

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

XIII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS

Elisa Costa Cruz

A POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO POR DEFENSOR PÚBLICO

EM TUTELA COLETIVA

Rio de Janeiro

2017

A POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO POR DEFENSOR PÚBLICO EM TUTELA COLETIVA

Resumo: O presente artigo faz uma análise evolutiva do sistema de tutela coletiva, abordando especialmente a posição jurídica ocupada pelo legitimado ativo e as possibilidades de atuação desse legitimado.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Tutela coletiva. Legitimação extraordinária. Transação.

Abstract: This paper analysis the evolution of class action system, specially aspects concerning the representative part's nature roll and its powers.

Key words: Public defendant. Class action. Representation. Agreement.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico da Defensoria Pública na tutela coletiva. 3. A natureza da atuação da Defensoria Pública e a possibilidade de transação. 4. Referências.

1. Introdução:

O sistema de tutela coletiva tem sua origem legislativa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) na disciplina do dissídio coletivo, cujos dispositivos (artigos 857 e seguintes) conferiram aos sindicatos ou associações de categoriais profissionais poderes de representação¹.

¹ “Art. 857 - A representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui prerrogativa das associações sindicais, excluídas as hipóteses aludidas no art. 856, quando ocorrer suspensão do trabalho. [\(Redação dada pelo Decreto-lei nº 7.321, de 14.2.1945\)](#)

Parágrafo único. Quando não houver sindicato representativo da categoria econômica ou profissional, poderá a representação ser instaurada pelas federações correspondentes e, na falta destas, pelas confederações respectivas, no âmbito de sua representação. [\(Redação dada pela Lei nº 2.693, de 23.12.1955\)](#)”

E, quanto à extensão da decisão:

Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

Art. 869 - A decisão sobre novas condições de trabalho poderá também ser estendida a todos os empregados da mesma categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal:

- a) por solicitação de 1 (um) ou mais empregadores, ou de qualquer sindicato destes;
- b) por solicitação de 1 (um) ou mais sindicatos de empregados;
- c) ex officio, pelo Tribunal que houver proferido a decisão;
- d) por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

Art. 870 - Para que a decisão possa ser estendida, na forma do artigo anterior, torna-se preciso que 3/4 (três quartos) dos empregadores e 3/4 (três quartos) dos empregados, ou os respectivos sindicatos, concordem com a extensão da decisão.

§ 1º - O Tribunal competente marcará prazo, não inferior a 30 (trinta) nem superior a 60 (sessenta) dias, a fim de que se manifestem os interessados.

Após a CLT, em 1950 foi editada a Lei n. 1.134, que autorizou as associações de classe dos servidores da União, Estados e Municípios, da administração direta ou indireta, “*a representação coletiva ou individual de seus associados, perante autoridades administrativas e a justiça ordinária*”, e o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 4.215/1963, que atribuía à Ordem dos Advogados a representação “*em juízo e fora dele, dos interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados com o exercício da profissão*”.

Depois destas, sobrevieram importantes leis que hoje compõem o sistema de tutela coletiva: a Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular; Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública; a Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei n. 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor; e, Lei n. 8.429/1992, lei de improbidade administrativa.

A Defensoria Pública veio a ser formalmente incluída como legitimada ativa em 2007 pela Lei n. 11.448, que alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/1985, pondo fim à qualquer controvérsia possível sobre a possibilidade de ser autora de ação civil pública.

Se por um lado, um debate possível deixava de existir, por outro lado, surgiam novos, ante a necessidade de adaptação dos Defensores Públicos à sistematicidade da tutela coletiva.

De fato, a atuação em direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não segue a mesma lógica que ações individuais, havendo peculiaridades na titularidade do direito material, natureza da representação, sistema de provas, abrangência e efeitos da coisa julgada, dentre outros temas.

Interessa-nos nesse trabalho um tema em específico, que se relaciona tanto com a titularidade do direito material quanto à natureza da atuação da Defensoria Pública: a

§ 2º - Ouvidos os interessados e a Procuradoria da Justiça do Trabalho, será o processo submetido ao julgamento do Tribunal.

