal n.º 6.938, de 13 de agosto de 1981, já deduzia a legitimidade do *Parquet* na propositura de ação e responsabilidade civil por danos contra o meio ambiente, abrindo margem para a compreensão de editar lei capaz de resguardar interesses que transcendiam um ou outro sujeito.

Ressalte-se que, no Brasil, há três correntes relevantes sobre a legitimidade para propor ações, conforme exemplificado por Leão. A saber:

Com base nesse panorama, foram desenvolvidas, no Brasil, três principais correntes explicativas da legitimidade para a propositura de ações em uma perspectiva coletiva. Barbosa Moreira defende a tese da substituição processual (legitimação extraordinária), Kazuo Watanabe argumenta que, em alguns casos, há legitimação ordinária de entidades civis para a defesa

---

<sup>115</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

de direitos supra-individuais, enquanto Nelson Nery sustenta haver legitimação autônoma para a condução do processo<sup>116</sup>.

A partir da sua confecção, a Lei de Ação Civil Pública foi capaz de prolongar a sua usabilidade e eventual efeito pretendido, qual seja, nos termos do art. 1º, combinado com o art. 3º, a responsabilização por danos morais e patrimoniais e consequente condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Fala-se em maior uso, porque não limitou a legitimidade de propositura somente ao Ministério Público, mas a outros interessados, de acordo com redação original do art. 5º<sup>117</sup>.

Justamente em razão do grande lastro de legitimados que futuramente acrescentariam a Defensoria Pública<sup>118</sup>, somada à natureza dos direitos a serem pleiteados que não são necessariamente públicos, Andrade et al.<sup>119</sup> alerta que há forte discussão na doutrina sobre a correta acepção da expressão “*Ação Civil Pública*”, até mesmo em razão do CDC tratar a tutela dos direitos plurindividuais em “ações coletivas”. Mazzilli<sup>120</sup> fala que a Ação Civil Pública, tal qual ocorre o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Popular, se refere à espécie do gênero ação coletiva, mas que acertadamente está o uso de Ação Civil Pública quando proposta pelo Ministério Público.

Neste impasse, cabe a visão singular de Zavascki<sup>121</sup>, que para o referido autor, a expressão ação civil pública seja colocada para denominar os instrumentos processuais de defesa de interesses transindividuais (que correspondem apenas aos difusos ou coletivos *stricto sensu*), disciplinados adjetivamente pela Lei de Ação Civil Pública, ao passo que a tutela de direitos individuais homogêneos ocorre por

---

<sup>116</sup>CAMPOS LEÃO, Gustavo de Souza. A legitimidade ativa na tutela de direitos coletivos. **Revista Paradigma da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP**, a. 16, n. 20, jan./dez. 2011. p. 72.

<sup>117</sup> Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO).

<sup>118</sup> BRASIL. **Lei Federal n.º 11.448, de 15, de janeiro de 2007**, alterou o art. 5º, da Lei De Ação Civil Pública, passando a reformular o rol dos legitimados, acrescentando a Defensoria Pública.

<sup>119</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. São Paulo: São Paulo, 2017, p. 51.

<sup>120</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016., p. 71.

<sup>121</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 61.

ação coletiva ou ação civil coletiva, sistemática que denominou de tutela coletiva de direitos, que é regulada pelo CDC.

O debate desse aspecto puramente formal não traz grande impacto para a sistemática da tutela de direitos coletivos, aliás, alerta Mancuso<sup>122</sup>:

Importante que seja correta a nomenclatura dos institutos e das categorias, porém, não se pode, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, conferir relevância excessiva a esse aspecto formal, incorrendo-se, em pleno século XXI, no equívoco de retroceder às priscas eras das *legis actiones*, quando se exigia absolutamente o rigor no emprego da “verba certa”[...].

Em confluência ao exposto, a dogmática processual é clara, sempre que se patrocinar qualquer ação com base na Lei de Ação Civil Pública, independente do legitimado ou natureza do direito coletivo *lato sensu*, sempre estaremos diante de uma Ação Civil Pública.

Confirmada a natureza jurídica da Lei de Ação Civil Pública, voltam-se os olhos para o interior de seus dispositivos ao ponto de responder um segundo impasse, trata-se de norma de direito material ou processual? Basta cuidadoso olhar ao longo de 23 artigos para se concluir que a lei disciplina a via instrumental de tutela de direitos materiais coletivos postos em outros diplomas legais, ou seja, a Lei de Ação Civil Pública é norma de direito processual, também corroborado por Milaré apud Mancuso<sup>123</sup>:

A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem se basear em dispositivo de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado, ou do Município, que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra infração administrativa ou penal, em que incida o infrator.

Apesar da constatação adjetiva, existem dispositivos de direito material expressos nos artigos 10 e 13<sup>124</sup> da lei, mas que na totalidade do texto não são capazes de alterar o caráter essencialmente processual da Lei de Ação Civil Pública.

---

<sup>122</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do patrimônio cultural e dos consumidores**: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

<sup>123</sup> Ibid., p. 34.

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei Federal n.º 7.347/85 Art. 10**. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público. [...] Art. 13. Havendo

Devido a esse caráter adjetivo da lei, ela oferece suporte à proposição de defesa das mais variadas temáticas, pois o seu art. 1º, IV, traz rol *numerus apertus*, conforme compilação de Andrade et al.<sup>125</sup>:

- a) meio ambiente (sua integridade e seu equilíbrio ecológico), abrangendo seus componentes naturais, artificiais (ordem urbanística) e culturais (CF, LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LONMP, LOMPU, LPNMA, entre outras);
- b) ordem econômica e a livre concorrência (LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LOMPU, e Lei 12.529/2011);
- c) economia popular (LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA);
- d) direitos dos consumidores (CF, LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CDC, LONMP, LOMPU, Estatuto do Torcedor, entre outras);
- e) patrimônio público e social (CF, LONMP, LOMPU, Lei de Improbidade Administrativa, entre outras);
- f) direitos dos portadores de deficiência (Lei 7.853/1989, entre outras);
- g) direitos dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989);
- h) direitos da família (LOMPU);
- i) direitos das crianças e adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente, LOMPU, entre outras);
- j) direitos dos idosos (Estatuto do Idoso e LOMPU, entre outras como o Estatuto da OAB);
- k) direitos das comunidades indígenas e minorias étnicas (LOMPU);
- l) integridade das mulheres nos meios doméstico e familiar (Lei 11.340/2006, conhecida como Lei “Maria da Penha”);
- m) direitos dos usuários da “internet” (Lei 12.695/2014);
- i) honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (Lei de Ação Civil Pública).

Por se tratar de meio a dar suporte às pretensões metaindividuais, especialmente colocadas no art.1º da Lei de Ação Civil Pública , não se pode cair no engano de restringir seu alcance a intenção reparatória, porém com a licença de Zavascki<sup>126</sup>, a Ação Civil Pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: preventiva e reparatória; indenizações ou obrigações (fazer e não fazer). Suportando uma vasta amplitude de provimento jurisdicionais (condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e declaratórios).

Ratificada a genuína lei processual colocada à disposição de defesa dos interesses metaindividuais, vale destacar a relevância dos princípios do

---

condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

<sup>125</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 111.

<sup>126</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 63.

microsistema do processo coletivo ou direito processual coletivo, que se integram à Lei de Ação Civil Pública, além de dar maior alcance ao próprio sistema positivado de leis.

### 3.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Os princípios são tidos como diretrizes de conduta de um sistema jurídico, contudo reflexo de seu momento histórico. Cruz<sup>127</sup> define o que se entende e se espera dos princípios:

Enquanto diretrizes ético-políticas de grande densidade moral, os princípios são tidos como os fundamentos éticos dos sistemas jurídicos. Mas além de natureza política e valorativa de suas diretrizes, atribuem-se aos princípios algumas funções jurídicas bem pragmáticas na medida em que: (a) asseguram a harmonia e a coerência do ordenamento legal; (b) atuam como critérios hermenêuticos de interpretação dos textos legais; e, por fim, (d) propiciam a integração do direito, funcionando como mecanismos de colmatação das eventuais lacunas do ordenamento jurídico.

Entendida a relevância dos princípios jurídicos, opta-se por percorrer o caminho no qual os valores principiológicos do Direito Processual comum, contidos na CRFB, são abordados de maneira incidental sobre o tema, isto é, quais as que mais se aproximam do microsistema de processo coletivo, além das peculiaridades em legislação infraconstitucional.

Desde já, prescinde discorrer sobre princípios corriqueiros a qualquer designação de processo, como o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB), a ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da CRFB; arts. 9º e 10, do Código de Processo Civil/CPC), inafastabilidade do controle jurisdicional ou acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB), razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, da CRFB; art. 4º do CPC), etc.

Acolhendo a análise de Andrade et al.<sup>128</sup>, podem-se oferecer os seguintes princípios ao processo coletivo, que hoje se encontram positivados ou pelo menos implícitos, vez que existe o Anteprojeto do Código de Processo Coletivo, Projeto de Lei 5.139/2009, que tende a oferecer os seguintes fundamentos:

<sup>127</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011, p. 55.

<sup>128</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 42-48.

a) Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo – decorre da necessidade de instrumentalidade das formas, superando formalismos exagerados, para que de fato se alcance a questão de fundo, o mérito;

b) Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva – deflui da razoável duração do processo, porém mais acentuada, no intuito de prevenir a proliferação de demandas individuais que tenham o mesmo objetivo, evitando também as sentenças contraditórias e maior segurança jurídica.

Um exemplo de como essa máxima vingou no Processo Civil está nos arts. 982, I e 1.036, § 1º do CPC, envolvendo a instauração de julgamento de casos repetitivos e suspendendo os processos em que se discutem as questões recorrentes, que para Didier e Zaneti<sup>129</sup> são espécie de processo coletivo;

c) Princípio da indisponibilidade temperada da ação coletiva – por pleitear o interesse público, sendo esse indisponível, não se pode desistir sem justa causa e mesmo que exista essa possibilidade, a ação não fica deserta devido à integração do Ministério Público no polo ativo (art. 9º da Lei de Ação Popular e art. 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública );

d) Princípio da não taxatividade da ação coletiva – até o advento do CDC, o art. 1º, da LAP, trazia as espécies de bens passíveis de defesa pela mesma, sendo eles o meio ambiente, os consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Entretanto, o diploma consumerista ampliou esse leque, ao colocar nova redação ao inciso quarto, do dispositivo em apreço da Lei de Ação Civil Pública, possibilitando outros interesses difusos ou coletivos, dando margem para outros direitos vindouros que se encaixem nessa categoria. No mais, a própria CRFB, no art. 129, III, parte final, atribuiu ao Ministério Público a defesa, por meio de Ação Civil Pública, a proteção de outros interesses difusos e coletivos, o que não era empecilho para sua atuação jurisdicional, ante a limitação técnica da lei infraconstitucional;

e) Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum – relaciona-se com a coisa julgada, pelo qual a imutabilidade da sentença de procedência de uma ação coletiva, beneficia as vítimas e sucessores, que poderão invocar o direito reconhecido na sentença para satisfação dos seus interesses. É a

---

<sup>129</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 129.

possibilidade de utilizar as ações coletivas que versam sobre verdadeira coisa julgada benéfica, sob autorização do art. 103, § 3º, do CDC, também chamada de transporte *in utilibus* da coisa julgada;

f) Princípio da máxima amplitude do processo coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo é cabível a toda espécie de ação, consoante o art. 83 do CDC. Portanto, é possível ações coletivas de conhecimento e execução; provimentos declaratórios, condenatórios e constitutivos; além de tutelas provisórias;

g) Princípio da ampla divulgação da demanda – trata do imperativo contido no art. 94 do CDC, exigindo-se publicação oficial de ação coletiva proposta, para que interessados possam intervir no processo como litisconsortes.

Deste ponto, afirmamos que decorre também a necessidade de informação aos órgãos competentes, em especial para o Ministério Público, devido sua função primordial de guarda da ordem jurídica, art. 127, *caput*, da CRFB, além dos ditames legais contidos nos arts. 6º e 7º da Lei de Ação Civil Pública e art. 139, X, do CPC;

h) Princípio da aplicação integrada das leis para a tutela coletiva – Nas palavras de Didier e Zaneti<sup>130</sup>, “os processos coletivos são regidos por regras e princípios próprios e integrados, cuja compreensão e aplicação devem ser feitas em permanente diálogo”.

Apesar do farto arcabouço de leis que disciplinam o microssistema coletivo, cada uma, na sua individualidade, por vezes pode carecer de determinado efeito. Sendo um sistema, é obrigatória a comunicação entre as normas, que preferencialmente recorrem àquelas que são próprias da orla coletiva, para então subsidiariamente socorrer-se ao CPC, embora exista disciplina à parte no códex, o mesmo tem por sua natureza regras a socorrer o direito individual, aliás, alerta Almeida e Almeida<sup>131</sup>:

[...] caso não sejam observadas essas regras e se parta a aplicabilidade das regras ortodoxas liberais e individuais do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo, por desrespeito ao princípio do devido processo legal.

<sup>130</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 118.

<sup>131</sup> ALMEIDA, Flávia Vigati Coelho de; ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Direito Processual Coletivo e a proposta de reforma do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, n. 03, set. 2012. Lisboa, 2012, p. 11/74. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/72290/direito\\_processual\\_coletivo\\_almeida.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/72290/direito_processual_coletivo_almeida.pdf)>. Acesso em 23 dez. 2018, p. 26.

i) Princípio da reparação integral do dano – como já explanado em outras oportunidades, a razão de ser de qualquer tutela coletiva é resguardar o interesse da coletividade, da *res publica*, porque absorvida a sociedade enquanto entidade representada no processo, o dano é igual para todos. Assim, na ação de improbidade administrativa, ação civil pública por danos morais e patrimoniais, além da ação popular, seja o ressarcimento pedido primordial ou acessório, sempre estará presente. Mesmo nos casos de ação para tutela de direitos individuais homogêneos, o art. 100 do CDC, atribui que na ausência de liquidação, os sujeitos elencados no art. 82 poderão propô-la.

### 3.2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A partir de agora, o cerne do estudo alcança aparência, mas é oportuno revelar que não é mais plausível argumentar sobre condições da ação, afinal, o Código de Processo Civil pôs fim a essa sistemática. Didier Júnior<sup>132</sup> lembra dessa impropriedade, alertando que os processualistas pátrios herdaram a teoria de Enrico Tulio Liebman, colocando as condições da ação (partes, pedido e causa de pedir) como zona intermediária entre as questões de admissibilidade e de mérito, o que não fazia sentido, nas palavras do processualista “só há dois tipos de juízo que podem ser feitos, o de admissibilidade e o de mérito”. No mais, o novel diploma do processo civil é silente quanto à expressão, o que não significa dizer que está extinto o “direito de ação”, pois esse é o direito subjetivo de provocar e movimentar o poder judiciário, anterior ao próprio processo.

Por conseguinte, dissecam-se os pressupostos processuais de forma ampla à concepção processualista civil, que guiam o processo coletivo, para posteriormente uma profunda análise dos pontos de maior repercussão na tutela plurindividual.

Apreender os pressupostos não é tarefa fácil, ante a grande oferta de diferentes classificações adotadas, não podendo apontar um modelo doutrinário como o mais apto, mas que é possível colher pontos comuns<sup>133</sup>:

---

<sup>132</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 306.

<sup>133</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA. **Manual de processo civil** – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 243.

A doutrina é significativamente discordante a respeito de quais sejam esses pressupostos processuais, havendo doutrinadores que limitam ao extremo sua existência, enquanto outros preferem um rol mais amplo. É tema de grande polêmica doutrinária. Além dessas divergências a respeito de quais sejam os pressupostos processuais, também não é tranquila a sua classificação, existindo doutrina que os dividem em subjetivos e objetivos, e doutrina que prefere a divisão em pressupostos de validade e existência, além dos positivos e negativos.

Ante a grande oferta, optou-se pela linha oferecida por José Orlando Rocha de Carvalho *apud* Fredie Didier Júnior<sup>134</sup>, dado o seu rigor com a disposição geral do CPC, logo, se constituem como pressupostos processuais os de existência e os de validade, requisitos<sup>135</sup>, por assim dizer, que na sua ausência ou impossibilidade de sanar a irregularidade, implica na extinção do feito sem resolução do mérito, art. 485, IV, do CPC<sup>136</sup>.

De forma sintética, passa-se a observar parte dos pressupostos objetivos, dado que o cerne da questão repousa na legitimidade para propositura da ação civil pública, como se verá. Deste modo, os pressupostos de existência também são chamados de constituição, trazem os componentes necessários para a formação da relação jurídica processual, que podem ser subjetivos atinentes aos sujeitos e objetivos relativo ao ato jurídico:

a) capacidade para ser parte – aptidão, em tese, para o exercício do direito de ação ou assumir o ônus da relação jurídica, designada de personalidade judiciária, exigindo-se apenas a personalidade civil material, abrangendo pessoas físicas ou jurídicas;

b) órgão investido de jurisdição – a petição deve ser proposta junto ao órgão regularmente investido na função jurisdicional do Estado, isto é, que o processo tramite perante um juiz natural, o qual corresponde com a competência legal pré-constituída, para que possa atuar naquele tipo de causa;

c) a existência da demanda – é o objeto litigioso colocado à apreciação jurisdicional por meio da devida provocação, por petição que demonstre quais são os motivos necessários à atuação do Poder Judiciário e qual o objeto demandado:

<sup>134</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 314.

<sup>135</sup> Ainda o autor insiste em dar o devido tratamento terminológico ao se falar em “pressupostos e requisitos processuais”, uma vez que *pressuposto* é elemento externo ao processo por lhe anteceder, enquanto *requisito* é elemento interno ao processo e posterior à sua existência, quando já ultrapassado os pressupostos. Apesar do formalismo, isso não atrapalha a análise, haja vista a consagração de *pressupostos processuais de existência e validade* em ampla doutrina.

<sup>136</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, op cit. p. 315.

O ato de pedir é necessário para a instauração do processo - é o seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 312 do CPC); a sua demanda delimita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso<sup>137</sup>.

De outra forma, assentam-se os pressupostos de validade, desde que satisfeitos os pressupostos de existência, para verificar se a conformidade do ato ou fato no processo alcançou os requisitos legais que o regulam, para, então, chegar ao seu cume, o mérito da causa. Isto posto, configuram requisitos de validade subjetivos e objetivos, na mesma confluência que os pressupostos de existência, porém na objetividade da validade, há de se observar que ainda existe uma subdivisão, em pressupostos intrínsecos (atinente ao rigor da lei processual) e extrínsecos (positivos e negativos, em que positivamente devem estar presentes no processo, enquanto os negativos não devem compor o processo):

a) capacidade processual – é a aptidão para a prática de atos processuais independente de assistência ou representação, mesmo que qualquer pessoa possa estar em juízo, deve ela atuar no processo, para tanto, deve ter capacidade de exercício e de fato (art. 70, do CPC), sendo que a incapacidade (art. 71, do CPC) ou inviabilidade operacional (art. 75, do CPC) pode ser suplementada por representação;

b) capacidade postulatória (*ius postulandi*) – aqui se exige a aptidão técnica para requerer e responder algo ao juízo, além de auxiliar aqueles com capacidade processual, dado o conhecimento do rigor legal, como os advogados inscritos regularmente na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que atuam mediante procuração devidamente outorgada (art. 105 do CPC), e membros do Ministério Público. Excepcionalmente, a lei traz tal faculdade a pessoas que não detêm essa expertise (art. 103, parágrafo único do CPC), como nos Juizados Especiais Cíveis (art. 9º, da Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995) e reclamações trabalhistas (art. 791, do Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943).

Dos pressupostos até agora analisados, todos indicam tratamento científico comum entre o processo civil tradicional e o coletivo. Entretanto, resta maior atenção aos pressupostos processuais de validade atinentes à legitimidade e interesse

---

<sup>137</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 316.

processual que apresentam disciplina à parte por meio da ação civil pública e a repercussão na tutela de direitos coletivos.

### 3.2.1 O interesse processual e a legitimidade para agir na ação civil pública

Diz o artigo 6º do Código de Processo Civil que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Em poucas palavras, o artigo define, de forma categórica, quem é legitimado para litigar em determinada causa. Aquele que se diz titular do direito cuja tutela invoca, a princípio, só terá legitimidade ativa para a ação se pleitear em direito próprio.

Não se cogita determinar a legitimidade a partir da titularidade do direito subjetivo, porque essa titularidade será definida no processo. Tem-se no momento do ajuizamento da ação a afirmação do autor de que, por ser sujeito da relação jurídica litigiosa, é titular do direito posto em questão. A legitimidade será determinada a partir da coincidência da figuração, no processo, dos sujeitos da relação jurídica posta em juízo.

Sobre o assunto, Santos nos diz:

O direito de ação é abstrato e a relação processual autônoma e independente, sem nenhuma vinculação com o direito material deduzido no processo. Em razão desta abstração e autonomia, não se pode dizer que só possa propor a ação quem seja sempre o titular do direito e que o pedido só pode ser feito contra o obrigado da relação de direito material. Não, afaste-se tal entendimento por demais pernicioso. A pessoa pode não ter o direito e ser parte legítima para propor a ação<sup>138</sup>.

A jurisdição é exercida não por um meio à conveniência de qualquer um, mas para o sujeito que de fato e de direito atende aos requisitos legais (regras do processo), para que a relação processual se instaure e tenha deslinde válido e inquestionável, dando segurança jurídica e justiça ao futuro provimento judicial.

Às vezes, nem mesmo a rigidez científica processual está imune a impasses, em que pese toda a dogmática de pressupostos oferecidos, existem situações em que não é possível tratá-los em redomas, visto que faz parte do mesmo sistema, comunicam-se a todo o momento. Por conseguinte, o interesse processual e a legitimidade para agir se confundem, como ocorre na ação civil

---

<sup>138</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de. **Direito Processual Civil**. 9a ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v.1, p.49-51.

pública, pois a coletividade passa a ser encarnada num ente que represente todos os sujeitos possíveis, conforme o tipo de interesse metaindividual.

Ressalte-se ainda que, sendo que a ameaça ou lesão ao determinado interesse desperta a automática necessidade de proteção, isto é, interesse processual, premissa compartilhada no Código de Processo Civil Português, art. 30<sup>139</sup>, “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar”. Nesse sentido Barbosa Moreira<sup>140</sup> foi pioneiro, apontando a legitimidade do Ministério Público em assumir a defesa desse tipo de interesse.

Mais do que legitimidade, no entanto, Nelson Nery afirma que o Ministério Público tem o dever de ingressar com a ação, posto não ter a faculdade de optar ou não pela propositura<sup>141</sup>.

Destarte, a sisudez materializada nas definições legais dos direitos coletivos *lato sensu*, notadamente contidas no CDC, leva a uma delicada exploração da relação desses interesses processuais e a legitimidades de quem poderá argui-los. Alega-se o cuidado porque existe uma íntima ligação entre os pressupostos em questão, nas palavras de Mancuso<sup>142</sup>, “a imbricação ‘interesse de agir/legitimação’ pode, por vezes, conduzir a algumas situações de perplexidade”, visto que na seara coletiva ofertada por ação civil pública, tem-se confusão entre quem de fato tem ampla legitimidade para a defesa de qualquer interesse coletivo e outros com limitada função institucional (carecedores de legitimidade), e que se não devidamente verificada, promove-se condição pessoal ao sujeito fora dos meandros constitucionais, subvertendo o próprio microsistema de tutela coletiva de direitos.

