

**CUSTOS VULNERABILIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CULTURA:
REFLEXÕES À LUZ DO PENSAMENTO CRÍTICO DE MARC GALANTER**

**CUSTOS VULNERABILIS, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CULTURE:
REFLECTIONS IN LIGHT OF MARC GALANTER'S CRITICAL IDEAS**

Igor Souza Marques*

RESUMO: O presente artigo busca investigar a intervenção da defensoria pública no processo civil brasileiro na qualidade de *custos vulnerabilis*. Analisará se essa construção jurídica possui efetivamente impacto redistributivo no direito e alteração do “status quo” ou seria um mero compromisso simbólico. Utiliza como método de abordagem o dialético argumentativo; o método de procedimento estruturalista e o método de interpretação sociológico. Como hipótese de pesquisa, considera-se que a intervenção da defensoria pública como “guardiã dos vulneráveis” se legitima na proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis. São objetivos do trabalho: i) analisar a intervenção da defensoria pública como *custos vulnerabilis*; ii) examinar o discurso de neutralidade do processo civil e as limitações à transformação do direito na perspectiva de Marc Galanter; iii) a partir da relação entre direito e cultura, investigar se a referida modalidade interventiva possui aptidão para promover mudança social, analisando a sua base teórica de legitimação. As conclusões evidenciam que: i) a intervenção da defensoria pública como *custos vulnerabilis* decorre do art. 134 da Constituição da República brasileira, que lhe confere o papel de promotora dos direitos humanos fundamentais; ii) o reconhecimento desta modalidade interventiva pela jurisprudência revela transformação cultural da sociedade brasileira e do próprio processo; iii) eventual consolidação desta modalidade interventiva poderá contribuir para a afirmação desta mudança de paradigma no processo civil brasileiro, tornando-o mais inclusivo e justo.

PALAVRAS-CHAVE: defensoria pública; custos vulnerabilis; direitos fundamentais

ABSTRACT: This article attempts to investigate the public defender office's intervention in Brazilian's civil litigation as *custos vulnerabilis*. It will analyze whether this legal construction effectively has a redistributive impact on law and changes the *status quo* or would it be a symbolic commitment. It uses the argumentative dialectical approach method; the structuralism procedure method and the sociological interpretation method. As a research hypothesis, it considers that public defender office's intervention as a “vulnerable's guardian” is legitimated by the protection of vulnerable group's fundamental rights. The objectives of this essay are: i) to analyze the public defender's intervention as *custos vulnerabilis*; ii) to examine the civil litigation neutrality discourse and the limitations to law's transformation by Marc Galanter; iii) associating law and culture, to investigate whether the referred intervention modality has the aptitude to promote social change, analyzing its theoretical basis of legitimation. The conclusions show that: i) the public defender office's intervention as *custos vulnerabilis* is interpreted from art. 134 of Brazilian's Constitution, to promote fundamental human rights; ii) the recognition of this interventional modality by jurisprudence reveals the Brazilian society's cultural transformation and of process itself; iii) this interventional modality's consolidation may contribute to a paradigm shift in Brazilian civil process, making it more inclusive and fairer.

KEYWORDS: public defender's office; custos vulnerabilis; fundamental rights

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Defensor Público do Estado do Maranhão. E-mail: igorsmarques@gmail.com.

SÚMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CUSTOS VULNERABILIS: BREVES CONSIDERAÇÕES. 2. MARC GALANTER E A “NEUTRALIDADE” DO PROCESSO. 3. DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE A PARTIR DO VIÉS CULTURAL. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca responder o seguinte problema: a intervenção da defensoria pública no processo para atuar na qualidade de “guardiã dos vulneráveis” possui impacto redistributivo no direito e aptidão para transformação do *status quo* ou seria um mero compromisso simbólico para conferir um ar de legitimidade ao processo?

Trabalha-se com a hipótese de que a intervenção defensoria pública na condição de *custos vulnerabilis* se justifica para a proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis e decorre da própria Constituição da República, que lhe atribuiu o papel de promotora dos direitos humanos. Assim, ainda que não se descarte, a princípio, a possibilidade de esta nova criação jurisprudencial exercer um papel meramente simbólico, incumbe à própria defensoria pública, enquanto jogador habitual, agir de modo a influenciar pela penetração desta nova modalidade interventiva, visando conferir-lhe âmbito de atuação mais amplo possível, sempre buscando minimizar o grande desequilíbrio de forças entre os litigantes eventuais e habituais.

O trabalho possui os seguintes objetivos: i) analisar a intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* à luz da doutrina brasileira; ii) examinar o discurso de neutralidade do processo civil e as limitações à transformação do direito na perspectiva de Marc Galanter; iii) a partir da relação entre direito e cultura, investigar se a referida modalidade interventiva possui aptidão para promover mudança social ou se representaria um simples compromisso simbólico legitimador do processo; iv) estudar a base teórica de legitimação para esta nova modalidade de atuação da Defensoria Pública.

O método de abordagem utilizado será o dialético na perspectiva aristotélica, assim considerado como sendo a habilidade de saber argumentar sobre a intervenção da defensoria pública enquanto “guardiã dos vulneráveis” com consistência.