Art. 871 - Sempre que o Tribunal estender a decisão, marcará a data em que a extensão deva entrar em vigor.”

possibilidade de realizar transação em tutela coletiva. Se estivéssemos no modelo clássico de atuação individual, a solução seria deixar a decisão ao usuário do serviço; contudo, em tutela coletiva, o grupo de interessados não é identificável como regra, e quando o é, sua dimensão e o tratamento único conferido à atuação impede a adoção de múltiplas alternativas.

Assim, o que se pretende nesse artigo é responder ao questionamento sobre a possibilidade de transação em tutela coletiva e seus contornos.

2. Histórico da Defensoria Pública na tutela coletiva:

A Defensoria Pública ganhou status constitucional a partir de 1988, cujo art. 134 a nomeava “*instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, XXIV*”.

Apenas seis anos depois seria publicada a lei orgânica da Defensoria Pública – Lei Complementar n. 80/1994, destinada a regulamentar a norma constitucional, organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios e estabelecer regras gerais de organização das Defensorias dos Estados.

Da conjugação desses dois diplomas e ainda considerando o paradigma processual e de acesso à justiça existente na data da promulgação da Constituição da República de 1988² é possível concluir que a identidade institucional estava umbilicalmente ligada à defesa de interesses individuais e de pessoas economicamente pobres³.

O trabalho decorrente da progressiva implementação e crescimento das Defensorias no país acabou por promover a releitura das atribuições institucionais, as quais começaram a se direcionar à proteção e promoção das vulnerabilidades (técnica, jurídica, fática e econômica).

² Vale a pena ler a parte histórica de parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva, elaborado por Ada Pellegrini Grinover que se encontra disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>, acesso em 22 de maio de 2017.

³ Vide Lei n. 1.060/1950 e o Código de Processo Civil de 1973.

Ao mesmo tempo, o aumento do volume de demandas idênticas propostas ao Poder Judiciário conduziu a sociedade à adoção de técnicas e de instrumentos para soluções coletivas de litígios, no que se inclui a tutela coletiva.

No plano legislativo, a Lei n. 11.448/2007 deu início à mudança de perfil institucional ao alterar o art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e incluir no rol de legitimados para o processo coletivo a Defensoria Pública.

A Lei Complementar n. 132/2009 tem forte importância sobre esse novo papel institucional, antecipando mudança constitucional que só viria a ocorrer cinco anos depois.

Em 2014 a Emenda Constitucional n. 80 sedimenta esse novo papel da Defensoria Pública ao alterar a redação original do art. 134 para qualificar a instituição como

(...) 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, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, veja-se artigo escrito por Tiago Fensteresifer:

Para certificar o atual perfil constitucional da atuação institucional da Defensoria Pública no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, registra-se a sua recente inclusão no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07). Tal mudança legislativa transpõe para o plano infraconstitucional o novo perfil dado à Defensoria Pública a partir da Reforma do Poder Judiciário, levada a cabo através da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual fortaleceu a sua dimensão jurídico-constitucional no Estado de Direito brasileiro. A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional reflete justamente na tutela dos direitos sociais, pois permite a sua maior liberdade e independência de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais (medicamentos e tratamento médico, defesas em possessórias por ocupação de áreas públicas, pedidos de vaga em creches e escolas, pedidos de transporte gratuito, saneamento básico, etc.). E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas dos pobres do Brasil (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça. Como assevera MARINONI, “quanto mais se alarga a legitimidade

para a propositura dessas ações, mais se intensifica a participação do cidadão – ainda que representado por entidades – e dos grupos no poder e na vida social”.⁴

Essa ideia é reforçada em outro trecho do artigo:

