



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

EDILSON SANTANA GONÇALVES FILHO

GRUPOS VULNERÁVEIS, ACESSO À JUSTIÇA E AÇÃO POPULAR

FORTALEZA

2022

EDILSON SANTANA GONÇALVES FILHO

GRUPOS VULNERÁVEIS, ACESSO À JUSTIÇA E AÇÃO POPULAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- G624g Gonçalves Filho, Edilson Santana.
Grupos Vulneráveis, Acesso à Justiça e Ação Popular / Edilson Santana Gonçalves Filho. – 2022.
238 f. : il. color.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.
1. Acesso à justiça. 2. Vulnerabilidade. 3. Ações coletivas. 4. Ação popular. 5. Assistência jurídica coletiva..
I. Título.

CDD 340

EDILSON SANTANA GONÇALVES FILHO

GRUPOS VULNERÁVEIS, ACESSO À JUSTIÇA E AÇÃO POPULAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: 24/03/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Dr^ª. Denise dos Santos Vasconcelos Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)

Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr.
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha família, pelo suporte incondicional.

Ao professor Felipe Braga Albuquerque, pelo acolhimento no programa de pós-graduação, desde os momentos mais iniciais.

Ao professor Hermes Zaneti Jr., pela experiência vivenciada junto ao Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC).

Ao professor Juvêncio Vasconcelos Viana e à professora Denise dos Santos Vasconcelos Silva, pelos valiosos apontamentos realizados no curso da pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Desde a mais tenra idade, toda a minha formação havia sido realizada em instituições de ensino privado, passando por pequenas escolas no interior do Estado do Ceará e, após, por um dos mais conceituados colégios da capital, até obter o título de bacharel e, na sequência, de especialista, em universidades igualmente particulares.

Ressentia-me da experiência em uma universidade pública, não só em razão do prestígio de que gozam essas instituições em nosso país, mas também pela própria vivência em si.

Nestes pouco mais de dois anos, pude vivenciar o ambiente acadêmico, senão em sua totalidade, em razão do contexto pandêmico causado pela disseminação da covid-19, da forma mais intensa que foi possível.

Saio melhor do que ingressei, com a certeza de que foi colocada mais uma peça neste quebra-cabeças que é nossa formação intelectual. Às pessoas envolvidas, neste ou noutro plano, a Deus ou alguma metafísica que o valha, fica o mais sincero agradecimento.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a ação popular e os demais institutos abordados ao longo do trabalho a partir do atual paradigma no qual estão inseridos. Assim, utiliza-se a ideia de vulnerabilidade, em lugar do tradicional enfrentamento dos temas (acesso à justiça, participação, processos etc.) sob o ângulo da pobreza (em seu sentido mais estrito, senão incompleto, de ausência de rendimentos monetários). Outras causas (a que se denominam “fatores de vulnerabilidade”) não são desconsideradas. Em geral, não estarão dissociadas umas das outras e serão verificáveis em conjunto, gerando uma espécie de interseccionalidade ou hipervulnerabilidade. A linha condutora do trabalho encontra-se na “participação” como aspecto que contribui para uma maior ou menor incidência desses fatores (e se revela, ela própria, como um deles, quando ausente), o que será levado em conta desde a perspectiva inicial do estudo. A evolução do processo para incluir também as ações coletivas, ao lado das individuais, possui também um significado político e social. Nenhuma novidade há nisso, embora, para alguns, a afirmação cause um certo estranhamento. Evidentemente, aqui a referência é ao sentido mais nobre da expressão, sem nada vinculado à política partidária, considerando que a ação coletiva pode constituir um fator de atenuação de certa desigualdade substancial das partes. No primeiro capítulo, busca-se investigar a relação entre grupos vulneráveis e a evolução do Estado de Direito. No segundo, aborda-se questões envolvendo o papel dos tribunais frente à efetivação do quadro normativo, a polêmica em torno da sua atividade criativa, o acesso à justiça à luz do Estado de Direito e a contribuição do Projeto Florença, especialmente no que concerne aos obstáculos relacionados à tutela de direitos coletivos, considerando a estreita relação entre a participação política, o princípio democrático, o exercício da cidadania, a atividade judicial e o processo. Será ainda objeto de análise a relação entre processo, democracia e participação. No terceiro capítulo, busca-se analisar o acesso à tutela coletiva direta, com vistas a abordagem da ação popular e seus aspectos processuais. Pontos inevitáveis, como os modelos de tutela coletiva e a questão em torno da legitimação do sujeito, membro ou não do grupo, estão presentes. Além disso, serão realizadas, de maneira tangencial, outras abordagens cujas fronteiras tocam o tema central, a exemplo do papel das instituições e da assistência jurídica.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Vulnerabilidade. Ações coletivas. Ação popular. Assistência jurídica coletiva.