Apesar da argumentação, entretanto, cabe a reflexão feita por Kazuo Watanabe sobre a questão da legitimidade para propositura da ação e os efeitos que a postura do Ministério Público gera sobre o assunto. Observa-se:

...A Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/85), que disciplinou melhor a ação coletiva, preocupou-se bastante com a legitimação da sociedade civil, e sob

<sup>139</sup> PORTUGAL. **Código de Processo Civil, Lei n.º 41, de 26 de junho de 2013**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>. Acesso em 11 fev. 2019.

<sup>140</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

<sup>141</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública. **Revista de Processo**, nº 31. São Paulo: RT, p. 224-232.

<sup>142</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

essa ótica o processo civil de interesse público é fundamentalmente um instrumento de participação política da sociedade na gestão das coisas públicas. Esse é o aspecto que temos procurado sublinhar com maior ênfase em nossos pronunciamentos, porque às vezes o agigantamento do Ministério Público, nesta área, faz com que não haja a atuação política da sociedade civil e não se alcance, assim, um dos objetivos maiores da lei, que foi, como já ficou anotado, o de melhor organizar a sociedade civil, fazendo com que ela própria, por meio desse instrumento processual, também tivesse intensa atuação na tutela jurisdicional do interesse coletivo<sup>143</sup>.

Mais do que discutir a legitimidade em si, é preciso que o Ministério Público também se apegue aos efeitos que esse gigantismo indicado por Watanabe gera na efetiva tutela dos direitos difusos e coletivos e, ao fazer uma espécie de mea culpa, ajude a aprimorar essa instituição essencial à tutela de direitos que é a ação civil pública.

### 3.2.2 Da legitimidade em sede de ação civil pública

Antes de prosseguirmos a análise sobre o papel da instituição na propositura de ações coletivas, convém lembrar o tradicional conceito de Buzaid, para quem, nos dizeres de Greco Filho:

"A legitimidade, no dizer de Alfredo Buzaid, conforme já referido (Cap. 1,8), é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, só podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas a seus direitos. Salvo os casos expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida."<sup>144</sup>

Do conceito, temos que, em primeiro lance, a legitimidade para agir (legitimidade *ad causam*) é a qualidade necessária atribuída por lei na qual o sujeito se enquadra em determinada situação jurídica que lhe autorize a conduzir o processo, em que se discuta relação jurídica de direito material deduzida em juízo,

---

<sup>143</sup> WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público - Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público apud** SILVA, Bruno Campos (Org.). Direito ambiental: enfoques variados. Franca: Lemos & Cruz, 2004, p. 317.

<sup>144</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 12ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 77.

tanto na propriedade de autor (legitimidade ativa) ou réu (legitimidade passiva). Apresenta as seguintes características<sup>145</sup>:

- a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei ("situação legitimante"; "esquemas abstratos"; "modelo ideal", nas expressões normalmente usadas pela doutrina);
- b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu);
- c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida - "toda legitimidade se baseia em regras de direito material, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda".

A legitimidade *ad causam* se desdobra em classificações diversas. A primeira, existe maneira de rotulá-la na forma de relacionamento entre o legitimado e o objeto do litígio. Tradicionalmente, legitimidade é a identidade de pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada.

Nesse caso, ocorre a legitimidade ordinária – quando o legitimado a postular em juízo é de fato o titular do direito, defende em juízo o seu próprio interesse.

No entanto, na ação civil pública há um rompimento com o processo civil tradicional, uma vez que nem sempre coincidem as figuras do interessado, que é aquele a quem a lei confere o poder de agir. É precisamente nesse ponto que ocorre a legitimidade extraordinária – também chamada de substituição processual ou anômala, ocorre na falta de correspondência entre o sujeito demandante e o titular do direito discutido, é situação em que a lei autoriza determinado sujeito a defender em nome próprio o interesse de outro sujeito.

De forma peculiar ao processo coletivo, fala-se em “legitimidade extraordinária autônoma”, em que o legitimado extraordinário está autorizado a figurar no processo independentemente de autorização ou participação do titular do direito em demanda.

Para o professor Nery, a legitimação extraordinária ocorre:

Quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo, diz-se que há legitimação extraordinária. A dicotomia legitimação ordinária e extraordinária só tem pertinência no direito individual, no qual existe pessoa determinada a ser substituída. Nos direitos difusos e coletivos o problema não se coloca<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 345.

<sup>146</sup> NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 7a ed. São Paulo: RT, 2004, p. 332.

Ademais, existe a legitimação exclusiva, quando apenas um sujeito é considerado apto para compor um dos polos do processo, e concorrente, na possibilidade de colegitimados. Quanto a esta última, também se desdobra em conjunta, os vários legitimados devem atuar na lide em litisconsórcio necessário, e disjuntiva, na hipótese em que os legitimados podem arguir o interesse em juízo de forma separada ou isolada, como forma de litisconsórcio facultativo.

Essas regras são gerais e aplicáveis em qualquer campo do direito, mas, diferentemente do que ocorre nas ações individuais, no âmbito do processo coletivo verifica-se a existência de legitimados ativos predeterminados em lei. Em síntese, são apenas essas pessoas, estipuladas em lei, e como substitutos processuais, com legitimação extraordinária, deverão propô-las.

Sobre a ação coletiva, exatamente o caso onde ocorre a propositura da ação através de legitimação extraordinária, convém atentarmos à lição de Gidi:

A ação coletiva viabiliza a tutela de um grande número de interesses individuais em uma única ação. Embora o procedimento coletivo tenha um custo apenas marginalmente superior ao de uma ação individual, a sentença coletiva tem um valor geometricamente potencializador, de acordo com o número de membros do grupo. A desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença faz com que mesmo uma ação com uma pequena possibilidade de vitória seja economicamente viável para o grupo, e extremamente perigosa para o réu. A situação de desigualdade entre as partes persiste, mas agora de forma invertida; a empresa ré passa a estar em situação de desvantagem: deixa de ser opressora para ser oprimida<sup>147</sup>.

Tal instituto, importado pelo direito brasileiro dos class actions do direito norte-americano, é exatamente onde se encaixam as ações que objetivam a defesa de interesses da coletividade. Nesse cenário, conforme ensina Gidi (2017), a resolução judicial que confere natureza coletiva à demanda é de máxima importância, uma vez que transforma uma massa amorfa de indivíduos numa entidade juridicamente reconhecida, dotada de personalidade e capaz de ir a juízo lutar por seus interesses.

Apresentadas as formas possíveis de legitimação *ad causam*, deve-se reportar àquela que atende à tutela da Ação Civil Pública, que mais uma vez

---

<sup>147</sup> GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos- As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

recorrendo a Didier e Zaneti<sup>148</sup>, é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência como a “legitimidade extraordinária”, seja em prol de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, visto que não há identidade entre o sujeito do direito e o bem da vida, ou melhor, não há pertinência subjetiva. Entendimento também compartilhado por Andrade et al.<sup>149</sup>:

De modo geral, entende-se que, sejam os direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, a legitimação para sua defesa na ação civil pública é extraordinária, havendo substituição processual.

Nesse momento, vale realçar importante discussão quanto a assertiva de que a legitimação no processo coletivo é ordinária, argumentando que uma entidade atuando na ação coletiva acaba por desempenhar sua função institucional, logo, não estaria defendendo terceiros, mas os seus agremiados; portanto, haveria compatibilidade entre o sujeito demandando e o titular do direito em objeto. Para rebater a argumentação, expõe mais uma vez a propriedade de Didier e Zaneti<sup>150</sup>:

[...] Atualmente, não faz mais sentido defender essa tese, que de resto não é tecnicamente correta: o legitimado à demanda coletiva não vai a juízo na defesa de interesse próprio; o objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular um grupo (coletividade), que não é legitimado para defendê-la em juízo; o interesse institucional não é objeto do processo coletivo; ele é apenas a causa da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente.

A título de maior contribuição ao estudo, Mazzilli<sup>151</sup> e Mancuso<sup>152</sup> acrescentam que a legitimação *ad causam* na Ação Civil Pública é extraordinária concorrente e disjuntiva:

É concorrente e disjuntiva a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas [...] pois cada um dos colegitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente* porque todos os colegitimados do art. 5º, da LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA ou do art. 82 do CDC, podem agir em defesa de interesses

<sup>148</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 191.

<sup>149</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 61.

<sup>150</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, op cit., p.191.

<sup>151</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016., p. 313-314.

<sup>152</sup> No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

transindividuais, é *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio. (sic)

A par dessas considerações, cabe discorrer aqueles que estão autorizados à propositura de Ação Civil Pública, porém realçando-se os impactos na inovação legislativa promovida pela Lei Federal n.º 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterando o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, passando a incluir no rol de legitimados, dentre outros, a “Defensoria Pública” e produzindo questionamentos na escuridão dogmática do microssistema de tutela coletiva e reflexos na sistemática constitucional.

### 3.2.2.1 Dos legitimados ativos à propositura da Ação Civil Pública

Como já observado em tópico anterior, a Lei de Ação Civil Pública passou por modificação sensível em seu art. 5º, de modo que ampliou o rol de legitimados no manuseio da Ação Civil Pública, que atualmente passa a conferir legitimidade *ad causam* nos seguintes termos:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:  
 I - o Ministério Público;  
 II - a Defensoria Pública;  
 III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;  
 IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;  
 V - a associação que, concomitantemente:  
 a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;  
 b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em breve compêndio, haja vista o direcionamento que o trabalho em espécie requer, pode-se colocar a evidência do ponto comum na legitimidade de entes da administração direta, administração indireta e associações. É que todas exigem como condicionante para o exercício da Ação Civil Pública, ora a demonstração de “pertinência temática”, ora o “interesse processual”.

O Ministério Público é, portanto, em decorrência da lei, uma das instituições expressamente autorizadas por lei a tomar parte nessas demandas. A precisão encontra-se no art. 129 da CF e no art. 3º da LACP. Vale dizer, entretanto, que o

MP só pode ajuizar ação civil pública em relação aos temas abrigados em sua finalidade institucional.

Nesse sentido, ensina Constantino que esses interesses são:

(...) de acordo com o art. 127 da CF, são a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, a proteção do interesse social e a proteção do interesse individual indisponível. Nesses quatro temas o MP possui adequada representação para ajuizar a ação civil pública e, por conseguinte, legitimidade<sup>153</sup>.

Neste sentido, José Afonso da Silva<sup>154</sup> explica que a pertinência temática é a exigência de que o ente ou sujeito que pretende discutir a questão de direito, no processo, demonstre claramente que a decisão final tenha ligação direta com o interesse e com sua atividade desenvolvida.

Abre-se parêntese para solucionar pressuposto processual de validade objetivo extrínseco, o interesse processual. Em linhas gerais, esse pressuposto da mesma forma é apelidado de interesse de agir ou interesse jurídico, trata-se do binômio “necessidade-adequação”, isto é: necessidade sempre que o direito material e subjetivo exercido não for apto para se obter o bem da vida; adequação para que a pretensão só possa ser alcançada por meio do aforamento da demanda e que esta seja adequada para a postulação formulada.

Na especificidade do interesse processual aplicado à ação civil pública, nota-se as conclusões de Andrade et al.<sup>155</sup>:

No que se refere às ações civis públicas, um legitimado terá necessidade de ajuizá-la sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a um interesse supraindividual que lhe caiba tutelar, e não for possível afastá-la sem a propositura da ação perante o Poder Judiciário. [...] Já no que toca à adequação, deve-se aferir, em cada caso concreto, se o pedido (no que toca ao objeto imediato, ao provimento jurisdicional requerido) se mostra apto a afastar a lesão ou a ameaça de lesão ao interesse supraindividual narrada na causa de pedir.

<sup>153</sup> CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. **Considerações acerca do princípio da representação adequada no processo coletivo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51163&seo=1>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017 p. 679.

<sup>155</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 99.

Isto posto, convém ressaltar que não existe divergência quanto a legitimação do MP para a tutela dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*. Os maiores debates em relação à representação adequada são travados no que tange aos direitos individuais e homogêneos. Com efeito, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que, em relação aos direitos individuais homogêneos, o Ministério Público só tem legitimidade se o direito for indisponível ou socialmente relevante.

Ao que se observa, a técnica de legitimação utilizada no ordenamento nacional destoa do modelo original estadunidense das *class actions*, no controle da legitimação para as ações coletivas. Mazzilli expõe que nos Estados Unidos existe o *adequacy of representation* (adequada representação), em que se impõe o controle judicial (*ope judis*) de verificar se os representantes no processo coletivo de fato correspondem a classe, grupo, categoria, coletividade e os respectivos interesses.

Já na *terrae brasilis*, esse controle da representatividade adequada advém exclusivamente da lei (*ope legis*), por meio do rol contido no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, contando com presunção de modo absoluto (*iuris et de iure*).

A consequência dessa escolha foi a criação de *aberratio finis legis* ao modelo constitucional, sobretudo ao colocar a Defensoria Pública na tutela indistinta de qualquer tipo de direito metaindividual por Ação Civil Pública. A opção legislativa ignorou por completo a expertise do julgador para referido mister. De mais a mais, a falta de gnose do legislador fica patente ao analisar as alíneas “a” e “b” do dispositivo em comento, prevendo meramente requisitos de legitimidade para as associações, esquecendo-se dos demais colegitimados, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência colmatar o embaraço, que ainda carece de segurança jurídica.

### 3.2.2.2 A atribuição de legitimidade da Defensoria Pública

Se a legitimidade do Ministério Público para atuar nas ações coletivas é expressa na Constituição Federal, o mesmo não se pode dizer em relação à da Defensoria, sendo esta acrescida à Lei de Ação Civil Pública pela Lei 11.448/07.

Pelo atual entendimento das cortes superiores, assim como o Ministério Público, a Defensoria só pode ajuizar Ação Civil Pública dentro de sua finalidade institucional, prevista no art. 134 da Constituição Federal: a defesa e adequada

representação dos necessitados. Esse é o primeiro ponto de divergência: a definição do que é necessitado.

A primeira corrente, mais restritiva, entende que a atuação da Defensoria só existe nos casos de hipossuficiência econômica, o que tornaria possível à defensoria propor ações civis públicas somente nesses casos, com base no art. 134 da Constituição Federal, remetendo ao artigo 5º, LXXIV da Constituição, que prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Já a segunda corrente, que amplia a legitimidade da Defensoria, entende que a análise da finalidade institucional da Defensoria Pública depende da análise da Lei Complementar 80/94 que, em seu art. 4º, prevê dois tipos de funções da Defensoria, as típicas e atípicas, sendo a ação em ações civis públicas uma representação do segundo tipo. Constantino informa ainda que há uma terceira corrente, que defende que a Defensoria Pública pode ajuizar ação civil pública para a tutela de todos os interesses metaindividuais, desde que relacionados com os necessitados<sup>156</sup>.

Para José Afonso da Silva<sup>157</sup> a Defensoria Pública tem função essencial à promoção da justiça, de relevância no Ordenamento Jurídico, sendo a instituição imbuída na promoção de assistência jurídica gratuita e a defesa daqueles grupos sociais mais vulneráveis e desfavorecidos em todos os graus da jurisdição. Esta ideia está em consonância com o artigo 5º, inciso LXXIV, CRFB, atrelada ao direito fundamental de acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, do Texto Magno. Indiscutivelmente, seu papel constitucional é indispensável à consecução dos objetivos de princípios e normas relativos à igualdade de condições e oportunidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Colocada a dimensão social que o órgão representa, tornar-se-ia impossível a execução dessa atividade sem que pudesse fazer artifício da Ação Civil Pública, situação corrigida com o art. 82, III, do CDC, no ato de sua publicação, em 11 de setembro de 1990. O legislador, não satisfeito ante o abismo socioeconômico brasileiro, acirrando mais as desigualdades sociais e considerando que o acesso à

---

<sup>156</sup> CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. **Considerações acerca do princípio da representação adequada no processo coletivo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51163&seo=1>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>157</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017 p. 679

justiça seria um dos meios aptos a dirimir injustiças, elegeu à Defensoria Pública um encargo ainda maior, como dito, a Lei Federal n.º 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, passando a incluir o referido ente com avultada legitimidade na propositura da Ação Civil Pública, na tutela de qualquer interesse metaindividual.

Na locução de Mancuso<sup>158</sup>, como a legitimidade na Ação Civil Pública é concorrente-disjuntiva e o art. 129, § 1º, da CRFB, alerta que a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da *class action* “*não impede a de terceiros*”, não existe problema a ser pautado. Acrescenta-se ao otimismo da doutrina o que Didier e Zaneti<sup>159160</sup> chamam de funções típicas e atípicas da Defensoria Pública, o que por si só é permissivo para a atuação indistinta junto aos direitos plurindividuais:

É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. *Função típica* é a que pressupõe hipossuficiência econômica, aqui há o necessitado econômico. [...] *Função atípica* não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o *necessitado jurídico*, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 72, parágrafo único: “A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265).

No intuito de alastrar o cabidal de atuação da Defensoria Pública, Grinover sedimenta que mesmo uma interpretação restritiva dos afazeres da instituição, aos casos em que houver pessoas socialmente vulneráveis podendo ser beneficiadas pela demanda, é de se ressaltar que a compreensão de hipossuficiência é ampla, não confundindo com a ideia de insuficiência de recursos econômicos, mas ser interpretada como vulnerabilidade social<sup>161</sup>:

[...] é nesse amplo quadro, delineado pela necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de amplo acesso à justiça que eu vejo situada a garantia da assistência judiciária. E ela também toma uma dimensão mais ampla, que transcende o seu sentido primeiro, clássico e

<sup>158</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 179.

<sup>159</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 213.

<sup>160</sup> No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 100.

<sup>161</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *In: Direito do trabalho e direito da seguridade social*: direito processual do trabalho. v. 4., 2012, p.145. Disponível em:<<https://bdpi.usp.br/item/002743580>>. Acesso em 23 jan. 2019.

tradicional. Quando se pensa em assistência judiciária, logo se pensa na assistência aos necessitados, aos economicamente fracos, aos “*minus habentes*”. É este, sem dúvida, o primeiro aspecto da assistência judiciária: o mais premente, talvez, mas não o único”.

Mesmo diante do alvoroço pela reformulação da Lei de Ação Civil Pública, materializando a teoria de Cappelletti<sup>162</sup> sobre a legitimação plúrima, para maior efetividade dos direitos coletivos, não significa que a lei, a título de ordinária e infraconstitucional, detém natureza jurídica própria que sua aplicação não se subsuma a controles, pois partindo do consagrado pressuposto kelseniano (já demonstrado) que a Constituição é a norma fundamental, ápice do ordenamento jurídico, deve as demais previsões legislativas se adaptarem aos seus comandos, bem como a interpretação de quaisquer dispositivos sempre será orientado pela ordem constitucional.

Para tanto, existe concorrência de atribuições na tutela dos direitos plurindividuais por meio da Ação Civil Pública entre Ministério Público, tradicionalmente consagrado com essa tarefa, e Defensoria Pública, criando ambiente jurídico e jurisdicional em que uma instituição (DP) interfere nos afazeres da outra (MP), ignorando-se a engenharia constitucional delineada para o equilíbrio do ordenamento jurídico. Essa constatação foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI n.º 3.943 Distrito Federal<sup>163</sup>, de autoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, em 16/07/2007, na qual se questionava a validade constitucional do art. 5º, inc. II, da Lei n.º 7.347/85, alterada pela Lei n.º 11.448, de 15 de janeiro de 2007, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

A ação argumentava sobre o vício material de inconstitucionalidade da lei supracitada, que inclui a Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura de ação civil pública, em afronta aos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da Constituição Federal, asseverando não possuir a Defensoria competência para “atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, podendo somente atender os necessitados que comprovarem individualmente carência financeira”.

Porém, o Supremo Tribunal Federal acompanhando a relatora, e por unanimidade, entendeu que não existe agressão ao Texto Magno, posto que a

---

<sup>162</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 93.

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF, ADI 3943/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 7/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154, div. 5-8-2015 p. 6-8-2015.

novidade legislativa empregou a “máxima efetividade da Constituição”, promovendo-se a dignidade da pessoa humana por meio do acesso à justiça, como reflexo coerente “das novas tendências e crescentes demandas sociais”. Mas plausível de destaque o entendimento do então Ministro Teori Zavascki, que mesmo acompanhando a relatora, advertiu: “a legitimação ativa da Defensoria Pública é admitida quando for veiculada em favor de pessoas necessitadas”<sup>164</sup>.

Cabe destacar que essa decisão, tomada em definitivo no ano de 2015, já ecoava pela doutrina e jurisprudência há muito tempo, prestando-se a dar maior arrimo aos seus defensores. Sob este ponto, os autores da ADI, tomados pelo espírito da classe, deixaram outras questões contundentes de inconstitucionalidade, como a própria redação originária da Lei de Ação Civil Pública, que atribui legitimidade a entidades privadas ou, ainda, órgãos despersonalizados conforme art. 83, do CDC.

### 3.2.2.3 Confrontos e limites à legitimidade da Defensoria Pública

À guisa de revolução legislativa de estender a direitos individuais mecanismos típicos da tutela coletiva *lato sensu*, o Poder Legislativo Federal tem promovido uma interpretação da realidade social e econômica do país, remetendo à Lei de Ação Civil Pública papel fundamental na resolução do problema, legando à Defensoria Pública afazeres além da sua índole constitucional, acometendo-a de afazeres processuais que exorbitam sua qualidade e se inserem na missão do Ministério Público.

A questão que se macula não está baseada numa defesa classista, mesmo que possa parecer em razão da Ação de Inconstitucionalidade ter sido proposta pela Associação Nacional do Ministério Público, em outras palavras, não se trata de defender um lado na disputa de egos entre Ministério Público e Defensoria Pública, não está a se falar em superposição.

É preciso discorrer sobre o exímio contorno das atribuições de cada um nas nuances relativas à tutela de direitos coletivos *lato sensu*, balizando os afazeres de acordo com a Constituição, entender que o perfil de cada instituição é reflexo da atividade constituinte que obedece a uma lógica sistêmica, alocando a cada ente

---

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **ADI 3943/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 7/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154, div. 5-8-2015 p. 6-8-2015, p. 83.

suas tarefas, no intuito, justamente, de se evitar uma disputa de espaço, o que poderia provocar outro efeito, como a espetacularização da assistência jurídica, colocando-se em plano de protagonismo em prejuízo da sociedade.

Deve-se deixar evidente que a função essencial à justiça, da qual a Defensoria Pública é dotada, a qualifica como instrumento de concretização dos direitos de titulares carentes, necessitadas de recursos financeiros e que por essas características revelam quais são de fato seus interesses em juízo, a apreciação de uma demanda judicial que dê guarida aos seus proveitos, para tanto fez a Carta Magna o papel de entregar ao órgão, em debate, esse mister. Deste modo, nas palavras de Lênio Streck<sup>165</sup>:

Não cabe ao Tribunal, com o devido respeito, escolher quem defende quem ou o quê. Fosse esta a tarefa, talvez estivéssemos mesmo diante de uma das tais escolhas trágicas. Mas não é o caso. O que se deve fazer é perguntar pelo valor da instituição Defensoria Pública, e assumir a responsabilidade de responder esta pergunta de modo ajustado com a integridade do Direito, no qual o texto constitucional tem um papel de importância inexcusável. Dito de outro modo: cabe ao Tribunal a construção de um sentido para o limite das atribuições da Defensoria Pública, um limite que seja harmônico com a estrutura constitucional de defesa dos direitos.