O método de procedimento será o estruturalista, pois pretende-se iniciar o estudo da intervenção *custos vulnerabilis* enquanto fenômeno concreto para, em

seguida, investigá-lo de modo mais amplo, analisando as suas possíveis limitações para transformação do direito, propondo-se, ao final, uma releitura do instituto.

Por fim, o método de interpretação adotado será o sociológico por possibilitar uma análise desta recente construção doutrinária e jurisprudencial sem desconsiderar seus vínculos históricos e culturais.

O trabalho foi organizado em três seções. A primeira pretende estudar a intervenção da defensoria pública na qualidade de *custos vulnerabilis* em uma perspectiva doutrinária; a segunda analisa os limites à transformação do direito a partir do pensamento de Marc Galanter, em especial considerando-se as vantagens estratégicas dos *repeat players* em relação aos *one-shooters*; por fim, a terceira seção relaciona os temas discutidos nas seções anteriores mas apresenta uma proposta alternativa de análise com base na relação entre processo e cultura, analisando, por fim, os fundamentos de legitimação para essa nova forma de agir da defensoria.

1 CUSTOS VULNERABILIS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Entre as instituições brasileiras que compõem o sistema de Justiça, a defensoria pública é certamente aquela que mais tem se destacado nos últimos anos. Criada a partir de experiências isoladas surgidas no âmbito de algumas unidades federativas como alternativas à assistência judiciária gratuita para os pobres, especialmente na defesa de direitos individuais, atingiu um patamar diferenciado sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988 – a primeira que expressamente faz referência à defensoria pública.

Com efeito, o surgimento da defensoria pública no direito brasileiro ocorreu apenas após a “inauguração da nova ordem constitucional brasileira, a partir da qual se passou a dar primazia aos direitos fundamentais, constitucionalizando garantias de minorias antes não (ou pouco) resguardadas pelo ordenamento legal”.¹

Desde a sua consagração no texto constitucional, inúmeras foram as conquistas obtidas pelas defensorias públicas brasileiras, destacando-se a

¹ Diogenes, Fabiana.; Santiago, Nestor Eduardo Araruna. “A atuação penal da defensoria pública como custos vulnerabilis: uma manifestação do garantismo jurídico” em Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 21, n. 40, 2021, Santo Ângelo/RS, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 27-42.

legitimidade para a tutela de direitos difuso e coletivos, bem como reconhecimento de sua autonomia pelas Emendas Constitucionais n. 45/2004, 74/2013 e 80/2014.

As conquistas institucionais ocorreram não apenas no âmbito do legislativo, mas, sobretudo, nos tribunais. É importante registrar, nesse ponto, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3943, movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que questionava a constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º. da Lei 11.448/2007. O referido dispositivo confere à defensoria pública a legitimidade para propor ações civis públicas, mas a ação de controle concentrado acabou sendo julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, a assim chamada “doutrina institucional” passou a defender um novo papel desempenhado pela defensoria pública, papel este que ganhou diferentes nomenclaturas e que tem ganhado aceitação pela jurisprudência brasileira. Trata-se da chamada intervenção enquanto *custos vulnerabilis*, ou “guardião dos vulneráveis”, hipótese em que ingressa no processo para salvaguardar interesses institucionais em prol de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Segundo Gonçalves Filho, Rocha e Maia,² trata-se de um papel que

se insere na busca da inclusão democrática de grupos vulneráveis, visando garantir sua participação e influência nas decisões político-sociais, de modo a não serem ignorados no processo de composição, manutenção e transformação da sociedade em que estão inseridos.

A expressão *custos vulnerabilis* é utilizada, então, em dois sentidos distintos, quais sejam, para designar a missão institucional da defensoria pública na proteção dos direitos das pessoas vulneráveis e enquanto espécie de intervenção no processo na qualidade de terceiro interessado.³

Na acepção processual, que é justamente aquela que será objeto de análise neste ensaio, entende-se que *custos vulnerabilis* consiste no ingresso da defensoria pública como terceiro interveniente para agir em defesa de seus interesses institucionais, buscando, assim, satisfazer as necessidades das comunidades

² Gonçalves Filho, Edilson Santana; Rocha, Jorge Bheron; Maia, Maurilio Casas. *Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 60.

³ Idem, *ibidem*, p. 69-70.

necessitadas, porém em legitimação coletiva, em harmonia com a sua vocação política e jurídica.⁴

A referida intervenção não se confunde com a representação postulatória, situação em que representa a parte que não possui advogado por não dispor de condições financeiras para custear o serviço de um profissional ou em decorrência de previsão legal.⁵

Também não pode ser confundida com a substituição processual, pois o ingresso da defensoria pública para a defesa de vulneráveis não torna desnecessária a citação dos participantes do processo.⁶ Do mesmo modo, não se trata de hipótese de ação coletiva passiva, pois não é um dos membros do grupo que assume a defesa deste.⁷

A título de ilustração, o art. 554, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 prevê a obrigatoriedade de intimação da defensoria pública nos casos em que se tratar de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas (ações possessórias multitudinárias) e uma parte delas estiver em situação de hipossuficiência econômica.