A Defensoria Pública, nessa perspectiva, está perfeitamente legitimada a atuar como “guardiã” dos direitos fundamentais sociais na ordem jurídico-constitucional brasileira. Tal papel constitucional conferido à Defensoria Pública possui ainda maior relevância quando está em causa a proteção de um patamar mínimo em termos de prestações sociais, sem o que a vida humana não pode se desenvolver de forma minimamente digna. Tal “retrato” de degradação social está presente de forma significativa na realidade brasileira, onde uma massa expressiva da população carente encontra-se sem acesso aos seus direitos sociais básicos (mínimo existencial), e, por consequência, a uma vida digna. A Defensoria Pública, diante de tal contexto, deve movimentar-se na defesa de tais cidadãos, fazendo com que seja garantida a eles nada menos que uma vida digna. Esse é o “espírito constitucional” que fundamenta a atuação da Defensoria e de cada Defensor Público. Por vezes, o acesso à justiça proporcionado pela Defensoria Pública, especialmente no caso da sua atuação coletiva, servirá de porta de ingresso da população carente ao espaço comunitário-estatal, permitindo a sua inclusão no pacto social estabelecido pela nossa Lei Fundamental.⁵

A conquista da plena e inconteste legitimidade para o processo coletivo, contudo, não foi tranquila como essa breve síntese pode fazer crer. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943 em que questionava a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 11.448/2007, argumentando existir inconstitucionalidade material por violação do art. 5º, LXXIV, e art. 134 da Constituição da República de 1988 porque a Defensoria Pública só poderia atender a quem, individualmente, comprovasse carência financeira.

A ADIn veio a ser julgada improcedente na sessão de 07 de maio de 2015 do STF. Seguiu-se o voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia, para quem “*a norma aqui impugnada [é] constitucional desde 2007, data da promulgação da Lei n. 11.448*”. E complementa que “*a Emenda Constitucional n. 80/2014, coerente com as novas tendências e crescentes demandas*

⁴ FENSTERESIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensteresifer_-_DPSP_.pdf, acesso em 22 de maio de 2017.

⁵ Id ibidem.

sociais, confirma o movimento surgido na década de 1960 de ampliação de garantia de acesso integral à justiça”⁶.

Importante aspecto dessa decisão foi o reconhecimento de que a atuação da Defensoria na tutela coletiva abrange qualquer tipo de direito ou interesse envolvido. Assim, tem a instituição legitimidade para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para a caracterização desses direitos e interesses nos valemos da tese de doutoramento escrita por Teori Albino Zavascki:

Segundo a definição dada pelo legislador, são interesses e direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato” (art. 80, parágrafo único, I); são interesses e direitos coletivos “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” (inciso II); e são direitos individuais homogêneos “os decorrentes de origem comum” (inciso III). A esses últimos, poder-se-ia adicionar, para melhor compreensão, os qualificativos do artigo 46 do CPC: direitos derivados “do mesmo fundamento de fato ou de direito” (inciso II) ou que tenham, entre si, relação de afinidade “por um ponto comum de fato ou de direito” (inciso IV).⁷

Dúvidas não há, portanto, sobre a amplitude de atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva.

3. A natureza da atuação da Defensoria Pública e a possibilidade de transação:

⁶ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese. Porto Alegre, setembro de 2005. Tese de Doutorado na Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 29.

De que forma ocorre a atuação da Defensoria Pública? O que, em outras palavras, justifica a sua legitimidade processual?

Segundo lição de José Carlos Barbosa Moreira:

De três modos pode alguém assumir a posição de parte num processo: tomando a iniciativa de instaurá-lo; sendo chamado a juízo para ver-se processar; ou intervindo em processo já iniciado entre outras pessoas. A simples presença em juízo, não basta, contudo, para dar a quem quer que por uma dessas vias se haja tornado parte o direito de esperar que o processo, ao menos no que lhe concerne, atinja desfecho normal e produza resultado útil, mediante o exercício pleno da função jurisdicional, a culminar na emissão de sentença definitiva, apta, com a formação da coisa julgada, a estabelecer em termos incontrovertíveis a disciplina da situação jurídica litigiosa. Abstraindo, para comodidade da exposição, de outros requisitos, que não vêm ao caso, é indispensável, a fim de que isso possa ocorrer, que a parte, além de ter assumido de fato tal posição, seja legitimada a assumi-la.