É justamente o antagonismo da situação que chama a atenção. Como pode o Supremo Tribunal Federal consignar com disposição legal, contida no inciso II, do art. 5º, da Lei nº 7.347/85, que vai além do texto constitucional? E esse “além” não está na atividade legislativa de dar desdobramentos a eficácia do texto, mas ir afora do que o Excerto Magno dispõe, revelando inclusive um contrassenso com o espírito da instituição, disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, **dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados**, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. **(grifo do autor)**

---

<sup>165</sup>STRECK, Lênio Luiz. **Legal opinion, ADI 3.493**: a pertinência dos embargos para a declaração sobre a necessidade (ou não) da comprovação de hipossuficiência e a explicitação acerca do conceito de carência de recursos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/streck-defensor-debater-competencia1.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2019.

Essa necessidade que o legislador aponta, inclusive no art. 134, da CRFB, quando trata do público-alvo da Defensoria Pública, tem apreciação material, no caso, necessidade econômica, tanto que o art. 5º, LXXIV, reforça essa necessidade, designando-a como “insuficiência de recursos”, logo valer-se a Defensoria Pública de ação civil pública para fins metaindividuais quaisquer, a título de exemplo, de defesa do patrimônio público, é incoerente, foge completamente de sua atividade fim.

Desta breve explanação se reconhece a carência de um debate capaz de conjurar a obediência à realidade, algo que grande gama da doutrina vê como robustez de um conservadorismo, ainda que defendam uma “nova era de direitos e ampliação do acesso à justiça”. Lênio Streck<sup>166</sup> é uma dessas raras vozes que se levantam contra esse axioma, lembra uma máxima da obra sertanista de Guimarães Rosa, em “Grande Sertão: Veredas”, de que “querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar”, ou seja, a busca por justiça não deve ser feita a todo custo, ignorando a Norma Máxima, que funda e estabelece o que é o Estado, uma vez que isso tiraria toda a racionalidade da justiça e, por conseguinte, sua legitimidade.

### 3.2.2.3.1 Dilemas técnicos na legitimidade ampla da Defensoria Pública

Para além de conjecturas subjetivas, a modicidade da Defensoria Pública em artifício de Ação Civil Pública tem repercussão na ala objetiva, isto é, quesitos técnicos que não podem ser relegados, para que se promova uma justiça lídima e concatenada com todo o ordenamento, além da própria ciência processual.

Nos pressupostos processuais aplicados à tutela de direitos coletivos, com enfoque na Ação Civil Pública, tem-se que a legitimidade *ad causam* é extraordinária, em que se defende direito alheio em nome próprio, existindo uma substituição processual. Destarte, não se confunde com representação processual, pois nesse caso um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio, atuando em juízo para suprir a incapacidade processual da parte.

---

<sup>166</sup> STREK, Lênio Luiz. **Legal opinion, ADI 3.493**: a pertinência dos embargos para a declaração sobre a necessidade (ou não) da comprovação de hipossuficiência e a explicitação acerca do conceito de carência de recursos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/streck-defensor-debatem-competencia1.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2019.

A par dessa informação, remete-se ao encargo primordial da Defensoria Pública de orientação e defesa, judicial ou extrajudicial, desempenhar advocacia pública aos necessitados, equiparando-se à comunidade latina de “*la Defensa Pública*”, em que na eventualidade de limitação operacional do órgão de assistência jurídica, é nomeado defensor dativo (art. 22, da Lei n.º 8.906 de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil). Configurado o encargo social, ainda que prestado a título público, a assessoria jurídica é exclusiva de advogados, o que impõe aos defensores a submissão ao Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, exigindo-se a representação que se dá formalmente por procuração, de acordo com o artigo 3º da lei 8.906/1994<sup>167</sup>:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública [...]

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. [...]

Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em face do Recurso Especial nº 1.710.155-CE (2017/0294168-6). Em voto do ministro Herman Benjamin acolhido pela segunda turma, determinou-se que, ainda que possua muitas particularidades comuns à advocacia, “há inúmeras particularidades que fazem com que a Defensoria Pública seja distinta da advocacia privada e, portanto, mereça tratamento diverso<sup>168</sup>”.

---

<sup>167</sup> Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),  
§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública [...]

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. [...] Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

<sup>168</sup> BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.710.155-CE 2017/0294168-6. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 02/08/2018. Jus Brasil, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608627015/recurso-especial-resp-1710155-ce-2017-0294168-6/inteiro-teor-608627026>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

Mesmo que se reverbera o permissivo no art. 44, XI, da Lei Complementar n.º 80/1994, aos defensores públicos para a dispensa de mandato, o pragmatismo científico processual exige o rigor necessário inclusive para a manutenção do patamar de ciência, bem como o fato da natureza do cargo de defensor ser genuinamente um advogado, por isso, age-se segundo a demanda solicitada, representando e não substituindo o interessado/cidadão que o procure.

A relevância da função institucional da Defensoria Pública na defesa dos direitos individuais, individuais homogêneos e coletivos dos comprovadamente necessitados, é certa, necessária e inquestionável. Assim, resta apenas estabelecer, a teor do disposto nos arts. 134 e 5º, inciso LXXIV, ambos da CF e no art. 1º da Lei Complementar n.º 80/1994, os limites constitucionais de sua legítima atuação institucional.

A Defensoria Pública será parte legítima para propor a Ação Civil Pública somente na defesa dos direitos dos hipossuficientes, quer dizer, de todos aqueles necessitados que comprovem a insuficiência de recursos para demandar em nome próprio. Desta maneira, a aparente legitimidade universal estampada no inciso II, do art. 5º, da Ação Civil Pública, deve ser interpretada restritivamente, de acordo com o comando constitucional.

O art. 134 da CF reconhece a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, devendo ser ela criada e instalada como órgão da própria estrutura estatal, compondo mais um membro “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. O referido art. 5º ao destacar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção e com as garantias constitucionais inerentes, determina, em seu inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A função de assistência jurídica aos necessitados é consolidada na Lei Complementar nº 80/94, art. 4º, I, conforme já exposto, segundo se sustenta, a missão constitucional da Defensoria Pública consiste em patrocinar judicialmente todos aqueles que comprovarem insuficiências de recursos, evidentemente, não há que estender a defesa genericamente a todos os cidadãos. Aqueles que possuem condições econômicas próprias para demandar em juízo poderão se valer da substituição processual em questão, para que, indiretamente, sejam beneficiados

pelo trabalho de assistência da Defensoria Pública, visto que considerada a coisa julgada coletiva material, que prolifera efeitos *erga omnes*, beneficia quem não deveria, ou melhor, sequer é o público-alvo de atuação.

A relevância de se definir quem de fato merece a assistência da Defensoria Pública é algo deveras sensível pela própria instituição, já que o Conselho Superior da Defensoria Pública da União editou a Resolução nº 133/2016, onde estabeleceu:

Art. 1º. A Defensoria Pública da União prestará assistência integral e gratuita em favor de **peças naturais** e jurídicas, **preferencialmente por procedimentos coletivos, quando ficar demonstrado que, sem sua atuação, não será possível o acesso à justiça.**

Art. 2º. **Presume-se economicamente necessitada a pessoa natural integrante de núcleo familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse valor fixado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União para atuação do órgão**<sup>169</sup>.(grifo do autor)

O desdobramento de critérios objetivos de pessoa economicamente necessitada foi estabelecida na Resolução nº 134/2017, do referido órgão, em que:

Art. 1º. **O valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do art. 2º da Resolução CSDPU 133/2016, será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).**<sup>170</sup> (grifo do autor).

Desta forma, resta a necessidade de obediência vertiginosa ao princípio da especialidade, porquanto as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas, atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social, sob pena de comprometimento da ordem jurídica, notadamente constitucional e, ainda, a instituição (diga-se Defensoria Pública) atentar contra a legalidade e moralidade administrativa, consagradas no *caput*, do art. 37, da CF e resguardada pela lei de improbidade administrativa.

<sup>169</sup> BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União. **Resolução nº 133, de 07 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a concessão de assistência jurídica gratuita e dá outras providências. Disponível em:< <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37078-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-dispoe-sobre-a-concessao-de-assistencia-juridica-gratuita-e-das-outras-providencias>>. Acesso em 23 jan. 2019.

<sup>170</sup>BRASIL. Conselho Superior da Defensoria Pública da União **Resolução nº 134, de 07 de dezembro de 2016.** Fixa o valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita. Disponível em:< <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37083-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-fixa-o-valor-de-presuncao-de-necessidade-economica-para-fim-de-assistencia-juridica-integral-e-gratuita>>. Acesso em 23 jan. 2019.

Merece destaque que o próprio STF no julgamento da ADI n.º 3022/RS, em que julgou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual gaúcha e Lei Complementar n.º 10.194, de 30 de maio de 1994, em que se atribuía o direito à assistência judiciária franqueada pela Defensoria Pública, aos servidores públicos estaduais processados civil e penalmente em razão do exercício da função, sedimento que a disposição legislativa ofendia o art. 134, da CRFB, ao desvirtuar as atribuições precípuas da Defensoria Pública de assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. [...] (STF - ADI: 3022 RS, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 02/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-02 PP-00189 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 96-115 RDA n. 240, 2005, p. 287-297 RTJ VOL-00193-01 PP-00117)<sup>171</sup>

O que se quer demonstrar é que a Defensoria Pública exerce função primordial de advocacia pública aos necessitados, não qualquer carência, mas especificamente a de recursos materiais, como compartilha Branco e Mendes<sup>172</sup>:

Convém observar que é pressuposto da atividade da Defensoria estar agindo, como se vê da atual redação do art. 134 da CF, em prol dos "necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º" da Constituição; vale

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, on line. STF - **ADI: 3022 RS**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 02/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-02 PP-00189 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 96-115 RDA n. 240, 2005, p. 287-297 RTJ VOL-00193-01 PP-00117.

<sup>172</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: 2017, p. 933.

dizer dos que “comprovarem insuficiência de recursos”, na dicção da garantia constitucional referida.

A Lei de Ação Civil Pública, quando reformada em 2007, inevitavelmente afastou a Defensoria Pública do seu espírito social, os autores supra mencionados compartilham desse ponto de vista, alertando que “não é dado à legislação estender as atribuições da Defensoria Pública para alcançar sujeitos que não sejam hipossuficientes”<sup>173</sup>.

Nesse sentido, Mendes e Gonet mostram que o caso já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) teve ocasião de declarar a inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual, que atribuía à Defensoria Pública a defesa de todo o servidor público estadual que viesse a ser processado civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo. O Tribunal afirmou que isso “extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV”<sup>174</sup>.

Em tempo, *data venia*, Mancuso<sup>175</sup>, Didier e Zaneti<sup>176</sup> expõem suas locuções de ampla legitimidade da Defensoria Pública, apartadas do texto legal, já que o art. 129, § 1º, da CRFB, ressalva que a legitimidade do Ministério Público na promoção da Ação Civil Pública não impede a de terceiros, entretanto, “segundo o disposto nesta Constituição e na lei”, por derradeiro, a Constituição vincula a missão institucional da Defensoria aos necessitados, de acordo com a dicção do inciso LXXIV, do art. 5º, sem desmerecer o art. 4º, da Lei Complementar nº 80/1994.

Adiciona-se à contradição evidente que o “curador especial”, como citado no CPC, art. 72, tem o dever de defender os interesses da parte, realçando a gramaticalidade da lei no sentido singular, observando o tipo de direito individual colocado ao trabalho da Defensoria, de acordo com o parágrafo único do dispositivo, limitando seu eixo de atuação e circunscrito a um sujeito identificável, detalhe, num processo civil individual e não coletivo.

<sup>173</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: 2017, p. 933,934.

<sup>174</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1410.

<sup>175</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>176</sup> DIDER JUNIOR., Fredie; ZANETI JUNIOR., Hermes. **Curso de direito processo civil. Processo Coletivo**. vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

Aliás, na senda de determinabilidade dos sujeitos assistidos pela Defensoria Pública, o próprio CPC, no *caput* do art. 185, alerta que órgão exerce a orientação jurídica dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. Reitera-se que, de fato, há necessidade de comprovação da pertinência temática do órgão no manuseio de Ação Civil Pública, além de reforçar que seu nicho de labor está pautado nos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Cumprе relembrar que o verbete necessitado, sob a alcova da interpretação gramatical, compreende “aquele que padece necessidade, privação; indigente; miserável; pobre”<sup>177</sup>. Depreende-se que o termo, revisitado por várias vezes no presente estudo e legislação, denota a apreciação da falta de algo material, que por óbvio, pode ser pautado, quantificado e deduzível, tal qual se pode apontar e dar os contornos dos sujeitos pertencentes à classe dos interesses coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sem excluir a mensurabilidade do direito posto a essa última classe.

Conjunção com suporte nas ideias de Zavascki<sup>178</sup>, sendo que o referido autor guia sua classificação dos direitos plurindividuais nessa vertente material, limitando inclusive o tipo de tutela adequada, em que os direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) são defendidos por meio de tutela coletiva de direitos e não por tutela de direitos coletivos (aptas para os direitos difusos e coletivos *lato sensu*), o que, na determinabilidade dos sujeitos necessitados, reduziria a legitimidade da Defensoria (atrelada a sua função institucional e constitucional) ao manuseio da Ação Civil Pública exclusivamente para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Pelo contraditório, convém ressaltar pensamento de Olavo Alves Ferreira ao falar sobre o mandado de injunção coletivo, em texto no qual arrazoa que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação<sup>179</sup>. Opinião, por sinal, corroborada por Ada Grinover<sup>180</sup>, para quem as atribuições constitucionais da

---

<sup>177</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fronteira, 1999, p. 1397.

<sup>178</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

<sup>179</sup> ALVES FERREIRA, O. A.; Castro, G. Legitimação Ativa da Defensoria Pública No Mandado De Injunção Coletivo. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, v.42, n.1, 80-95, 2018.

<sup>180</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública. **Revista de Processo**, vol. 165/2008, p. 233. Out/2011.

Defensoria Pública podem ser expandidas, abarcando até mesmo interesses difusos.

#### 3.2.2.4. Da validade e necessidade de um novo controle da adequada legitimação

A evolução dos direitos coletivos remonta a característica geral dos Direitos Humanos da historicidade, pelo qual são uma construção contínua em que a cada patrimônio jurídico alcançado, deve-se no mínimo preservá-lo, mas o ideal é seu aperfeiçoamento. Porventura, essa ideia pairou sobre o entendimento dos ministros do Pretório Excelso no julgamento da ADI n.º 3.943/DF, posto que os direitos plurindividuais são um fenômeno da terceira geração de Direitos Humanos, ao conceber legitimação universal à Defensoria Pública, via-se uma forma de aprimorar o alcance à justiça aos relegados, munindo-os de mais um recurso constitucional franqueado à cidadania.

Como visto, a partir do momento que é “inquestionável” a legitimidade da Defensoria, perante a Ação Civil Pública, automaticamente se abre espaço para uma atuação mais oficiosa, não havendo necessidade de provocação para a defesa dos direitos individuais e coletivos, o que conseqüentemente se torna um evento danoso de conhecimento público e notório, aos bens jurídicos contidos no art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, sequer há necessidade de pertinência temática para que o órgão lance mão de Ação Civil Pública destinada à proteção dos interesses difusos. Porém, não se preocupou sob os efeitos decorrentes dessa nova percepção.

Acometida a Defensoria Pública como função essencial à justiça, encarnando o meio de acesso à justiça aos mais necessitados (pobres), seria natural que os agentes do Estado (Defensores Públicos), no manejo junto à população, fosse capaz de compreender suas necessidades e anseios, suplementando-os com o bem da vida nos estritos termos que aquela classe social requer, refletindo em eventuais ações civis públicas um interesse de agir compassado com a realidade, produzindo um senso de justiça social, conforme exige a ordem social, contida no art. 193 da CRFB, e valorização da cidadania.

No entanto, a conjuntura é diversa, ao passo que imbuí mais um ente na defesa universal da ordem social, provoca-se um distanciamento entre a expectativa daqueles que de fato detêm o direito, de acordo com o interesse que lhes convém, e quem os substitui em demanda judicial. Fomenta-se um modelo de exclusão, pois se

não é dado ao interessado escolher o seu representante, onde lhe é vedado se manifestar no processo, consequência que mitiga a cidadania. A premissa também não recairia ao Ministério Público?

Anteriormente mencionado, o Ministério Público é concebido no *caput* do art. 127, da CRFB, o caráter de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Perceba que a digressão constituinte ao elencar por primazia a defesa da ordem jurídica, posteriormente as demais, não o fez por acaso, porque a “ordem jurídica” é um gênero maior<sup>181</sup>:

[...] A ordem jurídica, portanto, compõe-se de princípios gerais implícitos e de disposições particulares, de regras, de normas, de conceitos, oficiais, ou oficializados, dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico. Como ordem é a reta disposição das coisas, conservando cada qual o lugar que lhe compete, também é chamada sistema jurídico, porque é sempre conjunto organizado, sistematização; não um amontoado de disposições.

Decorre disso que o Ministério Público ao fazer uso da Ação Civil Pública, por si só já ampara a ordem jurídica por ser um campo amplo e ensejador dos direitos sociais, que exprimem os direitos coletivos. O *Parquet* funciona como vigilante formal das políticas públicas manifestas sobre o conteúdo de direitos fundamentais *prima facie*, como lembra Alexy<sup>182</sup>.

Sob esse aspecto tem-se a obra de Carl Schmitt<sup>183</sup> *apud* Macedo Junior “na Teoria da Constituição” que assevera a existência do Estado na unidade política de um povo, que a representa sob a forma de uma constituição, nesse documento está pautada a “decisão política fundamental”, estabelecendo a estrutura do Estado, quanto à sua forma, governo, sistemas, regimes, órgãos, direitos e garantias fundamentais, onde a positividade dessa decisão coletiva “contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”. Desse apanhado, deduz-se que a Constituição (Lei Maior) passou a ser a vontade política coletiva dirigida, ainda que operada via representantes políticos. A correção formal dos desvios e omissões dos direitos

<sup>181</sup> CASTRO, Amílcar de. **O direito e a ordem**. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 111.

<sup>182</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2015, p. 104.

<sup>183</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-55.

fundamentais (sociais) enquanto política fundamental, cabe ao Ministério Público. Por isso, no instrumento racional e pré-ordenado do processo coletivo colocado à disposição de tutela dos direitos metaindividuais, o órgão ministerial tem ampla legitimidade, sem limitação temática, haja vista a amplitude da ordem jurídica.

A Defensoria Pública tem no *caput*, do art. 134, da CRFB, o atributo de expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica e a defesa de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV, do art. 5º desta Constituição Federal. Os termos expressão e instrumento pressupõem um arranjo mais reduzido de atividade, são tomados numa acepção mais circunscrita/interior da ordem jurídica, mas de qualquer forma, não se pode relegar que os mesmos termos pressuponham ação, dinamicidade, o constituinte quis colocar à Defensoria atuação material na retificação dos direitos fundamentais, sociais e coletivos. Passa-se a explicar, com suporte em Robert Alexy.

A concretização dos direitos fundamentais sociais exige considerável renda dos cofres públicos, que numa realidade socioeconômica brasileira de país em desenvolvimento e amargando as consequências de retrocesso econômico, torna-se uma tarefa quase inviável. Porém, não pode o Estado abrir mão do mínimo existencial (*Recht auf ein Existenzminimum*)<sup>184</sup>, o núcleo de sobrevivência digna do necessitado, mas se o faz de maneira indistinta, compromete suas receitas e coloca em xeque o direito fundamental de todos, sob o limitador de “cláusula da reserva do possível”<sup>185</sup>, em que constatada a incapacidade financeira do Estado, dele não poderá se exigir, considerada a limitação econômica e operacional.

Destarte, quando se enxerga a materialidade envolta dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, como sua natureza jurídica expõe, além da determinabilidade material de sujeitos, esses mesmos direitos fundamentais sociais passam para o campo da realidade, tornam-se de fato exequíveis. Percebe-se que a limitação de legitimidade da Defensoria Pública no artifício da Ação Civil Pública é um categórico constitucional material para a garantia dos direitos fundamentais, contudo dentro do que é razoável se exigir, ponderação capaz de atender os anseios dos necessitados sem comprometer a continuidade da contraprestação estatal.

---

<sup>184</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2015, p. 425.

<sup>185</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: 2017, p. 581.

Ao todo ventilado, diz-se que o Ministério Público ao ter dilatada legitimidade na propositura da Ação Civil Pública, ocorre por confluência ao interesse de agir maior, ordem jurídica, no intuito de guiar o Estado rumo à efetividade constitucional, contidas nos incisos do art. 3º, uma espécie de vigilância eterna dos ideais. Nessa engenharia constitucional, que se autorregula e autocorrige, rumo ao “bem comum”, até o seu decorrer à Defensoria Pública desponta como meio iminente de garantia do mínimo existencial, materialmente limitado e, por conseguinte, plausível. Em síntese analógica de Alexy<sup>186</sup>, o Ministério Público fica a encargo do “dever de tratamento igual” (igualdade formal), já a Defensoria Pública, com o múnus do “dever de tratamento desigual” (igualdade material).

Esta explanação abre espaço para a viabilidade do Poder Judiciário enfrentar novamente a problemática, ante a crise manifesta dos direitos fundamentais socorridos em meio a judicialização da política<sup>187</sup>, sem padecer de críticas envolta do ativismo judicial.

Mesmo que a ADI n.º 3.943/DF tenha produzido de forma reversa a declaração de constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública, e que nos termos do art. 102, § 2º, da CF e o art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, determinem que as decisões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes*, isso não significa fronteira intransponível<sup>188</sup>, porque seria limitar a mutação constitucional e conjurar a Carta Magna ao retrocesso, bem como oferecido por Zaiden<sup>189</sup>, ocorreria atentado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB), gerando um judiciário despótico e atentando o Estado Democrático de Direito. Essa possibilidade de revisão já foi acolhida em julgado recente do STF, em 21 de setembro de 2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.777, São Paulo, conforme relatoria do então Ministro Cezar Peluso (fls. 62/63):

---

<sup>186</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2015, p. 407-408.

<sup>187</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Apud* CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociológica e Política (Universidade Federal do Paraná). Curitiba: nov. 2004, n. 23, p.115-126 (*on line*).

<sup>188</sup> Apesar do professor Rafael Tomaz de Oliveira (*on line*) ter posicionamento contrário, aludindo que a Lei Federal n.º 9.868/1999, em seu art. 26, nega a possibilidade de interposição de ação rescisória, o que inviabiliza a provocação ao Tribunal para pronunciar novamente sobre a mesma matéria.