ABSTRACT

This research aims to analyze the popular action, a type of class action, and other institutes approached throughout the work from the current paradigm in which they are inserted. Thus, the idea of vulnerability is used instead of the traditional confrontation of thematic (access to justice, participation, processes) from the angle of poverty (in its strictest, if not incomplete, sense of absence of monetary income). Other causes (which are called “vulnerability factors”) are not disregarded. In general, they will not be dissociated from one another and will be verifiable together, generating a kind of intersectionality or hyper-vulnerability. The guiding line of the work is the “participation” as an aspect that contributes to a greater or lesser incidence of these factors (and reveals itself as one of them, when absent), which will be considered from the initial perspective of the study. The evolution of the procedural law, to include collective actions alongside individual actions, also has political and social significance. There is nothing new, although for some the statement causes a certain strangeness. Evidently, here the reference is to the noblest sense of the expression, with nothing linked to party politics. The collective action can be a factor able to mitigate substantial inequality of the parties. In the first chapter, will be investigating the relationship between vulnerable groups and the evolution of the Rule of Law. In the second, questions involving the role of the courts in the implementation of the normative framework, the controversy surrounding their creative activity, access to justice in the context of Rule of Law and the contribution of the Florence Access-to-Justice Project, especially concerning the obstacles related to the protection of collective rights, considering the close relations between political participation, the democratic principle, the exercise of citizenship, judicial activity, and the process. The relation between process, democracy and participation will also be analyzed. In the third chapter will be analyze the access to collective protection by the own individual, with a view to approaching popular action and its procedural aspects. Inevitable points, such as the models of collective protection and the issue around the legitimacy of individuals, being or not being a member of the group, are present. In addition, other approaches whose borders touch the central theme will be carried out tangentially, such as the role of institutions and legal aid.

Keywords: Access to justice. Vulnerability. Class actions. Popular action. Legal aid.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA INCLUSÃO DE INDIVÍDUOS E GRUPOS VULNERÁVEIS	15
2.1	A identificação da pessoa a partir do <i>status</i> derivado de um grupo e a valorização da igualdade	16
2.2	A revolução do Terceiro Estado	24
2.3	O surgimento do Estado Liberal de Direito como consolidação das aspirações de um grupo	28
2.4	A demanda social do Quarto Estado	30
2.5	A busca por inclusão democrática (O Estado Democrático de Direito) e a relação entre indivíduos e coletividades	37
2.6	A pandemia da primeira metade do século XXI e a reafirmação da coletividade como unidade no Estado Pós-Moderno	44
2.7	Da enunciação de direitos à participação	47
2.8	Notas conclusivas ao primeiro capítulo e introdutórias ao seguinte	50
3	ACESSO À JUSTIÇA, PODER JUDICIÁRIO, PARTICIPAÇÃO E PROCESSO	54
3.1	Atividade judicial: entre o político e o jurídico	55
3.2	Atividade criativa, ativismo judicial e efetivação do quadro normativo	59
3.2.1	O acesso à justiça no Estado de Direito	68
3.3	A contribuição do Projeto Florença	74
3.3.1	Os problemas relacionados à defesa de direitos difusos como obstáculos ao acesso à justiça	78
3.4	Processo, democracia e participação	82
3.5	Outras considerações sobre o atual estado de arte e a ampliação de enfoques extremamente voltados à individualização dos litígios: a massificação ou judicialização em seu aspecto quantitativo	99
4	TUTELA COLETIVA, A QUESTÃO DA INICIATIVA DIRETA DO MEMBRO DO GRUPO OU POR REPRESENTAÇÃO E A AÇÃO POPULAR	105
4.1	Modelos-padrão (<i>standards</i>) de tutela coletiva: ações associativas e <i>class actions</i>	114
4.2	Representação (adequada) do legitimado	120