(...)

Denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.⁸

A partir dessas noções, Barbosa Moreira entende que “*quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária*”.⁹

Claramente a Defensoria Pública é legitimado extraordinário nas ações de tutela coletiva decorrente do exercício de sua função institucional. Assume, em consequência, o papel de substituto processual das partes.

A dúvida colocada pelo consultante recai com mais força nessa parte da exposição: o que pode fazer o legitimado extraordinário e o substituto processual? Que poderes ele é investido para a sua atuação?

Segundo Teori Albino Zavascki:

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Edição comemorativa da Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, 2015, p. 1137.

⁹ Ibidem, p. 1138.

A substituição processual tem eficácia apenas no plano do processo. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado. São dessa natureza a transação e o reconhecimento do pedido, atos que, conseqüentemente, não estão abrangidos pelas faculdades próprias da substituição processual.¹⁰

A mesma opinião é compartilhada por Nelson Nery Junior, que afirma que “*como o substituto processual não é o titular do direito material discutido em juízo, não pode dele dispor, sendo inadmissível a transação, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação e o reconhecimento jurídico do pedido*”¹¹.

Há, contudo, outros aspectos que devem ser analisados sobre a admissibilidade de transação (renúncia, de fato, apenas o titular do direito pode praticar).

Em primeiro lugar, à época em que foi construída essa doutrina a ação civil pública tinha legitimidade ativa restrita ao Ministério Público, à União, aos Estados e aos Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação. Nesse último caso, deveria estar constituída há pelo menos um ano e ter entre suas finalidade institucionais a proteção ao meio ambiente, a consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹². A ação popular, que é também instrumento de tutela coletiva, possui legitimidade e objeto estritos¹³ e o mandado de segurança coletivo é ação

¹⁰ Op. Cit, p. 61.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. Revista de Processo, vol. 64, out. 1991, p. 33

¹² Veja-se a redação originária do art. 5º da Lei n. 7.347/1985:

“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;”

¹³ Lei n. 4.717, art. 1º. “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista ([Constituição, art. 141, § 38](#)), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal,

destinada a uso por partido político com representação no Congresso ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados¹⁴.

Salvo as associações, nenhum outro legitimado poderia litigar sobre direitos e interesses individuais homogêneos, o que dificultaria ou mesmo impediria a transação em direitos e interesses difusos e coletivos.

Mas mesmo esse raciocínio é contraditório perante a lei: o art. 5º, § 6º¹⁵, da Lei n. 7.347/1985 permite que seja firmado termo de ajustamento de conduta para adequação da conduta lesiva e ao pagamento pelos danos provocados.

O termo de ajustamento de conduta nada mais é senão um acordo, uma transação sobre um direito ou interesse. Não há, portanto, diferença ontológica entre o termo e a transação.

Em segundo lugar, houve a ampliação das pessoas legitimadas a litigar na tutela coletiva e dos conteúdos possíveis dessa tutela. O sistema atual não está mais restrito à tutela do direito difuso ou coletivo pelo Ministério Público ou entes da administração direta e indireta, de modo que a associação de que o conteúdo da tutela coletiva é necessariamente indisponível (e não permite, por isso, transação) não é mais verdadeiro.

Claro que a maior abertura de legitimados e interesses tuteláveis acaba trazendo a debate o problema da responsabilidade no ajuizamento e condução da tutela coletiva e da representatividade; mas, a proibição de transação não parece mais se sustentar no modelo atual.

dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

¹⁴ Art. 5º, LXX, da CRFB.