<sup>189</sup> GERAIGE NETO. Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

Não poderia ser diferente, pois vinculação absoluta desta Corte a entendimento anterior produziria enrijecimento ou petrificação do conteúdo semântico da Constituição. Não é muito, assim, tenha esta Casa o poder de rever seus juízos de constitucionalidade: “A coisa julgada, entretanto, não “congela” (“engessa”) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que no Brasil, como nos demais países (EUA, por exemplo), a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria. Assim, declarada a constitucionalidade de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado.” (CLÊMERTON MERLIN CLÉVE, op. cit., p. 240). (STF - **ADI: 2777 SP - SÃO PAULO 0004260-66.2002.1.00.0000**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 21/09/2017)<sup>190</sup>.

Situação também já observada na Reclamação nº 4.374 de Pernambuco, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, alertando pela superação da coisa julgada:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. [...] Como ensinado por Liebman, com arrimo em Savigny (Enrico Tullio Liebman, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 25-26), as sentenças contêm implicitamente a cláusula rebus sic stantibus, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente) [Cf., também, entre outros, Adolf Schönke, *Derecho procesal* civil, tradução da 5. ed. alemã. Barcelona, 1950, p. 273 e s]. Daí parecer plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional. Há muito a jurisprudência constitucional reconhece expressamente a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas (cf., a propósito, RE 105.012, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 1º.7.1988). (STF - **Rcl: 4374 PE**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)<sup>191</sup>.

Anteriormente, foi colocado que o modelo de *adequacy representation* no Brasil é controlado por exclusividade da lei (*ope legis*), a exemplo do que lembra Mancuso<sup>192</sup>, “valendo-se observar que nesse elenco do art. 5º, II, da Lei n.º

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, on line. **ADI: 2777 SP - SÃO PAULO 0004260-66.2002.1.00.0000**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 21/09/2017.

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl: 4374 PE**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013) Jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, *on line*.

<sup>192</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181.

7.347/85, o legislador não fez acepção dentre os subtipos de interesses individuais”, entretanto, não significa que está afastada a vinculação do legitimado ao interesse de agir, exige-se no mínimo a “pertinência temática”, lembrado pelo autor.

O requisito abre espaço para controle de representação adequada jurisdicional (*ope judicis*), em sintonia com a experiência internacional, não apenas ao Poder Judiciário, mas também as perspectivas de advocacia pública já estudadas, pautadas exclusivamente na defesa dos materialmente hipossuficientes e garantia de liberdade de escolha dos assistidos.

O controle *ope judicis* representa respeito ao devido processo legal coletivo, no qual o direito a ser discutido em juízo não é constituído pela locução de um representante qualquer, mas daquele que a coletividade elege ou, pelo menos, na ausência de requerentes nominados, que o representante tenha em seus afazeres similitude com os representados:

[...] a legitimação no Brasil, mesmo dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, não sendo bastante a previsão legal. Parte-se da premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução do processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades<sup>193</sup>.

Quanto à eventualidade de controle *in concreto* da legitimidade da Defensoria Pública na tutela de direitos coletivos via Ação Civil Pública, por meio de pertinência temática, tem-se doutrina que compartilha dessa visão:

Não é assim tão ampla e incondicionada a legitimação da Defensoria Pública e das pessoas de direito público referidas na Lei de Ação Civil Pública (=União, Estados, Distrito Federal, Municípios). É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. "Para postular em juízo", diz o art. 17 do CPC, "é necessário ter interesse e legitimidade". No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual. [...] Assim, quanto à legitimidade da Defensoria Pública, há a limitação natural decorrente das suas funções institucionais, que, segundo o art. 134 da CF, são "a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV". Isso significa que as ações civis públicas suscetíveis de ser por ela propostas se restringem àquelas em que os bens a serem tutelados digam

---

<sup>193</sup> JÚNIOR, Fredie Didier; JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 201.

respeito a interesse de pessoas reconhecidamente carentes e recursos financeiros<sup>194</sup>.

A jurisprudência não diverge, como visto no Recurso Extraordinário n.º 733.433 de Minas Gerais, em que o relator ministro Dias Toffoli ratifica:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas. [...] No regime jurídico dos processos coletivos, no entender deste Relator, incidem os institutos da pertinência temática e da representatividade adequada. O primeiro instituto jurídico tem maior peso e influência na solução da controvérsia posta neste apelo extremo. A verificação da pertinência temática exige a adequação entre o perfil institucional do legitimado e o objeto da demanda transindividual, inclusive para a análise quanto à existência do interesse de agir num determinado caso concreto. [...] (STF - RE: 733.433 PE, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 07/04/2016)<sup>195</sup>.

Todavia, há exemplos de quem defenda a ampliação das atribuições da Defensoria Pública, em especial sob o argumento de que, em sendo integrante do Estado, a limitação não faria sentido, argumentando ainda que, quanto mais fiscalização e defesa dos interesses coletivos, melhor para a sociedade. Luiz Manoel Gomes Júnior está entre os defensores dessa corrente, assim como Sérgio Arenhart, como se vê:

A Defensoria Pública é um legitimado a mais na defesa da coletividade, buscando a pacificação social. Tal instituição, aos poucos, vem ampliando sua atuação nos diversos segmentos da sociedade, bem como afirmando suas prerrogativas, a exemplo do que ocorreu com o órgão ministerial quando da promulgação da Constituição de 1988. Não há legitimidade sequestrada, pois não há, pelo ordenamento jurídico, monopólio de legitimidade e, sim, pluralidade de legitimidades em

<sup>194</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

<sup>195</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - RE: 733.433 PE, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 07/04/2016) Jurisprudência, Supremo Tribunal Federal. *on line*.

nome de um esforço constitucional, garantidor dos interesses coletivos, como declarados<sup>196</sup>.

Mafra Leal, por sua vez, também é contra a limitação à atuação da Defensoria, que considera “indesejável do ponto de vista da Política do Direito”, não vendo “impedimento de ordem constitucional plausível à legitimidade da Defensoria Pública”<sup>197</sup>.

Em que pese a posição divergente, convém mencionar os ensinamentos de Lênio Streck, para quem a questão preponderante não trata efetivamente da limitação da Defensoria Pública por falta de legitimidade, mas sim devido ao papel a ela reservado pelo constituinte originário. Veja:

Ora, a vocação constitucional da Defensoria Pública – é isso, em última análise, o que se discute – é a ampliação do acesso à justiça, que vinha sendo negligenciado, de um ou outro modo, num país como o Brasil, aos pobres. É por isso que o art. 5º, LXXIV fala em insuficiência de recursos e não insuficiência de outra coisa (organização, por exemplo). É isto. Parece claro que o poder constituinte não quis forjar um concorrente da advocacia privada e nem criar um outro Ministério Público. O que se fez foi preencher um gap social e jurídico – o que era, aliás, absolutamente necessário<sup>198</sup>.

Torna-se evidente que a intenção do constituinte não foi criar um novo Ministério Público, que já tem suas funções plenamente estabelecidas. Em que pese a ampliação do controle poder trazer resultados positivos, em determinados casos concretos, trata-se de um desvirtuamento do propósito inicial do constituinte, o que deve ser visto com muita reserva em nosso ordenamento jurídico.

Assim, tem-se que o controle *in concreto* da legitimidade de atuação da Defensoria Pública se restringe à tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, dada a determinação dos sujeitos e de seus direitos, desde que necessitados economicamente. Desta forma, esvazia-se o debate em torno do acirramento de “protagonismos” entre Ministério Público e Defensoria Pública, o que é vedado discutir, pois é a impessoalidade princípio regente da Administração

---

<sup>196</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas. **Revista de Processo**, v. 163, p. 287-295, 2008.

<sup>197</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.70.

<sup>198</sup> STRECK, Lênio. **Legal Opinini Adi 3.943**: a pertinência dos embargos para declaração sobre a necessidade (ou não) da comprovação de hipossuficiência e a explicitação acerca do conceito de carência de recursos. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/streck-defensor-debatem-competencia1.pdf>>. Acesso 05 mar 2019.

Pública (art. 37, *caput* ), no mais, a questão se resume a delimitar tarefas, atribuindo a cada ente o que é sua razão de ser, para a manutenção da força normativa da Constituição, como eixo maior do ordenamento jurídico, além de otimizar, de fato, o mínimo existencial primordial à dignidade humana, ocasionalmente, fadado à cláusula da “reserva do possível”.

#### 4 TUTELA À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O corolário do Estado Democrático de Direito está no estrito respeito da democracia, como expressão de um bem maior e geral, compartilhando os anseios da comunidade. Mormente, uma lei maior (constituição) consagra esses ideais como objetivo da organização de todos, como ocorre na CRFB, art. 4º, que dentre vários propósitos, elenca a construção e uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos.

Além do plano, devem existir meios para sua consecução e conseqüente vivência desse anseio democrático, cabendo a República, encabeçada por seus agentes na condução das opções políticas, deve desempenhar com presteza e honestidade todos os atos concernentes à administração do bem público, no caso, refere-se ao categórico comando legal de proibidade administrativa, reflexo do respeito à democracia.

A lealdade com a sociedade no comando do Estado passa para a órbita de direitos fundamentais, ou seja, a proibidade administrativa passa a compor um bem extrapatrimonial do Estado, como já expressava a ordem jurídica nacional, lembrado por Andrade et al.<sup>199</sup>, nas Constituições de 1891 e 1946<sup>200</sup>, na Lei Federal n.º 3.164, de 1º de junho de 1957 e Lei Federal n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Porém, o maior destaque ocorreu com a atual CRFB, em que o art. 37, § 4º, trouxe à lume a necessidade de expurgar a improbidade administrativa da administração pública, reafirmada nos arts. 14, § 9º (suspensão dos direitos políticos) e 15, V (inelegibilidade para a proteção da proibidade administrativa), do mesmo texto, além

---

<sup>199</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p.696.

<sup>200</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

[...]

6º) a proibidade da administração;

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 31 Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica. (grifo do autor)

da consequente disciplina legal contida na Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ampliando a noção dos atos típicos de improbidade administrativa e sua punição, bem como, pautando meios processuais para sua persecução.

#### 4.1. PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO METAINDIVIDUAL

Probidade advém do latim *probus*, aquilo que é de boa qualidade, opondo-se à *improbitas*, de má qualidade. O efeito dessa acepção afeta a administração pública, a ideia de qualidade na gestão da Administração Pública abarca os princípios constitucionais e do Direito Administrativo previstos no *caput* do art. 37, da CRFB, “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Nas palavras de Martins Júnior<sup>201</sup>, a probidade configura-se pelo:

[...] dever que atende à honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à ideia de boa administração, de cumprimento das regras da ética interna da Administração Pública.

Deve-se levar em consideração a ideia de probidade, como efeito decorrente da “moralidade”, espécie de norma higienizadora<sup>202</sup> que comporta um campo principiológico amplo de atos recomendáveis (probidade) que se inferem à administração pública, como o seu oposto, a improbidade. Referido esclarecimento também é cortejado por Figueiredo<sup>203</sup>:

Entendemos que a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v. g., o art. 37, caput e seu § 4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa”.

---

<sup>201</sup>MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.109.

<sup>202</sup>SCHIAVONI, Eduardo Augusto. **O Princípio da Moralidade e o auxílio moradia de magistrados brasileiros**. TCC de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Universidade Cândido Mendes. São Paulo, 2018, p. 12.

<sup>203</sup>FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

Por lógico, todo ato contrário à moralidade administrativa é presumidamente ímprobo, mas não o contrário. Deve-se atentar que apesar da probidade estar diretamente ligada ao princípio da moralidade, isso não a exclui de se eximir dos demais princípios, conforme dito, os princípios básicos do art. 37, *caput*, da CRFB, de acordo com Alves e Garcia, podem ser reunidos no *princípio da juridicidade*<sup>204</sup>, que conjuga, além daqueles norteadores da atividade administrativa (legalidade e moralidade), outros princípios complementares, todos vetores básicos da probidade administrativa.

Constata-se que a probidade não se resume apenas ao dever de agir segundo valores éticos, morais e socialmente aceitos, típicos do princípio da moralidade, do mesmo modo confluyente aos demais princípios explícitos e implícitos, consagrados na Constituição. Assim, aquele que no exercício da administração pública incorre na violação dos princípios balizadores da gestão, incorre em improbidade administrativa.

Nesse momento, cabe pontuar que o ato de improbidade administrativa não se confunde com a corrupção, como ensina Alves e Garcia<sup>205</sup>:

A corrupção configura tão somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção se relacionam entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.

O apontamento tem sentido, o ato corrupto importa um nível mais sensível de improbidade, grave lesão jurídica à comunidade, por essa razão comumente se pune como *ultima ratio*, quer dizer, alastra-se a esfera do Direito Administrativo para o Direito Penal, vez que a CRFB, no § 4º, do art. 37, prevê que atos de improbidade administrativa importam diversas sanções, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, que se repete no *caput*, do art. 12, da LIA<sup>206</sup>.

O que está a se dizer é que a corrupção na administração pública ultrapassa a própria ideia de improbidade administrativa; no entanto tem seu nascedouro nessa

---

<sup>204</sup>ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>206</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

situação, desde que fique configurado o benefício ao patrimônio pessoal do agente ou qualquer outra vantagem que possa auferir.

Alves e Garcia expressam a ideia diferencial entre as vertentes de improbidade administrativa e corrupção, na seguinte definição, “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto<sup>207</sup>.”

Dada à confluência dos fenômenos, os tribunais têm compreendido a similitude da necessidade da devida punição de acordo com o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POLICIAL CIVIL. PECULATO. CONDOTA REITERADA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO. COMPROVAÇÃO. SANÇÕES. APLICAÇÃO. DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. I. Pratica ato de improbidade administrativa a policial civil que, valendo-se de seu cargo, apropria-se, em proveito próprio, dos valores que tinha posse em razão do recolhimento de fiança prestada quando da lavratura de auto de prisão em flagrante. II. É possível que uma só conduta ofenda simultaneamente mais de um dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, hipótese em que prevalecerá a sanção mais grave. Aplica-se, neste caso, o princípio da subsunção, segundo o qual a conduta e a sanção mais grave absorvem as de menor gravidade. III. Não constitui *bis in idem* a imposição das penas de perda do cargo público, de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público quando houver condenação por ato de improbidade, mesmo havendo sentença penal condenatória, ante a independência das instâncias. IV. Negou-se provimento ao recurso<sup>208</sup>.

Conceber a probidade administrativa como bem jurídico tutelável é favorecer a coletividade, isto é, o interesse público primário e secundário é colocado em proteção, porque inevitavelmente um necessita do outro. Como visto anteriormente, a segunda geração de direitos humanos estabelecia a consciência de que tão relevante quanto salvaguardar as liberdades individuais, era apoiar a sociedade por igual, uma realidade muito mais ampla e que para isso se exigia do Estado contrapartidas. Nessa nova realidade, ganha porte a percepção de que o patrimônio público se notabiliza como figura jurídica apta à proteção e promoção da dignidade humana. Nos dizeres de Prola Júnior:

---

<sup>207</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 722364 DF 2015/0130571-7, DJ 29/06/2015, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

[...] não restarem dúvidas de que a disposição expressa no 2º enunciado, do art. XXI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pelo qual “toda pessoa tem igual acesso ao serviço público do seu país”, é prospectiva no sentido de estabelecer um direito humanitário relativo à administração pública transparente, isonômica e democrática.

Na órbita interna, essa ideia da tutela do patrimônio público como uma das expressões coletivas da cláusula geral de proteção da pessoa humana resta bastante clara quando se analisa o tratamento conferido pela Constituição ao dever de prestação de contas da Administração Pública, corolário do princípio republicano<sup>209</sup>.

Por consequência, a maneira como o administrador atua nas diversas esferas de poder reflete imediatamente sobre toda a coletividade, já que os atos de gestão devem representar os próprios interesses sociais. Em que pese a dicotomia, quanto às preferências políticas da Administração (Estado) e sociedade de fato, o exercício das funções institucionais deve visar, em primeiro plano, aos anseios sociais e, porventura, os seus:

[...] independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito<sup>210</sup>.

Dada a magnitude da verossimilhança entre interesse coletivo e proibidade administrativa, não resta outra atitude senão a devida guarida, nas palavras de Calmon de Passos *apud* Zavascki<sup>211</sup>, “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade cujo ordenamento jurídico corresponde”. Nas lições de Zavascki<sup>212</sup> se encontra vertente ainda mais exaustiva:

[...] Deixou-se claro que não se pode confundir interesses sociais com interesses de entes públicos. Todavia, em muitos casos, a tutela dos interesses sociais supõe, necessariamente, a tutela também de interesses de entes públicos. Por exemplo, quando, em defesa do interesse social, é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público ou a

<sup>209</sup> PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade e dano moral coletivo. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 8. n.º 30/31, jan.-dez. 2009, p. 221. Disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>210</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 66.

<sup>211</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 52.

restituição de valores indevidamente apropriados por administrador ímprobo, o que se estará tutelando não são apenas interesses sociais, mas também os direitos subjetivos das pessoas de direito público lesadas, para as quais, aliás, será canalizado o produto da condenação. Ora, o que importa ter presente, nesses casos, é que o interesse social vai além e acima dos meros direitos subjetivos dos entes públicos. Sua dimensão social está, exatamente, na relação que tem com valores e instituições de alcance mais elevado, a preservação das condições de vida em sociedade, a manutenção da organização estatal e da democracia. Em casos tais, a tutela dos direitos subjetivos dos entes públicos se dará não pela importância que nessa dimensão relativa possam ter, e sim pelo que eles representam para a comunidade como um todo, para a sociedade organizada no seu mais amplo sentido.

Deste modo, constata-se que a probidade administrativa constitui elemento necessário para a consecução dos direitos metaindividuais, ante o elevado risco de que a improbidade, acompanhada de corrupção, materialize ressaltado custo social, comprometendo o orçamento voltado à satisfação de direitos fundamentais sociais, como maior comoção aos necessitados. A assertiva traz consigo a necessidade de defesa da probidade como um interesse difuso não apenas pela similitude de espírito, mas pela sua natureza jurídica que, metodologicamente, compartilha das mesmas características, consoante Andrade et al.<sup>213</sup>:

Não é difícil perceber, pois, que a tutela da probidade administrativa, interesse jurídico titularizado por toda a sociedade, se insere na órbita dos interesses difusos, apresentando as suas características marcantes, quais sejam:

- a) a indeterminação de sujeitos: a defesa da probidade administrativa não pertence a uma pessoa isolada, nem a grupo delimitado de pessoas, mas sim à coletividade como um todo;
- b) a indivisibilidade do objetivo: o interesse no respeito à probidade administrativa é a um só tempo de todos e de cada qual;
- c) o fator de agregação de sujeitos: os titulares do direito à probidade administrativa estão agregados em função de uma situação de fato em comum: a circunstância de estarem sujeitos aos efeitos da lesão à probidade administrativa.

No calor da questão, que reafirma a plurividualidade amparada, está na proteção ao patrimônio público, nos termos do art. 5º da LIA, estabelece o dever de reparação aos cofres públicos, seja por ação ou omissão, dolosa ou culposa, por meio de ressarcimento, como já exposto, existe manifesto prejuízo aos interesses sociais.

---

<sup>213</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 701.

## 4.2. Caráter repressivo da LIA

Para melhor compreensão do grau de reprovação que os atos ímprobos encarnam, no Direito Comparado Internacional, sob a guisa de Sobrinho<sup>214</sup> e Osório<sup>215</sup>, a improbidade administrativa percebida no Brasil denota efeitos na área cível e penal, o que não ocorre no sistema europeu, que comumente é tratada com exclusividade do Direito Penal onde nos dizeres de Cunha “Em todos os países da América, na França, na Espanha e em Portugal, pode-se verificar que não há nenhuma lei específica sancionando civilmente os atos de improbidade administrativa como no Brasil, já que tais atos são sancionados penalmente, quanto tipificam figuras criminosas [...]”<sup>216</sup>, devido ao impacto considerável percebido em sociedade, não é por acaso, que normalmente se usa a expressão “má gestão”, também defendida por Pereira e Soares<sup>217</sup>, que em sua acepção comporta a improbidade e a corrupção, numa sistemática de círculos concêntricos:

A relação que existe é que um ato de má gestão poderá ser considerado ímprobo ou corrupto na medida de sua gravidade e ofensividade à lei. E que nem toda má gestão é improbidade, e nem toda má gestão é corrupção, só é improbidade uma má gestão qualificada e, por sua vez, só será corrupção um ato de improbidade praticado para beneficiar particulares, sendo que nesta última hipótese fatalmente a improbidade também consubstanciará um delito penal.

Para facilitar o entendimento, percebe-se a utilidade de lançar aqui a seguinte figura, de três círculos, dispostos de forma concêntrica, um dentro do outro. O maior é o da má gestão da coisa pública, o segundo maior e por aquele envolto é o da improbidade administrativa, e o menor e central é o correspondente à corrupção.

No mesmo sentido, conforme Osório *apud* Andrade que nesse particular, importa registrar que a LIA está em perfeita sintonia com a tendência internacional,

<sup>214</sup> PEREIRA, Alexandre Araújo; SOARES, Marcos José. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública. **Revista dos Tribunais**, n. 959 set. 2015. São Paulo, 2015, p. 4. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.959.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.04.PDF)>. Acesso em 23 jan. 2019.

<sup>215</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão; corrupção; ineficiência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>216</sup> CUNHA, André Luiz Nogueira. **Brevíssimo comentário sobre a corrupção e a improbidade administrativa em outros países**. Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, abr. 2001. Disponível em: <<https://www.apmp.com.br/artigos/>> Acesso em: 23 jan. 2019.

<sup>217</sup> SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. **O tratamento jurídico-penal da corrupção administrativa sob a perspectiva do Direito Comparado**. Revista Transgressões: ciências criminais em debate, n. 1, mai. 2015. Natal, 2015, p. 23/37. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6961/5359>>. Acesso em 23 jan. 2019.

na medida em que consagra mecanismos de repressão aos atos culposos e dolosos.

Como bem observa Fábio Medina Osório, “em diversos modelos comparados, a improbidade já é tida como espécie de má gestão pública que comporta atuações dolosas e culposas”<sup>218</sup>.

Ante a mácula de eventual má gestão e a concorrência de entidades privadas que possam se beneficiar em detrimento do corpo social, realçada por tempos de mercados globalizados, a ONU desde 1996 tem firmado pacto global no combate à corrupção por meio de Convenção adotada pela Assembleia-Geral, em 31 de outubro de 2003, posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional e ratificada pelo governo brasileiro, sendo editado o Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006<sup>219</sup>. O documento destaca a necessidade de prevenção e combate à corrupção, seja em âmbito interno dos Estados signatários, seja pela necessidade de cooperação internacional. Porém, o caráter repressivo é mais presente ao longo do texto, como revela Godinho<sup>220</sup>, devido à ampla prescrição de qualificação legal em “delitos” que de alguma forma importem dano ao Estado, nas raias do parágrafo segundo, do art. 3º, da Convenção, “para a aplicação da presente Convenção, a menos que contenha uma disposição em contrário, não será necessário que os delitos enunciados nela produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado”.

Sobre a norma internacional em debate, observa-se que as ações ditas de prevenção e combate são balizadas pela necessidade de investigação, que em consequência requerem a presença contínua dos órgãos de polícia e do Ministério Público, devido a sua natureza inquisitiva:

#### Artigo 38

Cooperação entre organismos nacionais

Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para estabelecer a cooperação

---

<sup>218</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 701.