A intimação da defensoria pública para oficiar no feito não substitui a atuação concreta dos envolvidos no conflito, sendo completamente independente da representação processual das partes. Daí falar-se, então, em uma nova forma de agir da defensoria que se denominou de *custos vulnerabilis* (*custos plebis* ou *amicus communitas*).

Antes da criação desta regra processual as ações possessórias movidas em face de coletividades formadas por grupos vulneráveis – particularmente aquelas que versavam sobre direito à moradia – eram marcadas pela precarização dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que apenas uma pequena parte dos ocupantes era efetivamente citada, ao passo que os demais eram surpreendidos com os efeitos de uma decisão judicial de desocupação sem que tivessem sequer participado do processo, o que, aliás, contava com o aval do

⁴ Maia, Maurilio Casas. “A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º.-A, I, LC N. 80/1994) e posições processuais dinâmicas” em Didier Jr., Fredie *et al* (Coord.). Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1268.

⁵ Gonçalves Filho, Edilson Santana; Rocha, Jorge Bheron; Maia, Maurilio Casas. Op. cit., p. 87.

⁶ Maia, Maurilio Casas. Op. cit., p. 1267.

⁷ Vitorelli, Edilson. “Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?” em Revista de Processo. v. 278, 2018, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Processual, p. 297-335.

Judiciário (STJ, REsp 1314615/SP). Trata-se, portanto, de regramento que amplifica o contraditório e maximiza o exercício de direitos fundamentais.

A tese doutrinária vem ganhando aceitação na jurisprudência brasileira, primeiramente nas ações possessórias multitudinárias, mas, em seguida, ganhou novos ares e também foi reconhecida em sede de ações reivindicatórias, processos coletivos, estruturais, no processo penal e em controle de constitucionalidade.⁸

O processo civil apresenta-se como um instrumento neutro, dialógico, em que todos os litigantes envolvidos estão em igual posição para reivindicarem o gozo dos seus direitos ou mesmo se defenderem quando são judicialmente demandados. Esta ideia de “igualdade perante a lei” talvez seja, inclusive, reforçada com a atuação da defensoria pública enquanto terceiro interveniente na qualidade curador dos vulneráveis. Mas seria o processo realmente neutro? O tópico seguinte buscará explorar este tema e as possibilidades de transformação do direito na perspectiva de Marc Galanter.

2 MARC GALANTER E A “NEUTRALIDADE” DO PROCESSO

O processo civil, enquanto mecanismo de resolução de conflitos amplamente difundido nas sociedades ocidentais, é instrumento destacadamente liberal que se aperfeiçoou, sobretudo, após as revoluções burguesas.

Falava-se, então, que a atuação do juiz, enquanto figura estatal convocado para dirimir o litígio, deveria ser mínima, neutra e calculável, assegurando-se, assim, uma lógica pautada sobretudo na proteção de direitos negativos que não mantinha qualquer compromisso com a redução de desigualdades ou oferta de direitos, direcionada apenas à tutela de direitos individuais.⁹

O processo civil liberal assume, então, uma feição reducionista e sem vínculo sociológico, disciplinando situações exclusivamente individuais e ignorando a

⁸ Maia, Maurilio Casas; Ramos Filho, Carlos Alberto. “Defensoria pública: expressão e instrumento do regime democrático: algumas considerações” em Maia, Maurilio Casas (Coord.). Defensoria pública, Constituição e ciência política. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 204.

⁹ Osna, Gustavo. Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”: atando as pontas por um processo real. 2016. 245 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 06.

realidade ao seu redor, deixando de abrir os olhos para as verdadeiras ameaças contemporâneas aos valores constitucionais.¹⁰

A neutralidade do processo assume ponto fundamental no discurso liberal. Com base na ficção segundo a qual todos são considerados iguais perante a lei, nega-se a existência de determinadas pessoas e grupos com melhores condições estratégicas para litigar. Assim, o processo civil burguês apresenta-se como um instrumento avalorativo e ideologicamente descompromissado. Mas seria o processo realmente neutro?

Em 1970, influenciado por pesquisas que havia realizado na Índia sobre a “Lei de Ofensas da Intocabilidade”, quando ainda participava do Programa de Direito e Modernização da Faculdade de Direito de Yale, Marc Galanter estudou sobre a desigualdade entre as partes no processo, analisando as condições sob as quais a litigância poderia ser utilizada como um sistema redistributivo e equalizador.

A partir de uma análise especulativa e experimental, Galanter¹¹ afirma que as regras formais de um determinado sistema jurídico são apenas a “superfície da realidade jurídica”, pois, não obstante a aspiração e pretensão da lei à neutralidade e ao tratamento igualitário, nunca se pode escapar da individualidade e dos recursos das partes.

Para Galanter,¹² existem duas categorias de atores processuais bastante distintas, a saber, os participantes eventuais (*one-shooter*), que raramente recorrem aos tribunais e que podem mesmo passar a vida sem ingressar nas dependências de uma unidade judiciária, e os jogadores habituais (*repeat player*), que se envolvem em diversos litígios similares ao longo do tempo e que possuem melhores oportunidades para utilizarem os tribunais, apresentarem suas queixas e se defenderem. Em suma, os jogadores habituais desenvolvem vantagens estratégicas por conhecerem o palco processual e se envolverem em litigância repetitiva, o que diminui os riscos processuais.