¹⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. [\(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990\)](#) [\(Vide Mensagem de veto\)](#)

Essa perspectiva é adotada por Marco Antonio Marcondes Pereira, que admite a transação mesmo em direitos indisponíveis:

Os interesses difusos e coletivos, apesar de não serem de ordem patrimonial, não podem se subordinar à regra do art. 1.035 pelas seguintes razões: a) esse dispositivo foi editado sob o manto de uma ordem jurídica diversa da que se tem atualmente; b) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos interesses coletivos não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar; c) o Ministério Público, bem como as pessoas do art. 5º, caput, ostenta legitimação autônoma para a propositura da ação civil pública, logo, não lhe empecem as limitações da condição de substituto processual comum; d) a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira da implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo; e, e) a Lei da Ação Civil Pública prevê a possibilidade de compromissos de ajustamento (art. 5º, § 6º, LACP).

Notadamente diante da função do Ministério Público, sob o prisma dos interesses difusos e coletivos, a limitação espelhada no art. 1.035 é antinômica à regra do art. 127 da Constituição Federal, senão contra o próprio arcabouço constitucional.¹⁶

A admissibilidade de transação pelo Defensor Público com atribuição para tutela coletiva não significa que sempre deva ser realizado o acordo. Devem ser analisadas questões de conveniência política e efetividade da medida a ser alcançada. Para tanto, deve o defensor valer-se da ponderação para avaliar qual a conduta atende de forma mais eficaz o direito do assistido e, especialmente, qual confere mais efetividade a sua dignidade e cumpre com os valores constitucionais.

Se o acordo não pode ser a opção mais fácil, também não se deve recusá-lo para submeter os interessados a longa e difícil tramitação de processo judicial.

Apesar da defesa em favor da transação, entendemos que a renúncia não é possível, pois interfere em direito material dos interessados, no que não possui o Defensor Público atribuição para fazê-lo.

De fato, a renúncia a direito não está compreendida dentre os poderes ordinários do representante judicial, e, quando a pessoa está assistida por advogado, este só pode renunciar

¹⁶ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Transação no curso de ação civil pública. Revista de Direito do Consumidor, vol. 16, out./dez. 1995, pp 116-128.

se a procuração que lhe for outorgada contiver expressamente essa cláusula¹⁷. Esse raciocínio pode ser estendido por interpretação sistemática aos Defensores Públicos, cujos poderes de representação decorrem de lei.

Portanto, a transação, judicial ou extrajudicial, pode ter como conteúdo o compromisso do causador do ilícito a fazê-lo cessar, seja através de assunção de obrigação de fazer ou não fazer, e ainda reparar o dano provocado, individual, coletivo e/ou social¹⁸. Deve incluir necessariamente o modo e prazo para o cumprimento das obrigações assumidas.

Não é necessário que haja autorização específica dos interessados na transação como condição de validade da transação, tampouco autorização institucional, salvo nos casos em que ela venha a ser exigida nas normas de cada Defensoria Pública. Apesar disso, sempre uma instituição com perfil democrático e dialógico, a adoção de algum procedimento de consulta aos interessados – como pesquisa, ratificação ou audiência pública, por exemplo – é recomendável, conferindo transparência e publicidade ao processo de tomada de decisão¹⁹.

¹⁷ Art. 105 do Código de Processo Civil.

¹⁸ “Apontemos as principais características do compromisso de ajustamento de conduta: a) é tomado por termo por um dos órgãos públicos legitimados à ação civil pública; b) nele não há concessões de direito material por parte do órgão público legitimado, mas sim por meio dele o causador do dano assume obrigação de fazer ou não fazer, sob cominações pactuadas; c) dispensa testemunhas instrumentárias; d) dispensa a participação de advogados; e) gera título executivo extrajudicial; f) não “colhido nem homologado em juízo.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.341)