<sup>219</sup> Em situação análoga ao empenho no combate aos prejuízos advindos da má gestão pública, em âmbito regional, há de se lembrar da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 7 de março de 1997, estabelecida pela Organização dos Estados Americanos, ratificado pelo Estado brasileiro, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junho de 2002, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

<sup>220</sup> GODINHO, Thiago José Zanini. **Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58, jan./jun. 2011. Belo Horizonte, 2011, p. 347/286. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/archive>>. Acesso em 23 jan. 2019, p. 367.

entre, de um lado, seus organismos públicos, assim como seus funcionários públicos, e, do outro, seus organismos encarregados de investigar e processar judicialmente os delitos.

[...]

Artigo 39

Cooperação entre os organismos nacionais e o setor privado

1. **Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com seu direito interno, para estabelecer a cooperação entre os organismos nacionais de investigação e o ministério público**, de um lado, e as entidades do setor privado, em particular as instituições financeiras, de outro, em questões relativas à prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de **estabelecer que seus cidadãos** e demais pessoas que tenham residência em seu território a **denunciar ante os organismos nacionais de investigação e o ministério público a prática de todo delito qualificado de acordo com a presente Convenção**<sup>221</sup>. (grifo do autor)

Fica realçada, à evidência da experiência internacional, que o papel de proteção da máquina pública e seu adequado funcionamento, enquanto meio e interesse da coletividade, compete ao Ministério Público. Àqueles que de alguma forma contestam esse “monopólio” do *Parquet*, na promoção o devido “respeito ao Poder Público”, ainda que a normatividade constitucional brasileira consagre esse aspecto no art. 129, II, reitera-se mais um modelo internacional no mesmo sentido:

No *site* da Comunidade Europeia há importante notícia sobre a luta anticorrupção realizada nos países europeus, mencionando a experiência inglesa do *Serious Fraud Office*, introduzido pela Lei sobre a Justiça Penal de 1987, pela qual nos casos de crimes mais graves e complexos, como a corrupção, a atuação dos órgãos do Estado não é separada, pois o Ministério Público passa a deter a função investigatória e da persecução judicial, podendo requisitar informações e produzir documentos. Menciona-se, ainda, a experiência italiana dos inquéritos “mãos limpas”, Milão, realizados na década passada, concluindo que o sucesso se deu pela concentração de meios de investigação e de persecução no mesmo órgão (Ministério Público), com a colocação da Polícia à disposição dos Procuradores-investigadores, colaboração de peritos de fora do Poder Judiciário e a obtenção de informações importantes, graças à delação premiada<sup>222</sup>.

Votada à realidade nacional, a razão maior de ser da LIA é perquirir a punição daqueles envolvidos dos atos de improbidade, não se busca em princípio ou

<sup>221</sup> BRASIL. Decreto Federal n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível Em: <[Http://Www.Planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

<sup>222</sup> GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 58, jan./jun. 2011. Belo Horizonte, 2011, p. 347/286. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/archive>>. Acesso em 23 dez. 2018, p. 367.

objetivo maior a anulação de atos lesivos, mas a punição, segundo ordena o § 4º, do art. 37, da CRFB:

[...] O ponto de referência, aqui, já não é o de *preservar* ou *recompôr* o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade<sup>223</sup>.

Entretanto, cabe pontuar que apesar do caráter repressivo, isso não afasta na eventual proposta de ação civil pública por ato de improbidade administrativa que o pedido também contemple prestação reparatória, por se tratar de imposição secundária da punição, de acordo com os incisos I, II e III, do art. 12, da LIA.

#### 4.3. Aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa

Considerados os aspectos convergentes à coletividade, faz-se necessário examinar toda a conjectura legal dos atos típicos de improbidade administrativa, os sujeitos envolvidos, consequências ou sanções e a sistemática processual que alcança concomitantemente instâncias distintas, sejam elas: a administrativa, a cível e a penal.

##### 4.3.1 Elementos constituintes do ato de improbidade administrativa

Sob a abordagem de Di Pietro<sup>224</sup>, necessariamente todo ato da gestão pública maculado de improbidade, conjugado pela CRFB e LIA, deve necessariamente apresentar: a) sujeito passivo; b) sujeito ativo; c) ato danoso ou modalidade prevista em lei, de forma singular ou cumulativamente a outros danos; d) o elemento subjetivo.

Constatada a materialização do ato, surge para o Estado o poder e dever disciplinar, além do *jus puniendi*, desde que anteriormente pautado sob o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV) e oferecida a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) ao sujeito ativo.

---

<sup>223</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

<sup>224</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1077.

#### 4.3.1.1 Sujeitos passivos

De forma mediata, como já dito, os atos de improbidade atingem toda a população, mas por vezes não existe uma relação de prestação continuada de um particular (pessoa física ou jurídica) com um ente da Administração Pública direta ou indireta, por esse viés que a LIA, em seu art. 1º, *caput* e parágrafo único, veio a estabelecer contornos à sua aplicação, isto é, quem de fato está passível de ser afetado negativamente pelos atos ímprobos. São eles:

- a) a administração pública direta, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- b) a administração pública indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- c) empresa ou entidade incorporada ao patrimônio público;
- d) empresa ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;
- e) empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público;
- f) empresas ou entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Existe grande semelhança com os mesmos sujeitos passivos da Lei de Ação Civil Pública, todavia a LIA estende seu raio de tutela até mesmo a entes privados, que de alguma forma contém com a subvenção ou o auxílio do patrimônio público, haja vista incorporarem parte da res publica, aliás, como bem diz Adriano et al.<sup>225</sup>, “onde houver um único centavo de dinheiro público envolvido, a Lei terá incidência”, significando que não importa a natureza da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, porém se conta de alguma forma com a participação do estado no fomento de suas atividades.

Sob a dicção do parágrafo único, do dispositivo tratado nessa seção, entidade que de alguma forma receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, o ato de improbidade só restará evidenciado na modalidade de dano, o contrário das pessoas

---

<sup>225</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017. p. 704.

descritas no *caput*, que contam com proteção mais ampla, ou seja, recaindo atos que ensejam ofensa aos princípios e enriquecimento ilícito.

Resta complementar que esses sujeitos não assumem um espírito necessariamente passivo ante os fatos, no *caput*, do art. 17, da LIA, as pessoas atingidas também contam com legitimidade *ad causam* para a propositura da ação de improbidade administrativa, sem excluir por óbvio o Ministério Público.

#### 4.3.1.2 Sujeitos ativos

Desse lado estão aqueles que atentem contra a Administração Pública, mas passíveis de sofrerem sanções pelos atos reprováveis na condução da gestão pública ou relação com a mesma, quer dizer, o agente público e o terceiro, arts. 2º e 3º, da LIA, respectivamente.

O agente público é aquele que encarna o perfil contido no art. 2º:

[...] exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

A aquilatação da lei tem uma conceituação ampla, abarca tanto o aspecto funcional e patrimonial, de tamanha envergadura que significa gênero de atividade funcional no setor público, dando origem a outros segmentos:

A lei Federal n.º 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)<sup>226</sup>.

Se a lei em comento tem amplo emprego para aqueles que prestam atividades estatais, como ficariam os agentes políticos, dada as nuances constitucionais em torno de imunidades e foro por prerrogativa de função? A questão tem pertinência, considerando-se como pessoas instituídas da manifestação originária do Estado:

---

<sup>226</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 707.

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, **o esquema fundamental do Poder**. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores<sup>227</sup>. **(grifo do autor)**

Não existe um ponto pacífico à questão, porque a doutrina e os tribunais divergem. Andrade et al.<sup>228</sup> oferta ambas as diretrizes, entendimentos concernentes a não incidência da LIA e seu oposto.

Num primeiro plano, advoga contra a incidência da LIA aos agentes políticos porque os atos são disciplinados como crimes de responsabilidade política, absorvidos na Lei Federal n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e respectivo julgamento, adotada pelo Pretório Excelso na Reclamação n.º 2.183/DF:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. [...] II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do

<sup>227</sup> MELO, André Luís Alves de. Assistência jurídica nos países de língua espanhola e a diferença entre os termos “defensa publica” e “defensoria del pueblo”. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3114, 10 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20828>>. Acesso em: 2 dez. 2018, p. 252.

<sup>228</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 708/710.

cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF - Rcl: 2138 DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094)<sup>229</sup>.

À questão, adiciona-se que não compreendida a exceção, os agentes políticos não teriam liberdade suficiente para empreender políticas decisórias, pois a cada ato seriam ameaçados com constantes ações judiciais.

De outro prisma, há vozes que congregam pela sua aplicação. Dentro da retórica, soam argumentos de que terceiro estranho à estrutura da Administração pode ser recriminado, não teria sentido eximir aqueles que estão dotados pela própria personalidade pública. Ademais, consignar pelo afastamento da lei aos agentes políticos é afrontar o princípio da isonomia, contido no *caput*, do art. 5º, da Constituição. Soma-se ao quadro favorável, a leitura gramatical do art. 2º da LIA, que atribui sua aplicação ao agente público investido na gestão pública por “eleição” para o exercício de “mandato”. Quadro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>230231</sup> à exceção para o cargo de Presidente da República:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência assentada no STJ, inclusive por sua Corte Especial, é no sentido de que, "excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF - Rcl: 2138 DF**, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094.

<sup>230</sup>. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1099900 MG 2008/0232584-1**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010.

<sup>231</sup> No entanto, Deputados Federais e Senadores também gozam de certa limitação na aplicação da LIA, quanto à punição, pois se perpetrarem qualquer das condutas descritas nos arts. 9º, 10, e 11, da lei em comento, inevitavelmente enfrentaram a ação pertinente, todavia, a punição de perda da função pública não se aplica, devido à competência exclusiva da Mesa da respectiva casa do parlamentar, nos termos do § 2º, art. 55, da CRFB, devido a eventual condenação com a consequente perda dos direitos políticos.

infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza" (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010). 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1099900 MG 2008/0232584-1, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010).

Tese já encampada em outros tribunais, como o Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – 1) Alegação de não submissão à Lei 8.429/1992 – Descabimento – Prefeito que, nos termos do art. 2º da LIA, é agente público para seus efeitos – Decreto-lei 201/1967 que diz respeito às ações de natureza penal, o que não afasta a responsabilidade civil nos termos da Lei 8.429/1992 [...] – Inteligência do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92 – Petição inicial que satisfaz os requisitos do art. 319 do CPC – Recurso não provido  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Indisponibilidade de bens – Possibilidade – Indícios de prática de atos de improbidade, a permitir a medida constritiva – Necessidade de se acautelar o futuro ressarcimento ao erário – Recurso não provido<sup>232</sup>.

Quanto ao terceiro, a LIA estabeleceu, no art. 3º, que são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Porquanto, aquela pessoa (física ou jurídica) estranha ao quadro do Estado, porém em conluio com agente público ou, ainda, sem a convergência de vontades pré-ajustadas, mas que se beneficie direta ou indiretamente, também sofrerá as penalidades da lei.

Anote-se que a observância da LIA ao particular (terceiro) só ocorre de maneira solidária ao agente público, ou melhor, não é possível a responsabilização por ato de improbidade administrativa exclusivamente por terceiro, deve necessariamente o ato ímprobo ter nascedouro em alguma conduta do agente público. Por lógico, sempre que terceiro estranho ao Estado figurar no polo passivo da ação, necessariamente contará com a presença de algum agente público. Ao contrário, ainda que o ato de terceiro enseje prejuízo à Administração Pública, contudo o servidor não tenha concorrido para tal, a consequência jurídica virá por outra via legal.

---

<sup>232</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, on line. TJSP; **Agravo de Instrumento 2165656-48.2018.8.26.0000**; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Cafelândia - Vara Única; Data do Julgamento: 19/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018.

#### 4.3.1.3 Modalidades de improbidade administrativa

A legalidade é a essência do ordenamento jurídico, a lei traz em seu teor, como já colocado, todos os bens e objetivos essenciais à organização da sociedade.

Nas palavras de Bandeira de Mello<sup>233</sup>, “este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”, continua o autor ao dar maiores contornos conceituais:

[...] É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

No mais, quando o constituinte originário em 1988 elegeu a moralidade como norte da atividade pública, compreendeu que os atos contrários a essa noção caracterizam improbidade e merecem a reprovabilidade, nos termos da lei, posteriormente editada.

Ocorre que a história tem ritmo além da técnica legislativa, não sendo possível prever com exatidão todos os fatos para posterior juízo de valor. Para dar maior alcance à lei, a própria redação legal é moldada por um padrão normativo geral, pelo qual determinados atos periféricos compõem o âmbito de aplicação da “cláusula geral”, batizada nas palavras de Alves e Garcia<sup>234</sup>:

A cláusula geral “é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, confrontada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *starding points* ou pontos de apoio para a normação da norma no caso concreto”.

O que o autor fornece é a necessidade de reformulação da ideia de estrita legalidade, abrindo margem para a juridicidade<sup>235</sup>. Neste aspecto, o avanço da noção de legalidade amplia a vinculação positiva de qualquer ato da Administração

<sup>233</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

<sup>234</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 691.

<sup>235</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 145.

Pública para além do texto legal expresso, mas a todas as normas jurídicas pertinentes do ordenamento, leis e princípios. Neto e Torres<sup>236</sup> tecem comentários pertinentes a respeito dessa modernização:

Esse avanço está relacionado à mutação da noção clássica de legalidade para uma ideia de **legitimidade**, que exige também a obediência à moralidade e à finalidade pública. Tal concepção permite uma maior amplitude ao controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, que pode, para invalidá-lo, avaliar sua adequação à finalidade pública e aos princípios que regem a Administração Pública, como a moralidade.

[...]

A **juridicidade** é apresentada como um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita, pois vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (formado não apenas pela literalidade gramatical das leis, mas também pela Constituição e pelos princípios jurídicos), permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento constitucional, para a satisfação das diretrizes apresentadas por ela. **(grifo do autor)**

A todo esforço, por hora apresentado, demonstra-se que a técnica legislativa da LIA, nos seus arts. 9º, 10 e 11, apresentando três grandes vertentes de atos de improbidade administrativos, tidos eles, na ordem dos dispositivos supracitados, como: a) que importem enriquecimento ilícito; b) causem prejuízo ao erário; c) atentem contra os princípios da administração pública.

Em síntese, no *caput* dos dispositivos estão presentes as ditas “cláusulas gerais”, que na sua expressão escrita trazem consigo um núcleo central, sendo que nos incisos seguintes encontram-se situações exemplificativas, dada a inventividade dos maus atos de gestão, em arrimo:

A presença da expressão “e notadamente”, ao final do *caput* de cada qual dos três dispositivos, denota claramente que as listas de condutas específicas que se seguem ao longo dos seus incisos são meramente **exemplificativas** (*numerus apertus*)<sup>237</sup>. **(grifo do autor)**

A seguir, destrinchar-se-ão os elementos necessários no âmbito das cláusulas gerais de cada *caput*, concernente ao ato de improbidade correspondente, sob o patrocínio instrutivo de Andrade et al.

<sup>236</sup>BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 7. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

<sup>237</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 720.

#### 4.3.1.3.1 Enriquecimento ilícito

Na dicção do art. 9º da LIA:

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente [...].

A ilicitude está no fato de auferir alguma vantagem patrimonial, não necessariamente um acréscimo, mais até ação que venha a poupar o patrimônio já existente do agente. Num primeiro momento, leva-se à aparente percepção lógica de que esses atos importem automaticamente prejuízo aos cofres públicos, porém não o é, basta a leitura do inciso IX, para a percepção, “perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”.

Na continuidade, vislumbram-se outros elementos fundamentais, além da percepção patrimonial, como: ilegalidade da vantagem, porque decorre de expressão não autorizada em lei, comumente associada à prática de um crime contra a Administração Pública<sup>238</sup>, realçando a necessidade de interferência do Ministério Público, e; existência de nexos causal entre o exercício funcional e a vantagem, vez que o ilícito percebido advém do exercício da coisa pública ou em razão dela.

#### 4.3.1.3.2 Lesão ao erário

Dispõe o *caput*, do art. 10, da LIA:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente [...].

A linguagem usual chega a ofertar que as locuções “patrimônio público e erário” sejam sinônimos. Todavia, o operador do Direito tem a obrigação de trazer a

---

<sup>238</sup> A título de exemplo previsto no Código Penal, Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940): peculato (art. 312), corrupção ativa (art. 333), corrupção passiva (317), concussão (art. 316) e advocacia administrativa (art. 321). Isso não descarta outros previstos em legislação penal especial.

correta diferença a disciplina legal aplicável. Na expressão de Masson <sup>239</sup>, patrimônio público tem sua previsão conceitual legal no art. 1º, § 1º, da Lei de Ação Popular, abrangendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico de qualquer das esferas de governo. Por sua vez, o erário é um desdobramento do patrimônio público, oriundo das ações tributárias de receita do Estado, deduzidas em moeda, patrimônio financeiro.

Aqui se preserva a necessidade da diferenciação, em razão de que a LIA em momento algum faz menção aos vários componentes do patrimônio público, mas exclusivamente ao erário, além da devida preservação de competências legais a cada um dos diplomas.

Quanto aos pontos essenciais para a caracterização de dano ao erário, como no subtópico anterior, observa-se: a existência de nexo causal entre o exercício da função pública e o prejuízo; a ilegalidade da conduta, contudo Pazzaglini Filho adverte que “é preciso que sua ação ou omissão seja antijurídica, viole o Direito por excesso de poder ou desvio de finalidade”, dada a incidência da culpa para a modalidade em questão, a seguir; perda patrimonial, por meio do efetivo prejuízo ao erário<sup>240</sup>, o que não descarta a presunção de dano, como defende Martins Júnior<sup>241</sup>, corriqueiramente visto em casos de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação<sup>242</sup>.

Por oportuno, cabe análise detida do art. 10-A, incluído pela Lei Complementar n.º 157, de 29 de dezembro de 2016, em que:

Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

O novel dispositivo se refere ao descumprimento da Lei Complementar nº 116/2003, que disciplina o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), pertencente aos Municípios e Distrito Federal, em que a lei de 2003, no seu art. 8º-A,

---

<sup>239</sup> MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 589.

<sup>240</sup> Cabe destacar por menor que seja o prejuízo ao erário, consoante ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não vincula o princípio da bagatela do Direito Penal na seara de tutela do patrimônio público, ainda que a máxima “*in eo quod plus est semper inest et minus*” recomende o contrário, conforme advoga Andrade et al. p. 743.

<sup>241</sup>MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.252.

<sup>242</sup>Respectivamente arts. 24 e 25, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º, determina alíquota mínima de 2%, logo, nenhum município em que pese sua discricionariedade poderá estabelecer alíquota inferior ao patamar em questão, sob pena do agente político incorrer em ato de improbidade administrativa.

Ao contrário dos dispositivos 9º, 10 e 11 da LIA, em que se observa a prescrição de condutas genéricas de improbidade e posterior rol exemplificativo de condutas, nos incisos correspondentes, o art. 10-A não é dotado da mesma sistemática, o que leva à constatação de que eventual alíquota de ISSQN ainda inferior ao mínimo estabelecido, comporta ato de improbidade administrativa de lesão ao erário, colocado por Andrade et al.<sup>243</sup>, “isso posto, não vislumbramos no art. 10-A da LIA uma nova modalidade de improbidade administrativa, senão uma espécie de ato lesivo ao erário”, ainda, a possibilidade de “ofensa aos princípios da administração”, patrocinada por Di Pietro<sup>244</sup>.

#### 4.3.1.3.3 Atos que atentem contra os princípios da Administração Pública

Estabelece o art. 11, da LIA:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...].

A proteção colocada na lei representa um significativo avanço na tutela da probidade na administração pública, dada a relevância que os princípios ostentam ao guiar todas as leis e que qualquer conduta contrária abala sensivelmente a coletividade:

[...] Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência

<sup>243</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 769.

<sup>244</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1089.

contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra<sup>245</sup>.

A título da envergadura que os princípios requerem o devido respeito, está na previsão anterior contida no art. 4º da lei estudada, que repete o comando de princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade, visto no *caput*, do art. 37, da CF. Aliás, isso não exclui o princípio da eficiência, dado que esse foi acrescentado apenas com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Porquanto, os atos típicos de improbidade contidos nos arts. 9º e 10, refletem atentado aos princípios protegidos pela LIA, o art. 11 leva à constatação de que se trata de norma de aplicação subsidiária, segundo intercede Alves e Garcia<sup>246</sup>:

O art. 11 da Lei n. 8.429/1992 é normalmente intitulado de “norma de reserva”, o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal.

Subsecivo aos elementos necessários para a configuração do ato analisado, compreendem: o nexos causal entre o exercício funcional e a violação dos princípios; além da ofensa aos princípios da administração pública, da mesma maneira que não exclui outros, implícitos ou não, na Constituição, como o da motivação (arts. 1.º, II e parágrafo único, e 5.º, XXXV), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e da ampla defesa (art. 5.º, LV), da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público e da segurança jurídica.

#### 4.3.1.4. Subjetividade do ato ímprobo

Aliado aos indivíduos que podem incorrer em improbidade administrativa está a direção de sua vontade, aliada à ideia de responsabilidade civil, prevista na parte final do § 6º, do art. 37, da CRFB, pois em que pese a objetividade à figura da própria administração, o mesmo não se aplica aos seus agentes, sendo verificada a subjetividade culposa ou dolosa.

---

<sup>245</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54.

<sup>246</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 749.

De princípio, a conduta dolosa que concorre em ato de improbidade está presente quando o agente tem em seus atos a consciência predisposta e dirigida para o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao patrimônio público ou atentar contra os princípios da Administração Pública. A culpa decorre de ações carregadas de negligência, imprudência ou imperícia no lidar com a administração pública. Nas palavras de Zavascki<sup>247</sup>, apelando para a analogia e parafraseando Mirabete:

Para efeito de caracterização do elemento subjetivo do tipo, em atos de improbidade administrativa, devem ser obedecidos, *mutatis mutandis*, os mesmos padrões conceituais que orientam nosso sistema penal, fundados na teoria finalista, segundo a qual "a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime (...). No crime doloso, a finalidade da conduta é a vontade de concretizar um fato ilícito(...). No crime culposos, o fim da conduta não está dirigido ao resultado lesivo, mas o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar o dano".

A par da comparação penal, a LIA fez uso da descrição de um núcleo central típico das ações ímprobas, deixando margem para o enquadramento de situações diversas do mundo real que possam se encaixar devido à correspondência, mas ainda, cada tipo tem sua subjetividade própria. Em virtude disso, os atos previstos nos arts. 9º e 11 (enriquecimento ilícito e contrariedade aos princípios da Administração Pública, respectivamente), requerem a constatação de ato doloso, no entanto, o art. 10 (dano ao patrimônio público) admite tanto a culpa quanto o dolo, consentâneo de previsão anterior do art. 5º.

Resta estabelecer a situação do terceiro. Nesse cenário, Andrade et al.<sup>248</sup> ensina que a conduta do estranho que induz ou concorre para o ato lesivo, "por imperativo lógico, é necessariamente dolosa", o mesmo se aplica para os casos de beneficiário isolado como ato conseqüente do agente público, sem o conluio de vontades.

#### 4.4. A ação de improbidade administrativa

---

<sup>247</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

<sup>248</sup> ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069_6.PDF)>. Acesso em: 23 jan. 2019, p. 171.