Os jogadores habituais têm prévio conhecimento da dinâmica processual, são capazes de estruturar as transações, mantêm registros dos litígios, assumem posição ativa nas negociações, inclusive com elaboração de minutas de acordos,

¹⁰ Fiss, Owen. Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 82.

¹¹ Galanter, Marc. Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 43.

¹² Idem, ibidem, p. 45-46.

desenvolvem *expertise*, têm acesso imediato a especialistas, têm baixos custos iniciais e também podem jogar com as probabilidades.¹³

Além disso, em razão da frequência nos fóruns e tribunais, os jogadores habituais acabam desenvolvendo relações informais facilitadoras com serventuários e magistrados, assim como têm condições para postularem a elaboração ou modificação de regras jurídicas através de métodos diversos, a exemplo do *lobby*.

As corporações e outros órgãos burocratizados seriam mais capazes no jogo processual por ostentarem “vantagens estruturais e culturais” relacionadas à capacidade dessas entidades para atuarem como atores jurídicos em geral.¹⁴ Assim, a própria arquitetura básica do sistema jurídico acaba limitando as possibilidades de ele ser usado como um meio de transformação redistributiva.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁵ também abordaram a temática relacionada às diferentes vantagens estratégicas das partes quando atuam no processo. A distinção entre os que eles denominam por “litigantes habituais” em comparação aos “litigantes eventuais” era apontada como sendo um importante obstáculo a ser superado em busca da ampliação do acesso à justiça. Mas enquanto Cappelletti e Garth enfatizaram a diferença de possibilidades das partes como sendo um entrave à expansão do acesso à justiça, Galanter vai além para desnudar a inebriante cortina de fumaça que blindava o processo liberal sob o escudo da “neutralidade”. Ele questiona, de forma bastante contundente, o mito da neutralidade do processo, pois se todos são iguais perante a lei não haveria como justificar as vantagens estratégicas dos jogadores habituais que ele demonstra, revelando que o processo é direcionado a tutelar interesses de grupos pequenos, poderosos e influentes na sociedade.

A diferenciação entre os jogadores habituais e participantes eventuais influenciou o ainda embrionário movimento *Critical Legal Studies* e seus principais teóricos. Foi nesse contexto, inclusive, que Duncan Kennedy¹⁶ elaborou a sua crítica à forma como os julgadores solucionam os conflitos, argumentando que tanto a

¹³ Galanter, Marc, Op. cit., p. 48-51.

¹⁴ Idem, ibidem, p.26.

¹⁵ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 21-26.

¹⁶ Kennedy, Duncan. A critique of adjudication: fin de siècle. Cambridge e London: Harvard University Press, 1998, *passim*.

produção do direito pelos legisladores como sua aplicação por juízes e tribunais, enquanto partes da vida política e cultural, são permeados por ideologias políticas.

Sem embargo das inúmeras vantagens estratégicas dos jogadores habituais em relação aos participantes eventuais, para fins de desenvolvimento da problemática proposta neste trabalho, interessa conferir destaque maior para uma específica vantagem estratégica, a saber, a possibilidade de jogadores habituais disputarem pela alteração de regras da litigância e assimilarem eventuais derrotas.

Galanter¹⁷ afirma que o interesse do participante eventual está focado no resultado imediato, e não em litígios futuros, ao passo que os jogadores habituais, precisamente por serem litigantes em série, têm a aptidão para trocar um ganho tangível por ganhos normativos ou pela minimização de perdas normativas.

A título de ilustração, ao ingressar em juízo contra uma determinada operadora de telefonia por negativação indevida, um participante eventual deseja objetivamente a exclusão do seu nome do cadastro de devedores e a correspondente indenização por danos morais, mas não possui qualquer predisposição a adotar medidas visando a modificação das regras jurídicas de litigância para casos futuros, mesmo porque ele poderá jamais voltar a litigar novamente. O jogador habitual, por outro lado, pode utilizar determinados processos para testar teses jurídicas diferentes e agir de modo a influenciar a modificação das regras a fim de beneficiá-lo, ou mesmo para afastar a aplicação daquelas regras que lhe sejam mais desfavoráveis.

Galanter¹⁸ observa também que nem todas as regras jurídicas criadas no âmbito do legislativo ou pela jurisprudência “penetram”, ou seja, são efetivamente aplicadas por magistrados e operadores nos litígios, de modo que os jogadores habituais têm “maior capacidade para discernir quais regras têm maior chance de ‘penetrar’ e quais tendem a permanecer como meros compromissos simbólicos”.

Marc Galanter¹⁹ argumenta, assim, que os jogadores habituais “podem ser capazes de concentrar seus recursos em mudanças de regras que prometem produzir uma diferença real”, assim como detém a capacidade de “compensar derrotas simbólicas com ganhos tangíveis”.

Eventuais “derrotas simbólicas” dos jogadores habituais assumem importante significado, não porque tenham o condão de alterar o *status quo*, e sim

¹⁷ Galanter, Marc. Op. cit., p. 51-52.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 55.