“Em matéria de interesses transindividuais, só poderá o juiz admitir transações que não envolvam disponibilidade do conteúdo material do litígio (renúncia ou limitação de responsabilidade estão obviamente proscritas). Entretanto, se a própria lei admite que se tome extrajudicialmente do causador do dano o compromisso de ajustar sua conduta às exigências da lei, sob cominações, com maior razão nada impedirá que sobrevenha transação judicial nessas mesmas hipóteses, caso a empresa acionada em ação civil pública espontaneamente assumira em juízo uma obrigação de fazer ou não fazer, em troca da extinção do processo de conhecimento (nesse caso, desaparecerá o interesse de agir, com a homologação da transação, que será título executivo judicial). Também se há de admitir transação judicial que verse o modo de cumprimento da obrigação, sem que, com isso, se renuncie ao principal, no todo ou em parte, ou se dispensem juros legais, correção monetária ou quaisquer outras importâncias acaso devidas. Afinal, se o próprio causador do dano se propõe espontaneamente a repará-lo e assume essa obrigação por termo, deixa de existir interesse processual em prosseguir na ação de conhecimento, por falta de necessidade da tutela jurisdicional.” (Op. cit., p. 345)

¹⁹ “Com isso, aumenta o incentivo de participação dos cidadãos nas “decisões coletivas”, dentre as quais as que estão relacionadas com “seus interesses políticos e, especialmente, administrativos”, o que amplia o termo “cidadania e da responsabilidade pela coisa comum” (MOREIRA NETO, 2006, p. 273).

Além do mais, o princípio da participação, que se designa *tout court* de participação, abrange todas as formas de ação do Estado: legislativas, judiciais e também administrativas (MOREIRA NETO, 2001, p. 21), considerando essa última a abertura para os cidadãos adentrarem na Administração Pública e contribuírem nas tomadas de decisões do Estado (MOREIRA NETO, 2006, p. 66). Pela participação é que se possibilita que a Administração Pública decida conforme os interesses dos seus cidadãos (MOREIRA NETO, 1992, p. 35).

4. Referências:

FENSTERESIFER, Tiago. *A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtk/site/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensteresifer_-_DPSP_.pdf, acesso em 22 de maio de 2017.

GAIZO, Flávia Viana Del. *O percurso legislativo da tutela coletiva no Brasil*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-2-flavia-viana.pdf>, acesso em 15.07.2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Edição comemorativa da Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 2015, pp. 1137-1148.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*, vol. 64, out. 1991, p. 33.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Transação no curso de ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 16, out./dez. 1995, pp 116-128.

SANTIN. Janaína Rigo; TOAZZA, Vinícius Francisco. *Princípio da participação, consensualismo e audiências públicas*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c02d0450cdd75ce7>, acesso em 15.07.2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese. Porto Alegre, setembro de 2005. Tese de Doutorado na Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

É pela participação administrativa que os administrados se introduzem mais minuciosamente nas decisões do Poder Executivo, porque esse busca ajustar-se com os interesses que legitimam seu poder. Ou seja, a participação “visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentemente, possa servir a seu controle de legalidade”.

Ademais, a participação apresenta-se em quatro “graus de intensidade participativa do administrado”: a informativa, a executiva, a consultiva e a decisiva. A primeira é o “mínimo que o Estado de Direito deve garantir” aos cidadãos, pois, “trata-se, apenas de dar e de tomar conhecimento: quais as decisões que estão sendo tomadas e por quais motivos”. A segunda passa desde uma “informação, (...) colaboração, até delegações de execução de toda natureza”. Já a terceira configura-se na oitiva dos indivíduos, obrigada ou facultada por lei, na qual estão compreendidas as audiências públicas, debates públicos e etc. E, finalmente, a que compreende maior expressão, e é somente instituída por lei, apresenta-se “desde a simples provocação da Administração, para que leve a tomar uma decisão, até a co-decisão, pelo voto ou pelo veto, seja em audiências públicas, seja em colegiados deliberativos ou (...) outros” (MOREIRA NETO, 1992, p. 76-90).”

(SANTIN. Janaína Rigo; TOAZZA, Vinícius Francisco. Princípio da participação, consensualismo e audiências públicas. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c02d0450cdd75ce7>, acesso em 15.07.2017)