Conforme já colocado, a ação de improbidade é o retrato extenuado do § 4º, do art. 37, da CRFB, pelo qual se pleiteia judicialmente o reconhecimento das condutas lesivas à administração pública (art. 1º da LIA) e imediata punição aos agentes envolvidos nos termos da lei.

Destaca-se que a lei confere ao Ministério Público e à Fazenda Pública, e apenas aos dois, a legitimidade para propor a ação de improbidade administrativa, o que é expresso no artigo 17 da lei 8.429/92, a saber: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

#### 4.4.1 Ações prévias

Preliminarmente, faz-se necessário estabelecer situações anteriores à própria promoção da ação civil por ato de improbidade administrativa, visto que reúnem elementos que futuramente serão úteis para a futura instrução judicial, além de maior robustez às medidas cautelares.

Considerada fase pré-processual o procedimento administrativo, previsto nos arts. 14, 15 e 16 da LIA, tem como referencial a reunião de subsídios mínimos para dar início à ação, para tanto em três vias distintas: a requisição do Ministério Público ou por qualquer cidadão (reflexo do direito de petição conferido no art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB), além do ato *ex officio* pelo próprio órgão. Exige-se dessa fase administrativa que a representação apresente a qualificação do representante, formalidade do ato com sua descrição dos fatos e indicação das provas e dos responsáveis, de acordo com o § 1º, do art. 14.

Caso a atuação seja oficiosa, o art. 15, *caput*, exige a comunicação do *Parquet* e ao Tribunal ou Conselho de Contas. O deslinde do processo administrativo não enseja punições estatuídas na lei, mesmo que materialmente comprovado o ato ímprobo, contudo, sua transformação em ação pública, sob a apreciação judicial provocada pela pessoa interessada nos termos da Lei ou pelo Ministério Público para só então averiguar a validade dos fatos e eventual punição.

Sobre o aspecto das investigações administrativas, Andrade et al.<sup>249</sup> adverte que isso ocorre com estanque do órgão ministerial:

---

<sup>249</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 812.

A despeito das regras acima citadas, na prática são raras as investigações conduzidas pelos órgãos e entidades estatais. ***A experiência mostra que a esmagadora maioria das representações para apuração de atos de improbidade é endereçada ao Ministério Público, cuja investigação é feita por meio do inquérito civil, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, instaurado e presidido, com exclusividade, pelo Parquet,*** com o objetivo de apurar fatos que, em tese, autorizem a propositura de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III). **(grifo do autor)**

Na vertente de atos que antecedem o resultado final da ação de improbidade, concerne breve análise sobre a relevância das medidas cautelares, seja porque a regra impõe a chancela judicial para seus efeitos, seja porque em determinada situação basta o crivo da autoridade administrativa. De maneira geral, a LIA prevê três medidas cautelares: indisponibilidade de bens (art. 7º) com a consequente inalienabilidade dos bens, mas não o desapossamento, o sequestro (art. 16) consistido na entrega de coisa certa e o afastamento do agente público (art. 20) que, ao contrário das duas hipóteses anteriores, só se satisfazem por ordem judicial, poderá ser arguida via administrativa, todavia não enseja prejuízo à remuneração (parágrafo único).

Em que pese não existirem mais as cautelares típicas, o atual Código de Processo Civil, em seu art. 301, prevê que a tutela cautelar pode ser efetivada mediante sequestro, arresto e outras, inclusive demais medidas idôneas para a assecuração do direito, portanto, diz-se que a sistemática processual civil geral recepcionou a LIA podendo inclusive ampliar o leque de tutelas cautelares, basta que reste manifesto o perigo da demora (*periculum in mora*) e probabilidade de existência do direito (*fumus boni iuris*), nas palavras de Alexandre Freitas Câmara<sup>250</sup>, decorrente disso está o deferimento de liminar *inaudita altera parte*.

Observa-se nesse ponto que não se concebe no novel processo civil a ação cautelar autônoma, desse modo, o *caput* do art. 17 da LIA, quando prescreve “processo principal”, deve ser interpretada nos novos moldes gerais, ainda que a tutela provisória seja proposta antecipada, o art. 308 do Código de Processo Civil requer que “efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo

---

<sup>250</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 144.

autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar”.

#### 4.4.2 A relevância do inquérito civil público

A busca pelo aprimoramento da administração pública se opera por meios repressivos, imprimindo o senso de que a lei é o categórico maior de organização e subserviência, excluindo em definitivo as predileções egoístas sob o próprio rigor da lei. Entretanto, esse zelo ainda que resguardado o interesse público, não pode abrir margem para questionamentos jurisdicionais.

O livre convencimento esclarecido do julgador é fomentado pela “verdade real dos fatos” e para tal o processo deve ser carregado de elementos suficientes para que o provimento reflita a subsunção legal, tornando-se válido e eficaz. Na improbidade administrativa, o Inquérito Civil Público (ICP) desperta envergadura essencial, porque sua função primordial está na robustez de elementos colegiados e colocados à análise como prova contundente do ato ímprobo e merecedor de reprimenda, satisfazendo a máxima processual *quod non est in actis non est in mundo*, atendendo desde a necessidade de medidas cautelares até o julgamento em definitivo em eventual Ação Civil Pública.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa se inicia com a petição inicial, sendo que essa deve conter em si todos os documentos indispensáveis para sua proposição, no rigor do art. 320 do CPC, combinado com os arts. 19 da Lei de Ação Civil Pública e 90 do CDC, o meio disposto é o inquérito civil público, peça administrativa investigatória e de natureza civil<sup>251</sup>. Administrativa porque sua usabilidade antecede o futuro processo, bem como está adstrita exclusivamente ao âmbito funcional do Ministério Público (arts. 129, III, da CRFB e 8º, § 1º, da Lei de Ação Civil Pública) e civil, visto que se presta ao manuseio probatório de futuras ações na seara cível, embora possa deslocar para a área penal fatos que se configuram como crimes à administração pública.

Quanto ao aspecto investigatório, tem-se:

[...] fornecer ao Ministério Público subsídios para que possa formar seu convencimento sobre os fatos, e, sendo necessário, identificar e empregar

---

<sup>251</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171.

os melhores meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos interesses metaindividuais em questão<sup>252</sup>.

A consequência desse ponto está na inquisitorialidade pelo qual o procedimento investigativo se reveste. Como num inquérito policial não há nessa fase um processo em si, não existem litigantes, muito menos a possibilidade de se aplicar punições, exceto quando existe empecilho para o seu trânsito regular, mas ocorre na esfera penal, como se verá. Posto isso, pode-se dizer que os “princípios da ampla defesa e contraditório não lhe são exigíveis”, como entende a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. AÇÃO AJUIZADA. PERDA DO OBJETO SUPERVENIENTE. FATO CONSUMADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NATUREZA INQUISITORIAL. [...] **3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.** [...] 6. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva<sup>253</sup>. **(grifo do autor)**

Mesmo não sendo regra o contraditório, como o ICP desperta a convicção do membro do *Parquet* quanto à existência ou não de ato danoso, o seu representante tem a discricionariedade para admitir os princípios discutidos, porque a peça administrativa tem natureza pública, contudo pode ser restringida à sigilidade<sup>254</sup>.

Demonstrada a autonomia do promotor de Justiça em relação ao ICP, cabe destacar que essa peça é dispensável, posto que se o órgão já reunir corpo probatório suficiente, não está vinculado à instauração, mas já instaurado e convencido da sua desnecessidade, poderá arquivá-lo com remessa obrigatória ao Conselho Superior do Ministério Público/CSMP, para a devida homologação ou continuidade do feito (art. 9º da Lei de Ação Civil Pública ).

<sup>252</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 171.

<sup>253</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp. 644.994/MG, Relator Min. Eliana Calmon. Segunda Turma, DJ 21/03/2005). Precedentes desta Corte de Justiça: REsp 750591 / GO, Quinta Turma, DJe 30/06/2008; REsp 886137 / MG, Segunda Turma, DJe 25/04/2008.

<sup>254</sup> Conforme art. 7º, da Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Apesar do âmbito institucional, o Inquérito Civil Público também tem disposições legais, porém compartilhadas na Lei de Ação Civil Pública (já exemplificadas), servindo como meio apto para além da improbidade administrativa. Quanto ao regulamento orgânico, tem sua regulação na Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que também disciplina o Procedimento Preparatório, impondo certo formalismo na condução do feito, precavendo-se eventuais alegações de nulidade probatória.

A instauração se inicia *ex officio* ou por provocação de terceiros via representação, nesse caso o *Parquet* avalia se de fato há necessidade do ICP. O primeiro passo da instauração é a lavratura de Portaria com diligências iniciais para dar suporte a instrução. Cumpre destaque o papel inquisitorial do ICP para a materialização dos meios persecutórios, como notificações e requisições (arts. 129, VI, da CRFB e 8º, § 1º, da Lei de Ação Civil Pública), com prazo razoável de resposta ao inquerido de dez dias, além de condução coercitiva para prestar esclarecimento (art. 26, I, “a”, da Lei Federal n.º 8.625/1993). Adiciona-se aos poderes inquisitoriais a previsão de crime, com pena de reclusão de um a três anos, além de multa, no art. 10, da Lei de Ação Civil Pública, quando o inquerido recusa, retarda ou omite dado técnico requerido pelo Ministério Público, fato esse que abarca apenas o ICP, dando maior alcance de meio apto para todo tipo de propositura de Ação Civil Pública (considerada gênero no microssistema coletivo) pelo *Parquet*, vez que os demais colegitimados no art. 5º, da lei em comento, não contam com esse artifício.

Em último plano, na condução do ICP, tem-se que o prazo para sua conclusão é de um ano, sendo prorrogável por igual período quantas vezes forem necessárias (art. 9º, da Resolução nº 23/2007/CNMP), de qualquer forma, finalizado, ou se procede em ACP ou arquivamento definitivo, como já observado.

Ao ventilado, pretende-se deixar à evidência que o ICP é instrumento profícuo no combate à improbidade administrativa, capaz de coletar elementos demonstradores do ato ilícito (ônus da prova), além da autoria, fulminando quaisquer dúvidas a robustecer futura Ação Civil Pública por ato de improbidade e segurança jurídica de eventual sentença condenatória, como paládio dos direitos difusos. Além disso, o ICP também apresenta similitude ao inquérito policial, por isso lhe é dado a exclusividade de condução pelo Ministério Público, haja vista o legado do órgão em atividades tipicamente investigatórias, pois no combate à corrupção só a acurada

investigação sobrepuja os complexos e sofisticados meandros da improbidade administrativa.

De outro modo, cabe ponderações sobre o trabalho do *Parquet* nesta área. Silveira e Teotônio advertem pela forma como a investigação tipicamente inquisitorial merece atenção especial, posto a gravidade dos fatos averiguados e proteção social dos envolvidos, atribuindo-se por excepcionalidade este papel ao Ministério Público, deste modo, se até para o guardião da ordem jurídica há reserva quanto ao papel inquisidor, conseqüentemente, deve-se afastar tal possibilidade para a Defensoria Pública:

Diante da inexistência da prerrogativa de exclusividade da atividade investigatória policial, porque disto a Constituição não cogitou, existe a possibilidade excepcional – sempre – porque a regra é a investigação como atividade de polícia judiciária, da realização de apurações criminais por outros órgãos do Estado como pelo próprio Ministério Público<sup>255</sup>.

Por essa razão, dar capitania da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa à Defensoria Pública é, mais uma vez, desmerecer a diretriz lógico-constitucional.

#### 4.4.3 A ação de improbidade *per se*

Existe grande debate sobre o escorrido manejo da ação de improbidade enquanto ação singular ou derivada da ação civil pública. Esse quadro de discussão tem sentido, afinal o art. 17 da LIA, fala em “ação principal”, porém não se pode negar forte confluência com a Ação Civil Pública, realçado pelo objeto reparatório de danos conjugados por ambas.

Num primeiro plano, há quem advogue que de forma sumária observa-se o lógico, são duas ações com duas leis que lhe são afetas completamente distintas, sem qualquer previsão expressa de aplicação subsidiária de uma pela outra. Na continuidade do raciocínio, não há menção na Lei de Ação Civil Pública a respeito de punições dirigidas ao agente, entretanto à recomposição do dano ao patrimônio,

---

<sup>255</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; Teotônio, Paulo José Freire. **Ministério Público: poder de investigação ética e limites.** Disponível em [http://www.academia.edu/34942919/MINIST%C3%89RIO\\_P%C3%9ABLICO\\_PODER\\_DE\\_INVESTIGAC%C3%87%C3%83O\\_%C3%89TICA\\_E\\_LIMITES\\_Sebasti%C3%A3o\\_S%C3%A9rgio\\_da\\_Silveira](http://www.academia.edu/34942919/MINIST%C3%89RIO_P%C3%9ABLICO_PODER_DE_INVESTIGAC%C3%87%C3%83O_%C3%89TICA_E_LIMITES_Sebasti%C3%A3o_S%C3%A9rgio_da_Silveira). Acesso em 20 fev. 2019.

no teor do art. 3º, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, em razão dos danos causados aos objetos descritos nos incisos do art. 1º, meio ambiente, consumidor, etc.

Apesar de leis próprias a cada caso, sabe-se que o ordenamento jurídico é guiado de maneira conjuntiva, obedecendo a uma sistemática de organização lógica do qual um instituto não deve ser compreendido isoladamente, como se não tivesse sua origem derivada de outra ou que seus atos não gerem reflexos noutros.

Em sentido majoritário, oferecido por Andrade et al.<sup>256</sup>, a doutrina compreende que a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública, finalmente existe um ponto nuclear entre ambas, a tutela de interesses de natureza metaindividual, o patrimônio público e a probidade da Administração Pública, que alcança também a ação popular, nas palavras de Zavascki<sup>257</sup>:

[...] há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e uma administração eficiente e honesta.

Diga-se patrimônio público no sentido *lato*, porque o “erário público” é uma de suas espécies, inclusive já definido em tópico anterior. De outra parte, tem-se que a honradez das instituições para a LIA (art. 11) corresponde a um interesse difuso ou coletivo colocado no art. 1º, IV, da Lei de Ação Civil Pública. Observa-se que, de fato, a LIA corresponde a desdobramentos específicos da Lei de Ação Civil Pública, nesse raciocínio de especificidade, diz que seu mote maior é essencialmente punir, despertando a noção extrapenal intimidatória e educativa, e acessoriamente de recompor, também de forma extrapenal no sentido de reequilíbrio das relações jurídicas.

A similitude entre as ações em comento é firmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. 2) LEI N. 8.429/1992: AUSÊNCIA DE

---

<sup>256</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 826.

<sup>257</sup>ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. [...] Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa e da Constituição Federal, em seu artigo 129, o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para ingressar com a ação civil pública por improbidade administrativa, podendo tal ação ter por objeto a aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa e a condenação em ressarcimento dos danos causados ao erário. A Lei nº 8.429/92 não padece de vício de inconstitucionalidade formal, tendo sido tal diploma legal elaborado de acordo com os ditames constitucionais. Inúmeras já foram as decisões proferidas neste sentido por esta Corte de Justiça. **A ação civil pública é o remédio processual correto para a defesa dos interesses difusos e coletivos, neste caso incluída também a verificação de prática de atos lesivos ao patrimônio público, nada impedindo o seu uso em matéria de atos de improbidade administrativa, inexistindo incompatibilidade entre as Leis 7.437/85 e 8.429/92.** No recebimento da inicial se faz um juízo superficial dos fatos e documentos trazidos pelo autor, verificando-se os requisitos processuais exigidos. **A análise da existência de improbidade pertence ao mérito da ação civil pública,** que necessita de cognição ampla e exauriente, realização do contraditório, dentro do devido processo legal, que será oportunizado no decorrer da ação<sup>258</sup> [...].

Em cortejo com a doutrina, não há impropriedade técnica em considerar a ação e improbidade administrativa modalidade de ação civil pública, mas com regras procedimentais próprias da LIA, aplicando subsidiariamente as normas do microsistema de processo coletivo<sup>259</sup>.

Tomada a premissa, parte-se para os aspectos técnicos processuais. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa requer o exercício da jurisdição, que deve ser atribuída a um órgão específico do Poder Judiciário, isto é, a competência. Nesses casos a LIA não prevê regramento específico, restando aplicar as disposições da Lei de Ação Civil Pública, afinal trata-se de gênero.

Em consequência, a ordem contida no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública atribui que a competência se rege de forma geral em razão do local onde ocorrer o dano:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. ART. 2º DA LEI 7.347/85. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 26/08/2016, que, por sua vez, conheceu do Agravo, para negar provimento ao Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Piauí, com o objetivo de obter a interdição da Delegacia de Polícia e da

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI: 747590 PR**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/04/2011, Data de Publicação: DJe-075 DIVULG 19/04/2011 PUBLIC 25/04/2011.

<sup>259</sup> ANDRADE, Adriano. et al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 827.

Cadeia do Município de Regeneração/PI, em virtude dos danos que comprometem a estrutura física do imóvel. III. Dispõe o art. 2º da Lei 7.347/85 que as ações civis públicas nela previstas serão propostas no foro do local do dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar o feito. Impertinente, no caso, a alegação de incompetência do Juízo de 1º Grau, com invocação do art. 16 da Lei 7.347/85, porquanto o pedido formulado, na inicial da ação, circunscreve-se à interdição da Delegacia de Polícia e da Cadeia do Município de Regeneração/PI, pelo que foi o feito corretamente processado e julgado pelo Juízo de Direito da Comarca de Regeneração/PI. IV. Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que a competência para julgamento de demanda coletiva é a do local em que ocorreu o dano. [...] VI. Agravo interno improvido<sup>260</sup>.

Porém, devido à ampla gama dos entes federativos, cabe analisar a qual tribunal será dirigida a ação. Theodoro Júnior<sup>261</sup> adverte que o critério mais seguro parte da disposição constitucional, pois a dicção legal atribuída a cada componente do Poder Judiciário nacional traz em si fixação da competência, que nuclearmente é absoluta dada à indisponibilidade do interesse público tutelado, e em face disso, ela se reparte em *ratione personae* e *ratione materiae*. Da leitura do texto magno, percebe-se a eleição de Tribunais originais para análise de cada situação, iniciando pelo STF (art. 102), STJ (art. 105), Justiça Federal (arts. 108 e 109), além das justiças especiais (Eleitoral – art. 114, Militar – art. 121 e trabalhista – art. 124) e por fim a justiça estadual local, tida como justiça residual. Por derradeiro, por se tratar a Ação de Improbidade da tutela do interesse público é curada a competência absoluta.

Existe debate na fixação da competência originária ou residual na apreciação dos feitos contra agentes políticos, porque a CRFB prevê que determinadas autoridades respondam por crimes comuns e de responsabilidade perante foro especial, chamada a situação de foro por prerrogativa de função, no entanto, não há menção sobre casos que envolvam o julgamento por ato ímprobo.

Desde já, fica assentado o completo afastamento de “foros privilegiados” às ditas autoridades, haja vista que apesar da similaridade envolta da natureza e sanções da LIA como penalidades típicas do Direito Penal, seu julgamento, em *razione materiae* é afeta à seara cível, assim, não se deve dar interpretação à

---

<sup>260</sup> BRASIL. STJ - **AgInt no AREsp: 969690 PI 2016/0218647-8**, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 16/03/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2017.

<sup>261</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – processo de conhecimento e procedimento comum** – v. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 245.

Constituição de forma que altere até mesmo a organização e competência jurisdicional sem a devida previsão legal expressa<sup>262</sup>. Para mais, argumenta-se nesse sentido, que as normas estabelecidas para foro especial são exceções, e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationes*)<sup>263</sup>, inclusive entendido pelo STF e STJ<sup>264</sup>.

O pedido está afeto às circunstâncias naturais da LIA, e sempre deve pleitear a condenação do agente ímprobo às sanções da lei, onde a reparação ou ressarcimento é meramente residual<sup>265</sup>, levando a concluir pela cumulação de pedidos. Sob esse último aspecto, à aplicação subsidiária do microssistema da tutela coletiva, não impede o requerimento de pedidos complementares, como obrigação de fazer ou nulidade de atos administrativos, inclusive pela decorrência da LIA como espécie do gênero Ação Civil Pública.

Ultrapassadas as questões pré-judiciais, ancora-se no procedimento comum, cita-se com propriedade, posto que na sistemática do atual CPC, art. 318, fora suprimido o procedimento comum bipartido em sumário e ordinário, logo a disposição contida no *caput*, do art. 17, da LIA, deve ser readaptada, mas não exclui, como já afirmado várias vezes, a aplicabilidade primária do microssistema de processo coletivo, na ausência da previsão legal da LIA.

Abre-se mais um parêntese para reafirmar a preponderância do Ministério Público na legitimidade ativa do feito, dada a semelhança com o Código de

---

<sup>262</sup> Zavascki em sentido contrário, advoga pela aplicação do mesmo regime de foro privilegiado dos crimes comuns e de responsabilidade à extensão para julgamento de autoridades ímprobas, sob a defesa da “tese das competências implícitas complementares”, estabelecendo interpretação ampliativa, para preencher os vazios constitucionais, abarcando competências implícitas.

<sup>263</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1816.

<sup>264</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados não possuem foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. Isso porque, ainda que o agente político tenha prerrogativa de foro previsto na CF quanto às ações penais ou decorrentes da prática de crime de responsabilidade, essa prerrogativa não se estende às ações de improbidade administrativa. (STJ. AgRg na Rcl 12.514-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/9/2013).

<sup>265</sup> Zavascki aponta que a secundariedade do pedido de ressarcimento autoriza, eventualmente, sua propositura em ação autônoma, ainda que a ação principal de improbidade proposta não tenha alcançado a punição pretendida:

[...] eventual juízo de improcedência da ação de improbidade, por não configuração da tipicidade ou do dolo ou de qualquer outro dos pressupostos específicos exigidos para a aplicação das penalidades, não impedirá a propositura da ação ressarcitória. Essa conclusão vem reforçada pela circunstância de que o ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não é pretensão típica e principal, mas constitui pedido secundário, um verdadeiro apêndice do relativo à aplicação de penalidades, este sim o pedido típico. Tanto é verdade que, a teor do § 2, do art. 17, “a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”.

Processo Penal, quanto ao juízo de admissibilidade do feito, previsto nos §§ 6º a 12, do art. 17, da LIA. A inovação é conjugada como fundamental para a própria validade e celeridade da ação, colocando-se em evidência se os fatos e provas carreadas repercutem na esfera de proteção da Administração Pública, evitando-se discussões prolongadas e exaustivas que seriam constatadas apenas ao término do processo, quando na verdade já podem ser averiguadas.

Na dicção da LIA (§ 6ª, do art. 17) que a petição será instruída com documentos e justificativas que contenham indícios da improbidade, ainda, na ausência dos documentos que sua impossibilidade deve ser fundamentada. Isso realça o dever de ônus da prova de quem alega o direito violado e preservação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB), corolário do Processo Penal, de maneira que serve a robustecer o princípio de um julgamento justo e efetivo, consoante ensinamento de Zavascki<sup>266</sup>:

Foi no Código de Processo Penal, com efeito, que o legislador civil se inspirou para formatar o novo instrumento: o procedimento da ação de improbidade é em tudo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP.