¹⁹ Idem, ibidem., loc. cit.

para que os processos continuem transmitindo um aspecto de neutralidade para a sociedade, ainda que no subterrâneo mantenham claro propósito de salvaguardar interesses dos poderosos e influentes. Afinal, de acordo com os ideais liberais, o processo deve resguardar a igualdade, a liberdade e a fraternidade, sob pena de tornar-se um sistema desequilibrado e autoritário fadado ao colapso.

Em outras palavras, é de fundamental importância que os “que não têm” também obtenham conquistas eventuais, mesmo que pequenas ou que acabem não “penetrando”, inclusive para que seja atribuído maior grau de legitimidade ao processo. Todavia, essas vitórias – isoladas e simbólicas – dos participantes eventuais seriam desprovidas de qualquer aptidão de transformação social, porquanto antecipadas e previamente compensadas pelos jogadores habituais.

Conforme se buscou explanar no presente tópico, a partir da diferenciação entre jogadores habituais e participantes eventuais, pode-se observar a existência de pessoas e grupos que ostentam posições estrategicamente mais favoráveis à defesa de seus interesses quando se situam em um litígio. Portanto, ainda que seja defendida a ideia de igualdade de todos perante a lei, a simples existência de partes com melhores condições para litigarem deixa claro que o próprio processo não é neutro, senão que ele tende à proteção dos interesses de pessoas e grupos com influência social.

O tópico seguinte buscará discutir a atuação da defensoria pública enquanto curador dos vulneráveis à luz da contribuição de Marc Galanter. Para tanto, será utilizada uma abordagem cultural do processo.

3 DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE A PARTIR DO VIÉS CULTURAL

A pergunta central que se pretende responder nesta seção é a seguinte: tendo em vista as considerações de Galanter a respeito das limitações à transformação do direito, particularmente diante da capacidade dos *repeat players* de anteciparem e compensarem eventuais mudanças de regras que beneficiem os *one-shooters*, essa nova modalidade de intervenção da defensoria pública no processo para agir enquanto “guardião dos vulneráveis” possui realmente algum impacto redistributivo no direito e aptidão para alteração do *status quo* ou seria um mero compromisso simbólico para conferir um ar de legitimidade ao processo?

A seção que se inicia buscará responder a essa pergunta assumindo como ponto de partida a estreita conexão entre processo e valores sociais, valendo-se, portanto, de uma perspectiva cultural, buscando colocar diferentes luzes no problema e indicar novas possibilidades de compreensão do tema, sem olvidar de analisar dogmaticamente o fundamento legitimador para esta forma de agir da defensoria pública.

O processo judicial, principal mecanismo social de solução de conflitos na sociedade brasileira e em praticamente todos os países da civilização ocidental, constitui um fenômeno dinâmico porquanto cultural, estando, assim, suscetível às influências externas oriundas da própria dinâmica social.

Em intrigante pesquisa comparativa, Oscar Chase²⁰ estudou a conexão entre cultura e processos resolutivos de disputas ao analisar a etnografia dos Azande, da África Central, em que a solução dos conflitos se dava através de mecanismos que envolviam magia, superstição e feitiçaria. Ele demonstrou como as instituições de resolução de conflitos sociais da cultura Zande, ao entrelaçarem os sistemas místico e legal, exerciam uma função na construção e transmissão de arranjos sociais de crenças e valores, inclusive auxiliando na manutenção de uma estrutura de classes e subordinação de outros.

Após investigar a cultura Zande, Oscar Chase²¹ observa que os mecanismos de resolução de disputas não se limitam a refletir características da cultura da sociedade em que estão inseridos, mas também exercem importante papel na manutenção, provocação ou alteração da vida social. Para fundamentar a sua conclusão, o autor revela como características típicas do modelo de justiça estrangeira, que havia sido imposto àquela sociedade durante o período de dominação britânica, continuaram presente mesmo após o fim do domínio dos ingleses. Ele demonstra também como mudanças procedimentais aparentemente irrelevante contribuíram para a transformação de parte das estruturas daquela sociedade, resultando, por exemplo, na perda de autoridade dos reis sobre os conflitos jurídicos e na quebra de hierarquias nos rituais em relação às mulheres, que antes eram proibidas de fazerem uso das profecias *benge* e depois foram autorizadas a associarem-se, serem líderes e apadrinhar membros.

²⁰ Chase, Oscar. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37-54.

²¹ Idem, *ibidem*, loc. cit.

A partir do estudo realizado por Chase,²² conclui-se que a relação entre a cultura e os mecanismos de solução de conflitos de uma sociedade possui natureza reflexiva, ou seja, a cultura local influencia na elaboração do tipo de processo que será adotado em uma sociedade, mas o contrário também é verdade, isto é, os procedimentos de resolução de conflitos contribuem para a perpetuação de determinadas estruturas sociais e eventuais rupturas nestes mecanismos podem influenciar para transformações sociais. A influência cultural no processo ficou demonstrada porque, mesmo tendo sido proibida ao longo do domínio estrangeiro, a consulta oracular sobreviveu como uma espécie de sistema clandestino e ressurgiu quando cessou o domínio britânicos. Por outro lado, o impacto dos mecanismos de solução de disputa como instrumento de transformação social também ficou provado diante das mudanças que aquela sociedade sofreu em razão da influência da imposição do modelo de justiça britânica, cujas características permaneceram após a saída dos ingleses.

Em síntese, a pesquisa desenvolvida por Chase demonstra que os meios de solução de conflitos adotados em uma determinada sociedade são influenciados pelos valores culturais nela predominantes, mas essa influência é reflexiva, ou seja, mudanças nos ritos procedimentais destes mecanismos também exercem uma importante influência na mudança da formatação desta mesma sociedade.

Do mesmo modo, em sua análise sobre o contexto histórico dos ideais hierárquico e coordenado, Mirjan Damaška²³ demonstra uma ligação clara entre os modelos de organização dos sistemas processuais e as formas de organização estatal de uma determinada sociedade. Ele afirma que o modelo hierarquizado, comumente associado à tradição jurídica do *civil law*, é composto por um corpo burocrático de profissionais que ingressam em carreira estruturada e organizada, no qual os profissionais menos graduados têm poder para decidirem o problema em primeira instância (*initial decisionmakers*), mas as suas decisões ficam submetidas a apreciação superior. O modelo coordenado, mais próximo aos sistemas do *common law*, diferencia-se por utilizar julgadores amadores (*lay officialdom*) que são convocados a desempenharem funções de autoridade por tempo limitado, estando, portanto, livres para decidirem sem qualquer sujeição a controle superior. Para ele, o

²² Chase, Oscar. Op. cit.

²³ Damaška, Mirjan R. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. New Haven e London: Yale University, 1986, p. 16-46.

primeiro modelo resulta em concentração da autoridade nos órgãos superiores enquanto o segundo proporciona ampla dispersão de poder.

Uma análise comparativa entre a cultura estadunidense e países latino-americanos a partir das considerações lançadas por Damaška revela que a escolha dentre as modalidades de procedimento de solução de conflitos guarda estreita conexão com o modelo de estado da sociedade em questão. Com efeito, os Estados Unidos têm uma tradição muito mais profunda ligada à liberdade e refratária ao controle estatal que países como Brasil, Chile, Peru e outros situados na América do Sul, razão pela qual é mais natural que utilizem um sistema coordenado. Daí porque faz mais sentido para os norte-americanos a adoção de júris civis enquanto nos países latino-americanos a grande maioria dos casos são encaminhados para o magistrado de carreira profissionalizada, com características ligadas ao modelo hierarquizado e com grande concentração de poder.

Pode-se afirmar, assim, que o próprio modelo de organização social em vigor influencia a formatação do processo, cujas características marcantes se aproximam daquelas que caracterizam o próprio estado do qual faz parte. Mas não é só isso. Os meios de solução de conflitos também têm a aptidão de garantir a continuidade de uma determinada realidade social ou mesmo de alterá-la, conforme exposto por Oscar Chase.

Restaria, então, enfrentar a principal questão deste trabalho: a transformação do processo civil para admitir a intervenção da defensoria pública na qualidade de *custos vulnerabilis* possui aptidão para promover mudança social ou representa um simples compromisso simbólico legitimador do processo?

Antes de propor uma resposta ao questionamento, diante das reflexões desenvolvidas por Chase e Damaška sobre a relação de influência entre valores culturais e os mecanismos sociais de resolução de conflitos, faz-se necessário analisar o contexto de valores sociais que circundam o surgimento desta modalidade de intervenção processual no plano doutrinário e o seu reconhecimento pela jurisprudência.

É válido considerar que a Constituição Federal de 1988 representou importante mudança paradigmática no direito nacional. A sociedade brasileira, que atravessou regime de repressão às liberdades civis e políticas, passou a demandar profunda transformação de suas instituições jurídicas, o que resultou em uma carta aberta, plural, democrática, com olhos voltados às minorias, que reconhece a função

social da propriedade e protege os grupos vulneráveis, revelando a acolhida de novos valores sociais no plano constitucional.

O surgimento de inúmeros diplomas infraconstitucionais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Estatuto do Idoso corroboram a profunda transformação da sociedade brasileira, que passou a conferir tutela específica para grupos em situação de vulnerabilidade. Também no âmbito do processo civil verificou-se uma transformação paradigmática por meio da progressiva superação de uma perspectiva meramente individualista para abraçar também questões coletivas, com as sucessivas reformas parciais que foram promovidas ao Código de Processo Civil de 1973.

Conquanto não possa ser rotulado propriamente de democrático,²⁴ não há como se negar que esses novos valores da sociedade brasileira ganharam evidência ainda maior com o advento do Novo Código de Processo Civil, que expressamente determina, desde o seu primeiro dispositivo, que aquele diploma deverá ser interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República.