Percebe-se que a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa buscou no Processo Penal o juízo prévio de admissibilidade<sup>267</sup>, requer que a peça vestibular esteja em devida forma, para posteriormente autuá-la e ordenar a notificação do requerido, para que em 15 dias ofereça manifestação por escrito, oferecendo inclusive provas que achar pertinente (§ 7º, do art. 17).

Após, no prazo de até 30 dias, o juiz em decisão fundamentada poderá:

I – Rejeitar a ação, caso se convença da inexistência do ato de improbidade; improcedência da ação pelo fato não se caracterizar com ato ímprobo; inadequação a via eleita, devido o objeto perquirido não compor o ato de tutela da probidade administrativa ou por carência de aspectos técnicos (§ 8º, do art. 17);

---

<sup>266</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

<sup>267</sup> Para fins de comparação: Art. 17, § 6º, da LIA: § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.; Art. 513, do Código de Processo Penal: Os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

II – Receber a petição, ordenar a citação do réu para apresentar contestação e dar início ao procedimento comum (§ 9º, do art. 17), cabendo a interposição de agravo (§ 10).

Neste sentido, Zavascki<sup>268</sup> alerta que não se aplica à Improbidade os efeitos da revelia, realçando o ônus da prova ao sujeito ativo:

[...] No que se refere à ação de improbidade, é descabida, assim, a invocação, contra o réu, dos efeitos da sua revelia, notadamente o da confissão ficta (CPC, art. 344). A falta de contestação, ou a contestação por negativa geral, sem o detalhamento preconizado no art. 336 do CPC, não dispensa o autor do ônus imposto pelo art. 333, I, de fazer prova dos fatos constitutivos da infração. (sic)

Posto o juízo de admissibilidade, deve-se frisar que a lei fala em “indícios” da existência do ato ímprobo, logo, o juiz não pode rejeitar a inicial pela precariedade de provas robustas, vez que a busca real dos fatos poderá ser melhor exaurida na instrução do processo, além de vigorar o princípio *in dubio pro societate*, posto que não pode ocorrer exame de mérito nessa fase, o que *mutatis mutandis* incorre na hipótese do indeferimento de sentença sem resolução do mérito, permitindo ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada de futuramente reunir os elementos mais pertinentes ao fato ímprobo.

#### 4.4.4 A legitimação

A legitimidade para a propositura da ação está regulada, no geral, no art. 17 da LIA, em que a gramaticalidade da interpretação não dá azo para extensão de legitimados ativos, sendo apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, pois apesar de espécie da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade é especial, tendo assim aplicabilidade máxima, excluindo outros legitimados, como a Defensoria Pública, ainda que sustente sua atuação na defesa de direitos difusos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. ILEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. ART. 17 DA LEI Nº 8.429/92. **Possuem legitimidade para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, na forma do art. 17 da Lei nº 8.429/92.** Apesar da previsão contida na Lei Complementar nº 80/94 e na Lei nº 7.347/85 acerca

<sup>268</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

da possibilidade de a Defensoria Pública propor ação civil pública para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a Lei nº 8.429/92 afigura-se especial em relação à matéria, prevendo expressamente as pessoas legitimadas para a propositura da ação por ela regulamentada. Incidência do brocardo *lex specialis derogat legi generali*. APELAÇÃO DESPROVIDA<sup>269</sup>. **(grifado pelo autor)**

Na esteira da improbidade administrativa combatida por ação civil pública, pode-se reforçar a exclusão da Defensoria Pública como legitimada, através da “interpretação sistemática”, visto que o art. 129, III, da CF ao aduzir a promoção de ação civil pública para a proteção do patrimônio público, pelo Ministério Público, reverberou desdobramentos legislativos para o instrumento processual (ação civil pública) e sobre a causa de pedir (probidade administrativa).

Para mais, há outra peculiaridade que engessa a legitimidade da Defensoria Pública. Após o julgamento da ADI nº 3.026/DF, em que ficou assentado pelo STF que a Ordem dos Advogados do Brasil não é autarquia, portanto não pode figurar como ente legitimado na redação do art. 5º, da lei 7.347/85, para propor ação civil pública, logo, se nem mesmo o órgão de classe assiste tal faculdade, torna-se dissonante atribuir essa peculiaridade à Defensoria Pública, inteligência já compartilhada pelo STJ:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB contra a Agência Nacional de Aviação Civil - Anac e outros. 2. O Juiz de 1º Grau julgou extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, por entender que o Conselho Federal da OAB não tem legitimidade para propor Ação de Improbidade Administrativa. 3. O Tribunal a quo consignou na sua decisão: "As razões invocadas pelo apelante não se apresentam capazes de abalarem os fundamentos da sentença, que bem se houve ao afastar a legitimidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB para a propositura de ação de improbidade administrativa, cujo objeto não tem pertinência temática entre os fins institucionais da OAB e o bem jurídico defendido." [...] "Assim, legitimado ativo para a propositura da ação de improbidade administrativa é o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, entendida essa aquela enumerada no art. 1º e parágrafo único da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, aquela diretamente atingida pelos atos tidos como ímprobos. Dessa forma, a legitimidade ativa prevista na Lei de Improbidade Administrativa, para o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade, é taxativa, não

---

<sup>269</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível Nº 70067061267**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 25/11/2015.

comportando interpretação extensiva para admitir outras legitimações fora do rol nela estabelecido". 4. A demanda não trata das prerrogativas dos advogados, nem das "disposições ou fins" do Estatuto da Advocacia (art. 49, caput, da Lei 8.906/1994), portanto, não tem o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB legitimidade para propor Ação de Improbidade Administrativa. 5. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. [...] 7. Agravo Regimental não provido<sup>270</sup>.

A respeito da pessoa interessada, o parágrafo único do art. 1º, da LIA, ao estabelecer os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, estendeu essa figura para as entidades privadas, que de alguma forma recebam subvenções e incentivos do erário, colocando para parte da doutrina<sup>271</sup> que esses também são contemplados como legitimados ativos. Porém, filia-se ao posicionamento de Alves e Garcia<sup>272</sup>, pelo qual não lhes cabem referida legitimidade, evidentemente pelo fato da lei não visar à proteção de patrimônio privado, mas o uso irregular de recurso público que lhe foi aplicado, em que a punição parte para o interesse do Ministério Público ou da Administração Pública direta ou indireta, colocando os gestores das entidades sob as penas da lei.

De modo geral, a tutela da probidade administrativa visa resguardar o interesse público primário como manifestação dos direitos metaindividuais, no entanto, quando a pessoa jurídica interessada argui a ação de improbidade também está resguardado o interesse público secundário, com repercussão na esfera política, campo esse subjetivo e que pode se chocar com o interesse primário. Posto isso, o Ministério Público deverá integrar o feito na condição de *custus legis*, sob pena de nulidade do processo, na dicção do art. 17, § 4º da LIA, como ocorre na Ação Civil Pública, art. 5º, § 1º. Nessa ideia de cumplicidade entre esses sujeitos, toca a disposição em que no caso de propositura pelo Ministério Público, poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou dirigente da pessoa jurídica (art. 17, § 3º).

Do lado passivo da legitimidade estão os sujeitos ativos do ato de improbidade, o agente público e terceiro (pessoa física ou jurídica), arts. 2º e 3º, da

---

<sup>270</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. - **AgRg no AREsp: 563577 DF 2014/0203640-5**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2015.

<sup>271</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 289.

<sup>272</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1758.

LIA. Destaca-se que a pessoa jurídica colocada sob o julgo de improbidade não impede a inclusão dos seus responsáveis e sócios, vez que existe a possibilidade de que os mesmos tenham se beneficiado dos atos praticados pela pessoa jurídica, justamente no intuito de dissimular sua ação.

Por oportuno, calha o realce na discussão da legitimidade ativa do Ministério Público, nas ações de improbidade, a extensão do instituto de colaboração premiada da esfera penal para a administrativa.

O §1º do art. 17, estabelece que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, a julgar pela máxima da indisponibilidade do interesse público, todavia, em sede de ação já posta à análise, quando o réu admite os fatos que lhe são imputados, além do interesse em ressarcir o erário, não está excluindo o interesse público, pois de fato haverá recomposição do dano, logo, existe somente ajuste quanto ao modo e tempo da reparação, no intuito inclusive de se evitar dispendiosa execução, com a conseqüente efetividade ao processo. Para Andrade et. al.<sup>273</sup>, a vedação de transação, acordo e conciliação alcançam apenas as sanções de natureza punitiva (suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos fiscais), porque sua apreciação requer a instalação do devido processo legal.

Colocada essa atenuação, abre-se caminho para uso analógico dos institutos de leniência típicos do processo penal para o processo civil, porque se o *ius puniendi* do Estado, típico da esfera penal deve ser exercido com sobressaltada cautela, e a Lei Federal n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, previu em seus arts. 3º, I, 4º, 5º, 6º e 7º toda a sistemática da colaboração premiada, colocando-se como primordial o alcance de resultados, também será válido na seara da improbidade, visto que dentre os seus alcances está a reparação dos danos, como coloca o inciso IV, do art. 4º, da lei penal, “a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações”, por conseguinte “*in eo quod plus est semper inest et minus*”. Acrescenta-se ao estudo às disposições da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, art. 16, § 4º, “o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”, sem abrir mão do interesse público, segundo o § 3º, remetendo-se à máxima “*ubi eadem ratio ibi eadem ius*”.

---

<sup>273</sup>ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 844.

Neste ponto, a legitimidade ativa do Ministério Público encabeça sofisticado meio no combate de ações que atentem contra a coletividade no mais alto nível de prejuízo, a corrupção:

[...] Se em 1992, época da publicação da lei, essa vedação até se justificava, tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF, pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais.

Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa (...) <sup>274</sup>.

Deve-se frisar o papel exclusivo do Ministério Público nesse campo, quando se fala no manuseio da esfera penal, posto que é de sua titularidade a promoção da ação penal pública, e como tal, importando-se institutos para o Direito Administrativo e Direito Processual Civil, a custódia das investigações recai com naturalidade ao órgão, dada a sua tradição nesse escopo, afastando-se outros órgãos estatais que não tenham esse perfil orgânico.

#### 4.5. DAS SANÇÕES

Compreendida a culpabilidade do agente quanto à prática de atos típicos de improbidade administrativa, cabe ao Estado-juiz o dever de punir nos termos e rigor da lei, rigidez essa que permite a cumulação de penas, mesmo que ocorram punições em esferas distintas (administrativa e penal), de acordo com o *caput* do art. 12 da LIA.

As punições são previstas tanto na Constituição quanto na lei especial, vez que na dicção do § 4º, art. 37, da CRFB, diz-se que os atos de improbidade administrativa importam na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, enquanto a LIA, em seu art. 12, repete o Texto Magno e acrescenta outras modalidades como perda dos

---

<sup>274</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4 - **AG: 50532768120154040000 5053276-81.2015.404.0000**, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 25/05/2016, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 25/05/2016.

bens ou valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Nesse diapasão, compete observar a discussão sobre a aparente “inconstitucionalidade” do dispositivo, haja vista o alargamento das sanções na lei ordinária, porém José Afonso da Silva<sup>275</sup> adverte que a previsão constitucional traz em si uma relação mínima de sanções, em que o dispositivo do § 4º, art. 37, em questão, trata de “norma constitucional de eficácia limitada”, e que posteriormente o legislador deve editar lei para lhe dar o devido efeito, alastrando-o; típico de constituições programáticas, carece de qualquer vício material as sanções previstas na LIA.

O art. 12 em cada um de seus três incisos prevê punições atribuídas a uma modalidade específica de improbidade, em que se é possível verificar a presença semelhante de uma para outra sanção, revelando o feixe de sanções idênticas, contudo adstritas à modalidade de ato ímprobo.

Colocadas as convergências, merece maior ênfase a natureza extrapenal das punições, deixando evidente que o diálogo não recai na exclusividade da natureza penal, mas que a qualquer ramo do direito em que se prescreve um comportamento proibido, indissociavelmente ocorrerá uma sanção em sua inobservância:

[...] A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social; caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido não como mero ideal abstrato, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral<sup>276</sup>.

A coerção de uma liberdade individual em sua ampla gama de espécies é acentuada na esfera penal, quando se atribui a determinado crime pena privativa de liberdade, não é por acaso que é alcunhada de *ultima ratio*. Ainda assim, há situação em que a retirada da liberdade de ir e vir de um indivíduo não é exclusividade penal, mas colocada à esfera cível, como no caso de prisão do devedor de alimentos,

---

<sup>275</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017 p. 679.

<sup>276</sup> ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1197.

prevista no art. 19 da Lei Federal nº 5.478 de 25 de janeiro de 1968, além do arrimo constitucional no art. 5º, LXVII. Observa-se que a técnica legislativa emprega o termo “sanção” como ampla acepção aos diversos matizes do Direito, com intensidades distintas, da mais abrupta a mais tênue.

Outra confluência está na penalidade de suspensão dos direitos políticos, aplicável na sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 15, III, da CRFB), na aplicação de multa (art. 32 do CP) e perda da função pública (art. 5º, XLVI da CRFB), todas previstas na LIA, o que dificilmente se refuta a extrapenalidade, percepção patrocinada pela doutrina, respectivamente:

Ora, é justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência "é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais<sup>277</sup>.

Compreende-se que a punição colocada à disposição da Administração Pública sob a chancela da Lei de Improbidade, não é absolutamente penal, uma vez que não existe no referido diploma punições ou medidas assecuratórias drásticas do instituto penal criminal, porém ambos conservam o ímpeto sancionatório, compartilhando inclusive princípios comuns, como a legalidade, a presunção da inocência, a ampla defesa e o contraditório, além do *non bis in idem*, até mesmo da irretroatividade da lei:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO - SEQUESTRO DE BEM ADQUIRIDO ANTES DO ATO ILÍCITO - IMPOSSIBILIDADE. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário. **A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso.** Recurso parcialmente provido. (STJ - REsp: 196932 SP 1998/0088843-8, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 18/03/1999, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 10/05/1999 p. 119) **(grifo do autor)**

À baila da discussão e os pontos incontroversos, tonifica-se a hibridez jurídica (civil-penal) da ação de improbidade administrativa, como já discutido, os atos ímprobos de enriquecimento ilícito automaticamente ensejam dano ao erário,

<sup>277</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

com a imposição complementar de ressarcimento ao erário e correspondente à reparação dos danos prevista no art. 91, I, do CP, e consequente crime contra a administração pública, nas mais diversas espécies previstas no Código Penal.

Por conseguinte, aliada à missão constitucional de promover privativamente a ação penal pública incondicionada, art. 129, I, bem como o perfil inquisitorial das investigações do inquérito policial, procedimento investigatório criminal e inquérito civil público, cabe a exclusividade do Ministério Público na propositura de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, concorrendo somente o ente público ao qual esteja vinculado o agente público, posto que os demais legitimados para a promoção de Ação Civil Pública, na vertente da improbidade, carecem de respaldo constitucional para a defesa da ordem jurídica e o patrimônio público.

Não obstante, deve-se compreender que as sanções da LIA, são de aplicabilidade exclusivamente judicial, que previamente, na exposição de Andrade et al.<sup>278</sup>, está o juízo de improbidade administrativa, pelo qual o Judiciário apura com pormenores os fatos colocados e colididos com as provas, para de fato constatar a subsunção ao tipo legal de improbidade.

Convencido da existência de ato de improbidade, passa-se ao juízo de aplicação da sanção, decidindo-se qual a penalidade corresponde ao ato ímprobo. Apesar da rigidez intrínseca às sanções, a sua aplicabilidade está pautada nos princípios administrativos da razoabilidade e proporcionalidade, o que implica na dosimetria da pena, a título compartilhado com o Direito Penal que, em contrapartida, acaba por mitigar a disposição do art. 12, *caput*, em que prevê a cumulatividade das penas, contudo de forma isolada.

Se o caráter primordial da ação judicial por ato de improbidade administrativa é a punição, esta não é *ad eternum*, vez que, apesar do interesse público, existe a premissa da segurança jurídica e além disso, dentro da vertente de lealdade processual, o Poder Público conta com aparato maior para a defesa dos seus interesses, se não o fez tempestivamente, encerra-se o direito a punir.

Dessa forma, o art. 23 da LIA, encarrega-se de estabelecer os prazos prescricionais, em que a regra geral para a aplicação das sanções está pautada em até cinco anos, para os casos: a) término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança – em que a contagem fica interrompida e volta

---

<sup>278</sup> ANDRADE, Adriano. et. al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017, p. 805.

a contagem do início com o término do mandato; b) da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei.

Uma regra específica e variável está nos casos em que o agente for titular de cargo efetivo ou emprego público, pois a prescrição será regulada pelo prazo em lei específica para as faltas disciplinares com demissão a bem do serviço público (art. 23, III).

A maior particularidade está na exceção do art. 37, § 5º, da CRFB, que estabelece a imprescritibilidade para as ações de ressarcimento, que não é exclusividade da ação de improbidade administrativa.

Por fim, cabe colocar a impossibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente, conhecida como aquela que ocorre no curso de segmento do processo, já que inexistente expressão legal que a contemple na LIA.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O plano de existência dos direitos coletivos é uma abstração jurídica um tanto quanto recente, denota da sistemática da Terceira Geração de Direitos Humanos, na qual a ideia de bem comum social decorre da Segunda Guerra Mundial, levando à aquiescência da humanidade na convivência pacífica, onde o bem-estar individual depende diretamente de todos, ou seja, a coletividade que vise um bem comum.

No intuito de dar maior manifestação da vontade das classes sociais e seus respectivos interesses, tem-se observado no direito brasileiro, e, porque não, como uma tendência mundial, a adoção de métodos oriundos das *class actions*, do sistema *Common Law*, para a categorização de direitos coletivos, meio processual adequado e contrapartida estatal, que tem por objeto final o exercício da cidadania.

Dentre esses desdobramentos à realidade social brasileira, e conseqüentemente jurídica, está a necessidade de dar guarida a interesses que diretamente podem influenciar a todos, todavia de maneiras distintas, trata-se da transindividualidade (metaindividualidade) que pode ser traduzido em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, observados nas disposições legais do art. 81 do CDC, que somados a outros diplomas legais, em especial a Lei de Ação Civil Pública, instauram o microsistema da tutela coletiva.

Independente do critério geográfico e soberania de cada Estado, existe a convergência na promoção de acesso à justiça, especialmente dos direitos coletivos. Assim, a regência constitucional e infraconstitucional é capaz de criar instituições públicas com incumbência nesse sentido, em que para o caso dos direitos sociais fundamentais é necessário o zelo da ordem jurídica, além da eficácia dos direitos atinentes a esse cenário maior. Para esses fins, são instituídos o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Todavia, dado o pioneirismo histórico geral do *Parquet*, é natural que seu trabalho englobe mais atribuições, remanescendo à Defensoria Pública a guarda dos interesses mais restritos àqueles que padecem da paridade jurídica para socorrer os seus interesses. Esse enquadro é preponderante na experiência internacional, conforme observado em países que apesar de sistemas jurídicos divergentes, *Common Law* e *Civil Law*, resguardam a necessidade de separação entre as tarefas

de conservação da ordem jurídica interna, com exclusividade de atuação criminal ao Ministério Público, como nos Estados Unidos, França, Portugal e Argentina.

No entanto, a assistência jurídica como meio de acesso à justiça recai às instituições de classe dos advogados, subsidiados pelos cofres públicos, mas não ao total controle estatal, preservando a autonomia dos causídicos e resguardando a liberdade de escolha dos necessitados, de acordo com os critérios técnicos legais, observados nos Estados Unidos, França e Portugal.

Peculiaridade maior na forma de acesso à justiça está na Argentina. Em razão da ampla dimensão e relevância do Ministério Público para a coesão jurídica nacional, o órgão, além do perfil tradicional já exposto, reúne também a assistência jurídica aos necessitados. Deste modo, existe dicotomia ministerial, apesar de uno, sob a forma do *Ministerio Público de La Nación*, se divide em duas grandes vertentes, o *Ministerio Público Fiscal* se ocupa da persecução criminal, ao passo que o *Ministerio Público de La Defensa* atua como exímia Defensoria Pública, cuidando da defesa de acusados juridicamente pobres. Quanto ao cuidado da Administração Pública é missão da *Defensoría del Pueblo*, análogo ao modelo europeu do *Ombudsman* mas replicado na América Latina, sendo o representante do cidadão na investigação de atos contra a Administração que importem ofensa aos direitos coletivos, porém vinculado ao Poder Legislativo (*Congreso de La Nación*). Nos demais países da comunidade latina, a defesa técnica e orientação jurídica das pessoas carentes é atribuição da *Defensa Pública*.

Diferente realidade ocorre no ordenamento brasileiro. Na estenda de um Estado voltado ao bem-estar social, partindo da premissa de que os direitos individuais são alvo de atuação estatal, pelo exercício da tutela jurisdicional, existem segmentos sociais que não conseguem ter acesso à referida contraprestação, seja pelos emolumentos a serem pagos, seja pela intangibilidade de encontrarem causídicos dispostos a abnegarem de seus honorários. A manutenção desse quadro restaria verdadeira “injustiça social”, aos economicamente necessitados, o que forjou a criação de instituições próprias para essa tarefa, prestar assistência jurídica gratuita àqueles que necessitam, mas não dispõem de condições para isto. Então, nasce a Defensoria Pública, com papel constitucional (arts. 134 e 5º, LXXIV) e legal definido (Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994), sendo que sua atividade, no manuseio de interesses individuais em grande volume, com relações jurídicas interligadas, opera-se no campo da tutela de direitos coletivos dos

materialmente necessitados, mormente disponíveis da faculdade que convir ao seu tutor.

O produto dessa situação é a atividade legislativa que produz instrumentos processuais para a devida salvaguarda desses direitos em espécie. Dos diplomas aplicáveis para cada direito a ser tutelado, destaca-se o papel da Ação Civil Pública, como suporte de múltipla aptidão dos interesses coletivos, na vanguarda de ações anteriormente cíveis de índole pública, que recebe designação e tratamento específico, por meio da Lei nº 7.347/1985, além de relevância constitucional, incumbindo-lhe sua promoção sob a responsabilidade do Ministério Público, já que representa o exímio guardião da ordem jurídica e interesses sociais, nos termos dos art. 127 e 129 da Constituição Brasileira.

Apesar dos eixos de atuação institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública terem sido determinados pela Constituição Federal, com atribuições específicas para cada um dos órgãos, a divisão foi profundamente modificada por uma alteração no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, alterada pela Lei n.º 11.448/2007, que atribuiu à Defensoria Pública legitimidade universal para a propositura da Ação Civil Pública.

O impasse repousa na deficiente redação empregada, operando-se atualmente uma interpretação literal do dispositivo em estudo, situação que perpetua o uso da Ação Civil Pública pelo órgão na defesa de interesses metaindividuais pela Defensoria Pública.

A Suprema Corte brasileira debruçou-se sobre o caso, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, na qual foi requerida a inconstitucionalidade da mudança no inciso segundo, do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, justamente a que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para propor este tipo de ação. A ADI teve o patrocínio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e, nela, a Corte Suprema assentou entendimento pela constitucionalidade do artigo.