Essa grande transformação axiológica deve ser creditada particularmente ao reconhecimento dos direitos fundamentais no plano do direito constitucional brasileiro, direitos estes que apresentam uma dimensão objetiva, consagram os valores mais relevantes de uma determinada comunidade jurídica e potencializa a irradiação destes mesmos valores para todos os demais ramos do direito.²⁵

Assim, pode-se concluir que o reconhecimento pela jurisprudência de um novo papel a ser exercido pela defensoria pública para intervir no processo civil como guardiã dos vulneráveis não representa uma mera vitória simbólica. A busca por legitimidade no processo realmente é tema frequentemente debatido quando se discute os mecanismos sociais de disputa, mas o reconhecimento da intervenção *custos vulnereabilis* pela jurisprudência brasileira não se resume a isso. Trata-se, em verdade, de resultado de interpretação obtida a partir do conjunto de normas constitucionais e processuais que versam sobre a atuação da defensoria pública, que se legitima na promoção dos direitos fundamentais e que reflete uma significativa

²⁴ Osna, Gustavo. “‘Processo civil democrático’?: cantando ‘go Yankees’ no Fenway Park” en Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 4, n. 6, 2018, Lisboa, Universidade de Lisboa, p. 2019-2043.

²⁵ Sarmento, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371.

mudança de valores da sociedade brasileira, em particular como resultado do reconhecimento dos direitos fundamentais.

A legitimação para esse novo modo de agir da defensoria pública pode ser obtida a partir da interpretação do art. 134 da Constituição da República, com redação dada pela EC n. 80/2014. O referido enunciado normativo prevê que a defensoria pública se fundamenta na promoção dos “direitos humanos”, compreendendo não só aqueles direitos reconhecidos e protegidos por tratados e normas de direito internacional, mas também o catálogo de direitos fundamentais protegidos no âmbito interno.

É importante registrar que, do ponto doutrinário, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não se equivalem, pois enquanto a primeira refere-se aos direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, a segunda diz respeito a direitos contemplados em tratados e documentos de direito internacional.²⁶ Os direitos fundamentais seriam, nesse sentido, aqueles reconhecidos pela constituição com a intenção de outorgar caráter positivo aos direitos humanos.²⁷

A distinção acima perde significado quando se abandona uma classificação dogmática para adotar-se uma definição formal ou estrutural, segundo a qual direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa com capacidade de trabalhar.²⁸

Esta posição é criticada por negar a natureza de direitos fundamentais aos direitos de caráter patrimonial que, por decisão do próprio constituinte, tenham sido incluídos no catálogo de direitos e garantias constitucionais.²⁹ Mas a opção por uma perspectiva de direitos fundamentais constitucionais (ou em sentido estrito) não dispensa a consideração de perspectivas universalista ou internacionalista destes direitos, notadamente diante da dimensão cosmopolita das constituições modernas.³⁰

²⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

²⁷ Borowski, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 36.

²⁸ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 37.

²⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 76-77.

³⁰ Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 44-47.

No caso da constituição brasileira percebe-se que os direitos humanos reconhecidos em documentos internacionais se tornaram particularmente relevantes após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu o § 3º ao art. 5º da Constituição da República e conferiu hierarquia constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros.

A despeito das diferentes abordagens na doutrina, o certo é que em vários trechos da Constituição é possível observar o emprego das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas,³¹ como é o caso do art. 134 da CF/88.

Bem vistas as coisas, infere-se que a legitimação para a defensoria pública intervir no processo civil na qualidade de guardiã dos vulneráveis decorre da própria Constituição da República e o faz para a salvaguarda de direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Aqui é importante ter presente que, em matéria de direitos fundamentais, deve-se primar por uma interpretação criativa e sempre aberta, uma vez que a dogmática dos direitos fundamentais deve reconhecer o novo.³² Portanto, se a defensoria pública deve agir na promoção dos direitos humanos, consoante se depreende do art. 134 da Lei Maior brasileira, é razoável, então, atribuir-lhe um leque de instrumentos, o mais extenso possível, para que possa desempenhar este papel constitucional.

Vale retomar o exemplo do art. 554, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, citado na primeira seção deste texto. Por um lado, observa-se que houve significativa transformação do rito processual para contemplar a hipótese de intervenção da defensoria pública mesmo que a instituição não seja representante processual de nenhuma das partes envolvidas no litígio. Não há como se negar que a transformação procedimental acima se harmoniza com mudanças em um contexto maior, ligadas aos valores mais relevantes da sociedade brasileira, que têm afastado o processo civil brasileiro de um viés meramente individualista e aproximando-o de

³¹ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³² Häberle, Peter. Los derechos fundamentales en el Estado prestacional. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 60-61.

um processo plural que confere voz aos grupos marginalizados. Além disso, trata-se de hipótese em que a defensoria pública deve intervir em nome próprio e na defesa do direito fundamental à moradia do grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, sendo a promoção deste interesse fundamental o fio condutor e legitimador do agir institucional.

Restaria ainda um último questionamento a ser enfrentado neste trabalho: o reconhecimento da intervenção *custos vulnerabilis* pela jurisprudência brasileira possui impacto para transformar o direito?

Para responder este questionamento é importante rememorar Oscar Chase,³³ o qual observa que embora as formas de solução de conflitos não possam ser exclusivamente consideradas como responsáveis por determinado traço de uma cultura, tais mecanismos são um importante “fio” na sua composição. Em outras palavras, uma mudança procedimental para admitir o ingresso da defensoria pública na promoção de direitos fundamentais de grupos de pessoas vulneráveis, por si só, não representa impacto na estrutura de dominação e de poder, contudo pode ser um extraordinário gatilho de ruptura.

A rigor, o simples fato de a jurisprudência passar a reconhecer hipótese de intervenção no processo civil de instituição vocacionada à promoção dos direitos humanos fundamentais para agir exclusivamente direcionada a este fim implica uma mudança paradigmática de valores sociais, pois os modelos de solução de conflitos são influenciados pelo contexto cultural subjacente.

Conceber a intervenção da defensoria pública na qualidade de *custos vulnerabilis* como sendo uma mera vitória simbólica desconsidera o fato de a defensoria pública ser ela própria um *repeat player*, que, fazendo uso das vantagens estratégicas típicas dos litigantes habituais, atua perante órgãos do judiciário no intuito de construir jurisprudência favorável aos grupos de pessoas hipossuficientes e vulneráveis por ela representados. O reconhecimento do papel da defensoria enquanto curador de vulneráveis representa, portanto, conquista obtida através de atuação estrategicamente organizada típica de litigantes habituais.

Ademais, tendo em vista que alterações procedimentais também podem contribuir para a ruptura de estruturas de dominação e promover transformações sociais, a consolidação deste novo agir institucional poderá permitir uma atuação

³³ Chase, Oscar. Op. cit.

ainda mais efetiva da defensoria pública no intuito de modificar regras jurídicas, conferir-lhes interpretações diferentes ou influenciar a “penetração” daquelas mais favoráveis aos grupos vulneráveis. Em palavras simples, não só prova que a defensoria pública exerce importante papel enquanto *repeat player*, como também tem a aptidão para conferir-lhe impacto ainda maior.

Finalizando, admitir o ingresso da defensoria pública para atuar em defesa de grupos de pessoas vulneráveis com fundamento na promoção de direitos humanos fundamentais não pode ser considerado uma vitória simbólica, senão que representa importante metamorfose procedimental que pode contribuir para a consolidação de um processo civil menos individualista e mais inclusivo, dialógico, aberto a ouvir diferentes pontos de vista por meio dos quais o tema objeto do litígio possa ser analisado, tudo isso contribuindo para uma atuação mais legítima.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a atuação da defensoria pública enquanto terceiro interveniente no processo, investigando precisamente a sua aptidão para a promoção de impactos redistributivos e de transformação social, questionando, ainda, se a referida inovação doutrinária e jurisprudencial não representaria apenas uma conquista desprovida de concretude.

Em síntese, partindo-se de uma análise do processo sob um viés cultural, demonstra-se que o surgimento da tese na doutrina e a sua progressiva aceitação pela jurisprudência representam uma mudança nos valores da sociedade brasileira, razão pela qual não se trata de mera vitória simbólica.

A pesquisa demonstra, também, que a legitimidade da defensoria pública para intervir no processo como “guardiã dos vulneráveis” é extraída do art. 134 da Constituição da República, justificando-se para a defesa dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis.

O trabalho argumenta, ainda, que alterações nos mecanismos sociais de resolução de disputa, como é o caso da hipótese de intervenção *custos vulnerabilis*, são importantes fatores que contribuem para a mudança do *status quo*.

Por fim, conclui que o reconhecimento pela jurisprudência da tese de intervenção da defensoria pública enquanto curadora dos vulneráveis é resultado de atuação estratégica típica dos jogadores habituais, e caso se consolide poderá

contribuir sobretudo na formação de uma jurisprudência em prol dos grupos hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

- Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019;
- Borowski, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003;
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988;
- Chase, Oscar. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014;
- Damaška, Mirjan R. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. New Haven e London: Yale University, 1986.
- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- Diogenes, Fabiana.; Santiago, Nestor Eduardo Araruna. "A atuação penal da defensoria pública como custos vulnerabilis: uma manifestação do garantismo jurídico" en Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 21, n. 40, 2021, Santo Ângelo/RS, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 27-42.
- Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.
- Fiss, Owen. Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017. 344 p.
- Galanter, Marc. Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. 150 p.
- Gonçalves Filho, Edilson Santana; Rocha, Jorge Bheron; Maia, Maurilio Casas. Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020,
- Häberle, Peter. Los derechos fundamentales en el Estado prestacional. Lima: Palestra Editores, 2019.

Kennedy, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge e London: Harvard University Press, 1998. 424 p.

Maia, Maurilio Casas. “A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º.-A, I, LC N. 80/1994) e posições processuais dinâmicas” em Didier Jr., Fredie *et al* (Coord.). *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Maia, Maurilio Casas; Ramos Filho, Carlos Alberto. “Defensoria pública: expressão e instrumento do regime democrático: algumas considerações” em Maia, Maurilio Casas (Coord.). *Defensoria pública, Constituição e ciência política*. Salvador: Juspodivm, 2021

Osna, Gustavo. *Do "ceticismo moderado" ao "panprocessualismo": atando as pontas por um processo real*. 2016. 245 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

Osna, Gustavo. “‘Processo civil democrático’?: cantando ‘go Yankees’ no Fenway Park” em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 6, 2018, Lisboa, Universidade de Lisboa, p. 2019-2043;

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

Sarmiento, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Vitorelli, Edilson. “Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?” em *Revista de Processo*. v. 278, 2018, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Processual, p. 297-335.