Em que pese recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que corrobora essa tese, entende-se, entretanto, que tal entendimento dá à Defensoria um papel que não lhe cabe. Tal alargamento de atribuições beira a incongruência da lei com os contornos constitucionais das atividades institucionais da Defensoria Pública, de modo que usurparia função alocada ao Ministério Público e, mais grave ainda, contradiz frontalmente a vontade do constituinte originário, que desmembrou

as atribuições do Ministério Público e da Defensoria Pública. Afinal, fosse o caso de os órgãos dividirem a mesma legitimidade, a divisão, por si só, não faria sentido algum, bastando, para isso, um único órgão, com todas as atribuições.

Ainda que seja tentador o argumento de que a Defensoria e o Ministério Público possam ter, ambos, legitimidade para propor as ações, e que isso pode ser benéfico para a democracia, por fornecer maior controle sobre eventuais malfeitos e proteção à população, na realidade, diante da aparente ampliação e efetividade do instrumento de ação do microssistema coletivo, registra-se atentado aos preceitos constitucionais, com margem à insegurança jurídica devido à desvirtuação do próprio sistema de funções essenciais à justiça.

Outra averbação inquietante está no comprometimento científico do processo coletivo, apesar da disciplina legal à parte, não há como refutar as imbricações dos pressupostos processuais do processo comum com o coletivo, pois aquele é base teórica. Ao esmiuçar os pontos controversos, tem-se que os pressupostos de validade subjetivos e objetivos, guardam confluência quanto ao interesse de agir e legitimidade *ad causam*, que se não forem confrontados com a realidade, ensejam legitimidade *a quem* não tem.

No caso da Ação Civil Pública, a legitimidade para agir é extraordinária, ocorre por substituição processual, em que o sujeito defende em nome próprio o direito alheio, conforme o estabelecido em lei. Essa primazia pelo caráter seletivo da lei produz um sistema de controle de representação *ope legis*, com maior preponderância de decisão do que o controle judicial (*ope judis*).

Decorre disso que a Ação Civil Pública manuseada pela Defensoria Pública para suporte a direito difuso alcança efeitos materiais a público que não é de sua alçada assistir, vez que a materialidade colocada como balizador de sua atividade, é a representação dos necessitados, sujeitos identificáveis como ocorre nos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (respectivamente, incisos II e III do art. 81 do CDC). Contrariar o categórico processual e legal gera agressão à Constituição (arts. 134 e 5º, LXXIV) e natureza orgânica institucional (Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 e Resoluções nº 133 e 134, ambas de 07 de dezembro de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União).

A maneira indistinta pelo qual a Defensoria Pública passa a agir por Ação Civil Pública abre margem para ingresso em searas que não lhe são oportunas, como a improbidade administrativa, justamente porque os atos preparatórios para a

persecução exigem o perfil investigatório, típico do Ministério Público. E acreditamos que, com a recente mudança que permite à Defensoria o manejo desse tipo de ação, em breve o sistema jurídico brasileiro terá que se debruçar sobre um novo pedido, dessa feita englobando as ações de improbidade administrativa.

Sobre essa questão, saliente-se que a probidade administrativa é espectro decorrente do princípio constitucional da moralidade, mas não exclui a incidência dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput*, do art. 37, além de outros implícitos. Exige do administrador público ou particular, em atividade com o Estado, o exímio respeito ao interesse público, uma vez que cada ato de gestão ainda que compartimentado em plano primário (bem-estar social) ou secundário (discricionariedade política), tem por finalidade maior a materialização dos anseios sociais, portanto, tutelar a probidade administrativa é guarnecer os direitos difusos.

O meio legal colocado para o amparo da probidade administrativa é a Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), presente a concorrência de direito substantivo e adjetivo, por isso diz-se que a Ação de Improbidade Administrativa guarda semelhanças com a Ação Civil Pública, afinal existe um ponto nuclear entre ambas, a tutela de interesses de natureza metaindividual, no caso, o erário.

Os atos nucleares típicos de improbidade administrativa estão nos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao erário) e 11 (atos contrários aos princípios da Administração Pública), dando margem para o enquadramento de outros mais que não estejam previstos na literalidade legal, dada a inventividade de organizações criminosas infiltradas nas repartições públicas. Sob esse ponto, é crível a constatação de crimes relacionados à improbidade, exigindo-se maior rigor na punição, desde que os elementos coligidos sejam suficientes. Apesar de esferas jurisdicionais distintas (civil e criminal) para punição dos infratores, diz-se que a LIA tem caráter extrapenal, a finalidade maior é a punição, como meio intimidatório/preventivo, sendo o ressarcimento aspecto secundário.

A complexidade envolta da improbidade administrativa requer expertise e instrumentos amplos no seu combate, notadamente pelo efeito mais devastador, a corrupção, que melindra os cofres públicos e compromete a materialização de direitos básicos do cidadão. Por isso, tem-se que a Ação de Improbidade Administrativa é exímio monopólio do Ministério Público (ainda que o art. 17, *caput*,

da LIA, preveja a legitimidade à pessoa jurídica interessada), dado que a experiência corporativa na ação penal traz acurado exercício para a área cível seja porque conta com aparato próprio para coligir provas, como o Inquérito Civil Público (art. 129, III, da CRFB e art. 8º, § 1º, da Lei de Ação Civil Pública) e sua imposição coercitiva (art. 10 da Lei de Ação Civil Pública), além de grupos especializados com apoio da polícia judiciária.

Destarte, se o manejo da Ação Civil Pública por parte da Defensoria já fere de morte a intenção do constituinte original, que era de ter duas instituições com propósitos diferentes, a ideia de se permitir que Defensoria possa se debruçar sobre atos de improbidade reclama receio, posto que a probidade administrativa é um direito coletivo em sentido amplo, que atinge toda a sociedade, de forma indistinta, que não compatibiliza com a circunscrição de direitos coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, que o órgão está submetido, por determinação constitucional, sem ignorar que a própria LIA não prevê essa titularidade, fulminando sua legitimidade.

Insistir nessa defesa pode levar a deflagração de ações de improbidade carecedoras de elementos contundentes, haja vista o reduzido leque de aporte para instituição angariar fatos e informações, além de não trazer em seu espírito constitucional a linha investigatória inquisitiva, abarrotando o Poder Judiciário desnecessariamente e comprometer a opinião pública.

Ao passo que a Defensoria Pública ganha maior expressão jurídica, o que de fato deve existir para a afirmação de sua função essencial à justiça, abre-se margem aos seus agentes, Defensores Públicos, atuem oficiosamente com manifestação da independência funcional. Porém, ocasiona um distanciamento com a coletividade economicamente hipossuficiente, compromete o acesso à justiça e se esvazia enquanto instrumento do regime democrático, sem excluir a ingerência nas funções do Ministério Público.

Na prática, com os poucos recursos de que dispõe, a Defensoria Pública deixa de cumprir a sua função que deveria ser primordial, que é fornecer acesso à Justiça aos necessitados, passando a investir recursos em uma função que, devido ao amplo poder de investigar, o Ministério Público tem melhores condições de fazer. Ao invés de uma maior fiscalização, ocorre uma dispersão de recursos e o desvio de finalidade da Defensoria, o que prejudica todo o sistema jurídico.

De fato, a cada ente do Estado, a Constituição, como símbolo da diretriz maior de qualquer ordenamento jurídico, imputa um dever ou missão institucional, para o alcance das pretensões pelo qual o Estado deve existir. A lei infraconstitucional apenas implementa mecanismos para que as instituições públicas alcancem a eficácia constitucional, não pode o conteúdo normativo sobrepor-se ao comando da Norma Maior.

Logo, o Ministério Público guarnece a defesa intransigente da ordem jurídica (art. 127, da Constituição) assim sendo sua função essencial à justiça está pautada numa diretriz ampla dada a magnitude da ordem jurídica, em que lhe cabe trazer em juízo todo tipo de pretensão afeta à metaindividualidade, o que não seria possível caso lhe fosse imposto um limitador de legitimidade no manuseio das ações coletivas, comprometendo a maneira como o legislador constituinte previu o ofício do órgão como forma de alcance dos objetivos republicanos, entabulados no art. 4º, da Carta Magna.

A formalidade de execução dos direitos fundamentais e sociais requerem recursos financeiros, por essa razão é condizente ao *Parquet* a exclusividade da Ação Civil Pública, função hoje dividida com a Defensoria Pública. E tal afirmação é ainda mais verdadeira no caso das ações por Ato de Improbidade Administrativa, especialmente nos casos de prejuízo ao erário, pois seu arcabouço operacional lhe oferece maior sucesso nessa tarefa, produzindo o ressarcimento ao erário, sem excluir a otimização desse recurso, devido a pena de multa, nos termos do art. 9º da LIA.

Apesar do julgamento adverso na ADI nº 3.943/DF, a própria jurisprudência e doutrina tem levantado a devida ponderação na legitimidade da Defensoria Pública ao propor a Ação Civil Pública. O limitador posto é a pertinência temática, colocando ao juiz, perante o caso *in concreto*, o controle da devida representação via modelo *ope judis*, desde que o pressuposto *ope legis* esteja satisfeito, como a tradição do instituto das *class actions* requer. Além de garantia da cidadania à sociedade, como meio de acesso à justiça, apruma-se as instituições conforme o delineamento constitucional, restaurando a força normativa dessa, seguimos a própria experiência no direito internacional.

Se o *Parquet* perquire um ideal de direitos fundamentais e sociais que possa satisfazer igualmente a sociedade, em nossa posição, a Defensoria Pública traz em si mister sensível e de característica tão fundamental quanto, ou ainda maior. Até

essa efetividade almejada pelo Ministério Público ser alcançada, parte da sociedade poderá ficar marginalizada, a ponto de agravar ainda mais as desigualdades sociais, situação que se relega a cidadania e conseqüente dignidade humana. Por isso, o papel institucional da Defensoria Pública é iminente, tem qualidade material no sentido que presta assistência jurídica a sujeitos específicos, determinados nos arts. 134 e 5º, LXXIV da CRFB, tornando eventual Ação Civil Pública exequível perante o Poder Público, vez que se cobra apenas o mínimo existencial.

A manutenção desse patamar, e o conseqüente trabalho da Defensoria Pública dentro dos limites constitucionais a ela impostos pelo legislador, colabora para a afirmação da dignidade humana, aproximando sujeito que requer seus direitos e o órgão à sua disposição, erigindo a dignidade humana por uma cidadania ativa e consciente dos seus direitos. Qualquer tentativa de exacerbar estas delimitações pode, portanto, gerar conseqüências complexas e negativas para o sistema jurídico brasileiro, e esta certamente é uma questão que merece ser novamente escrutinada pelas autoridades legislativas e judiciárias brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelo de Paiva et al. **A ordem do progresso**: dois séculos de política econômica no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 2005.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ALMEIDA, Flávia Vigati Coelho de; ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Direito Processual Coletivo e a proposta de reforma do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, n. 03, set. 2012. Lisboa, 2012, p. 11/74. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/72290/direito\\_processual\\_coletivo\\_almeida.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/72290/direito_processual_coletivo_almeida.pdf)>. Acesso em 23 jan. 2019.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960.

ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça**. Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069\\_6.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8069/8069_6.PDF)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ALVES, Rogerio Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANDRADE, Adriano. et al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, de 24 de agosto de 1994. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-int-text-const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ARGENTINA. Ley n° 27.149 de 17 de junio de 2015. **Ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación**. Disponível em: <<https://www.mpf.gob.ar/cppn/files/2015/06/Ley-Org%C3%A1nica-del-Ministerio-P%C3%ABlico-de-la-Defensa.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 7. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Jus Navegandi**. Rio de Janeiro, abr. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve-historia>> Acesso em: 23 jan. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: 2017.

BRASIL. Lei n.8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.989, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Dispõe sobre a Concessão de assistência jurídica gratuita.** Resolução n.º 133, de 07 de dezembro de 2016, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. Disponível em: < <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37078-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-dispoe-sobre-a-concessao-de-assistencia-juridica-gratuita-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Resolução n.º 134, de 07 de dezembro de 2016,** do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. Dispõe sobre a fixação do valor de presunção de necessidade econômica para fins de assistência jurídica integral e gratuita. Disponível em: < <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37083-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-fixa-o-valor-de-presuncao-de-necessidade-economica-para-fim-de-assistencia-juridica-integral-e-gratuita>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 06 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Lei das organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981.** Estabelece as normas gerais de organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 6.938, de 13 de agosto de 1981.** Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto Federal n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/) Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007**, do Conselho Nacional do Ministério Público. Regulamenta a instauração e tramitação do Inquérito Civil Público. Disponível em:< <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-0231.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRASIL. **Resolução n.º 133, de 07 de dezembro de 2016**, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. Disponível em:< <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37078-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-dispoe-sobre-a-concessao-de-assistencia-juridica-gratuita-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 23 jan. 2019.

BRASIL. **Resolução n.º 134, de 07 de dezembro de 2016**, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. Disponível em:< <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37083-resolucao-n-133-de-07-de-dezembro-de-2017-fixa-o-valor-de-presuncao-de-necessidade-economica-para-fim-de-assistencia-juridica-integral-e-gratuita>>. Acesso em 23 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, on line. **ADI: 2777 SP - SÃO PAULO 0004260-66.2002.1.00.0000**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 21/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *on line*. **STF - ADI: 3022 RS**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 02/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-02 PP-00189 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 96-115 RDA n. 240, 2005, p. 287-297 RTJ VOL-00193-01 PP-00117.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF, ADI 3943/DF**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 7/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154, div. 5-8-2015 p. 6-8-2015. Acesso em 23 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl: 4374 PE**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013) Jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, *on line*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF - RE: 733.433 PE**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 07/04/2016) Jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, *on line*.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial: **AREsp 722364 DF 2015/0130571-7, DJ 29/06/2015**, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

BRASIL. **Decreto Federal n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>. Acesso em: 23 jan.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF - Rcl: 2138 DF**, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1099900 MG 2008/0232584-1**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, on line. **TJSP: Agravo de Instrumento 2165656-48.2018.8.26.0000**; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Cafelândia - Vara Única; Data do Julgamento: 19/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Resp. 644.994/MG**, Relatora: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 21/03/2005). Precedentes desta Corte de Justiça: REsp 750591 / GO, Quinta Turma, DJe 30/06/2008; REsp 886137 / MG, Segunda Turma, DJe 25/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI: 747590 PR**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/04/2011, Data de Publicação: DJe-075 DIVULG 19/04/2011 PUBLIC 25/04/2011.

BRASIL. STJ - **AgInt no AREsp: 969690 PI 2016/0218647-8**, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 16/03/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível Nº 70067061267**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 25/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. - **AgRg no AREsp: 563577 DF 2014/0203640-5**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4 - **AG: 50532768120154040000 5053276-81.2015.404.0000**, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 25/05/2016, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 25/05/2016.

BRASIL. STJ - **REsp: 196932 SP 1998/0088843-8**, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 18/03/1999, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 10/05/1999 p. 119) Superior Tribunal de Justiça, *on line*.

BRAUNER, Daniela Jacques. **Acesso à justiça no Mercosul**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 15, jan./jun. 2010. São Paulo, 2010, p. 67/89. Disponível em:< [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-067-Daniela\\_Jacques\\_Brauner\\_\(Acesso\\_a\\_Justica\\_no\\_Mercosul\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-067-Daniela_Jacques_Brauner_(Acesso_a_Justica_no_Mercosul).pdf)>. Acesso em 23 jan. 2019. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 830.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 150.

CARNEIRO, Paulo César. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública; uma nova sistematização da teoria geral do processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo – parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARNEIRO, Paulo César. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública; uma nova sistematização da teoria geral do processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 23 jan. 2019.

CASTRO, Amílcar de. **O direito e a ordem**. 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva.

CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro et. al. Ministério Público dos Estados Unidos da América: uma análise das atuações feral e estadual. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, v. 11, n.º 2, jul-dez. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/7529/4914>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

CORVISIER, André. **História moderna**. Tradução de Rolando Roque da Silva e Cármen Olívia de Castro Amaral. 3. ed. São Paulo: Difel, 1986.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55.

CUNHA, André Luiz Nogueira. **Brevíssimo comentário sobre a corrupção e a improbidade administrativa em outros países**. Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, abr. 2001. Disponível em: < <https://www.apmp.com.br/artigos/> > Acesso em: 23 jan. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDER JUNIOR., Fredie; ZANETI JUNIOR., Hermes. **Curso de direito processo civil. Processo Coletivo**. v. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**, de 17 de setembro de 1787. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227314>>. Acesso em 10 out. 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. Edusp: São Paulo, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Fronteira, 1999.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. et. al. **Monografia jurídica**: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

FERREIRA, Olavo Alves.; CASTRO, G. Legitimação ativa da Defensoria Pública no mandado de injunção coletivo. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFG**, n.42, n. 1, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A justiça na França**. Disponível em:< <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=170>>. Acesso em: 15 out. 2018.

GAIZO, Flavia Viana del. **Evolução histórica das ações coletivas**: enfoque especial para o surgimento das ações coletivas passivas. Sítio do Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-1-flavia-viana.pdf> >. Acesso em: 03 de março de 2019.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

GARCIA, Monique Julien. A Origem do Ministério Público e sua Atuação no Direito Comparado. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 2, p. 131-155, 2012. p. 134.

GERAIGE NETO. Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos-As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. **Considerações acerca do princípio da representação adequada no processo coletivo**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51163&seo=1>>. Acesso em: 14 abr. 2019.'

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 58, jan./jun. 2011. Belo Horizonte, 2011, p. 347/286. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/archive>>. Acesso em 23 dez. 2018, p. 367.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas. **Revista de Processo**, v. 163, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 12ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, página 77

GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública. **Revista de Processo**, vol. 165, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito processual do trabalho. v. 4., 2012, p.145. Disponível em: <<https://bdpi.usp.br/item/002743580>>. Acesso em 23 jan. 2019.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1941-1991. Tradução de Maria Célia Paoli. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 405.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de Agnes Cretella. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEÃO, Gustavo de Souza Campos. A legitimidade ativa na tutela de direitos coletivos. **Revista Paradigma** - Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, a. XVI, n. 20, jan./dez. 2011. p. 63-81

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-55.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.15.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. Teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARSHAL, Thomas Humprey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadela. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1997.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público. Comentários à lei de improbidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, José Dilermano. Ministério Público – sua gênese e história. **Revista de Informação Legislativa**, n. 84, out./nov. 1984. Brasília, 1984, p. 202. Disponível em:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181585/000414210.pdf?sequence=3>>. Acesso em 23 dez. 2018.

MEIRELES, José Dilermando. **Revista de Informação Legislativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 5, p. 45).

MENEZES, Felipe Caldas. Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato da Instituição. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF**. v. 8. n. 1. março de 2007.

MELO, André Luís Alves de. Assistência jurídica nos países de língua espanhola e a diferença entre os termos “defensa publica” e “defensoria del pueblo”. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3114, 10 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20828>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1410.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In*: **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública. **Revista de Processo**, nº 31. São Paulo: RT, p. 224/232.

NERY JUNIOR, Nelson. **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 332.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo civil – volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>>. Acesso em 12 de fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **STF pode rever inconstitucionalidade com trânsito em julgado?** Consultor Jurídico. São Paulo, 2 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/diario-classe-stf-rever-inconstitucionalidade-transito-julgado> >. Acesso em 26 jan. 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão; corrupção; ineficiência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Alexandre Araújo; SOARES, Marcos José. **Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública**. Revista dos Tribunais, n. 959 set. 2015. São Paulo, 2015, p. 4. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.959.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.04.PDF)>. Acesso em 29 dez. 2018.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2013.

PORTO, Fábio Ribeiro. **A ação rescisória no processo coletivo: efeitos da ação rescisória na coisa julgada coletiva**. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2006.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil, Lei n.º 41, de 26 de junho de 2013**. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>. Acesso em 11 fev. 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/> >. Acesso em 10 out. 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 114 de 29 de dezembro de 2017. **Estatuto do Ministério Público**. Disponível em: < <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/estatuto-do-ministerio-publico>>. Acesso em 10 out. 2018.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. **Improbidade e dano moral coletivo**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a. 8. n.º 30/31, jan.-dez. 2009, p. 221. Disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Defensoría del Pueblo na Argentina e o Ministério Público brasileiro. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. III. Brasília: ESMPU, 2014.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.118.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a Razão e a Utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. JUNIOR, Roberto Porto Macedo (Org.). **Ministério Público II – Democracia**. São Paulo: Altas, 1999.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa – reflexões sobre a Lei n.º 8.429/92**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHIAVONI, Eduardo Augusto. **O Princípio da Moralidade e o auxílio moradia de magistrados brasileiros**. TCC de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Universidade Cândido Mendes. São Paulo, p. 12. 2018.

SILVA, João Fernando Vieira da. **Acesso à justiça – reflexões e propostas à luz dos cenários nacional (Portugal e Brasil) e local (Leopoldina – Minas Gerais)**. Dissertação de mestrado – Programa de pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acessoConteudo.php?nrseqoco=28083>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Antonio da. **Ação popular – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; Teotônio, Paulo José Freire. **Ministério Público: poder de investigação ética e limites**. Disponível em [http://www.academia.edu/34942919/MINIST%C3%89RIO\\_P%C3%9ABLICO\\_PODE\\_R\\_DE\\_INVESTIGA%C3%87%C3%83O\\_%C3%89TICA\\_E\\_LIMITES\\_Sebasti%C3%A3o\\_S%C3%A9rgio\\_da\\_Silveira](http://www.academia.edu/34942919/MINIST%C3%89RIO_P%C3%9ABLICO_PODE_R_DE_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_%C3%89TICA_E_LIMITES_Sebasti%C3%A3o_S%C3%A9rgio_da_Silveira). Acesso em 20 fev. 2019.

SIMÕES NETO, Eduardo. Justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica: Breves apontamentos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 25, jan./jun. 2010. Belo Horizonte, 2010, p. 96/107. Disponível em: <[periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/download/P.2318-7999.../4661](http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/download/P.2318-7999.../4661)>. Acesso em 03 mar. 2018.

SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. **O tratamento jurídico-penal da corrupção administrativa sob a perspectiva do Direito Comparado**. Revista Transgressões: ciências criminais em debate, n. 1, mai. 2015. Natal, 2015, p. 23/37. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6961/5359>>. Acesso em 29 dez. 2018.

STREK, Lênio Luiz. **Legal opinion, ADI 3.493**: a pertinência dos embargos para a declaração sobre a necessidade (ou não) da comprovação de hipossuficiência e a explicitação acerca do conceito de carência de recursos. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/streck-defensor-debatem-competencia1.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

SZILARD, Andreaa Henriques. Ministério público português. In: CALABRICH, Bruno (org.). **Modelos de ministérios públicos e defensorías del pueblo**. vol. II. Brasília: ESMPU, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Apud* CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociológica e Política** (Universidade Federal do Paraná). Curitiba: nov. 2004, n. 23, p.115-126 (*on line*).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – processo de conhecimento e procedimento comum – v.1**. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.

TRASSARD, Cédric. O Ministério Público em França. In: DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Chiringhelli de (Org.). **O papel do Ministério Público**: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.

VARGAS, Cirilo Augusto. A assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos: 50 anos após Gideon v. Wainwright. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4570, 5 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45601>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

VELLANI, Mário. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milão: Giuffrè Editore, 1979.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WATANABE, Kazuo. Processo civil e interesse público - Introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público** *apud* SILVA, Bruno Campos (Org.). Direito ambiental: enfoques variados. Franca: Lemos & Cruz, 2004, p. 317.

ZAIDEN, Geraige Neto. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