4.3	Ação Popular	129
4.3.1	Definição	135
4.3.2	Origem e história da ação popular	139
4.3.3	Objeto e legitimidade	151
4.3.4	Outras questões processuais relevantes da Lei 4.717/65	169
4.3.5	Suporte institucional ao indivíduo: o papel do <i>custos iuris</i> e do <i>custos vulnerabilis nas</i> ações populares	179
4.4	Assistência jurídica aos vulneráveis	185
4.4.1	Assistência jurídica como dever jurídico e o enfoque <i>judicare</i> na experiência francesa	187
4.4.2	Enfoque no modelo <i>salaried staff</i> : um caminho diferente, mas não isento de obstáculos	188
4.4.2.1	<i>A experiência dos Estados Unidos: um modelo construído a partir de processos</i> <i>estruturais</i>	189
4.4.2.2	<i>A experiência do Brasil: um modelo constitucional criado a partir da atividade</i> <i>legislativa e da experimentação dos entes federados</i>	196
4.4.3	Influxos para ampliar o alcance e a efetividade da assistência jurídica: programas para grupos específicos, busca ativa e outros enfoques	201
4.4.4	Controle de representação em dois filtros	207
5	CONCLUSÕES	210
	REFERÊNCIAS	226

1 INTRODUÇÃO

Em alguma medida, todos são vulneráveis ou, melhor dizendo, estarão vulnerabilizados, em maior ou menor escala, em determinadas situações. A vulnerabilidade é, antes de tudo, uma questão de avaliar, na realidade concreta, a posição pessoal em face de algum parâmetro, aferindo o descompasso de uns em relação aos outros. Entre suas causas, incluem-se diversos fatores, como a pobreza, a marginalização, os estigmas sociais etc. Até que ponto eles influenciam, é dizer, em que medida colocam a pessoa em situação de desvantagem, é aspecto que necessita de uma avaliação no caso concreto, embora, para certas situações, possa haver uma presunção. Por exemplo, quando o indivíduo que faz parte de um dos denominados grupos minoritários, em razão do que a própria identificação enquanto pertencente àquela coletividade faz presumir a vulnerabilização.

Tome-se a hipotética situação de alguém com poucos recursos econômicos que necessita recorrer ao Poder Judiciário. Até que ponto a pobreza é um aspecto vulnerabilizante? Nesse caso, isso se revela na medida em que tal fator (a hipossuficiência econômica) impede o acesso à justiça. Em outra situação, imagine-se uma mulher que pretende concorrer a um cargo político. Ao analisar o caso concreto, deve-se verificar se as regras de eleição envolvem a possibilidade de mulheres concorrerem. Ainda, qual o contexto sociocultural: Trata-se de uma sociedade misógina? As condições são igualitárias para homens e mulheres? Os exemplos são vastos e podem evolver as mais diversas questões.

O segundo exemplo, assim como tantos outros que poderiam ser utilizados neste introito, demonstra que aqueles fatores de vulnerabilidade, antes referidos, não se resumem a uma questão meramente financeira, senão também envolvem aspectos ligados ao padrão cultural-valorativo das sociedades, que geram injustiças ligadas tanto à economia, quanto à cultura. Questões como o gênero e a raça bem exemplificam esse ponto. São mencionados por Axel Honneth e Nancy Fraser¹ como problemas que exigem uma abordagem bivalente, é dizer, exigem não só um remédio voltado à redistribuição econômica, mas também à revalorização do grupo, à diversidade cultural, aos padrões de representação, de comunicação, de reconhecimento, ou seja, à transformação da cultura social. A própria pobreza deve ser vista, de forma mais ampla, como a privação de capacidades básicas, o que vai além de seu conceito tradicional de identificação pelo baixo nível de renda. Essa consideração, ressaltada por

¹ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. New York: Verso, 2003. p. 7-26.

Amartya Sen², é importante para que não sejam olvidados outros aspectos, como sexuais, sociais, diferenças em razão da localização territorial, idade, questões epidemiológicas, pertencimento a certas coletividades, enfim, variáveis a partir das quais surgem obstáculos para que algumas pessoas ou grupos de indivíduos participem da vida em comunidade. “Uma pessoa com renda elevada mas sem oportunidade de participação política não é ‘pobre’ no sentido usual, porém claramente é pobre no que diz respeito a uma liberdade importante”³. É também o caso de alguém com boas condições financeiras, mas com grave problema de saúde, que chega a comprometer a sua própria capacidade de acessar a justiça. Por esse motivo, pode receber benefícios, como o gozo de vantagens processuais, que envolvem a gratuidade de taxas judiciárias e a assistência jurídica pública.

Justifica-se, portanto, por que no presente estudo se utilizou a ideia de vulnerabilidade, em lugar do tradicional enfrentamento dos temas (acesso à justiça, participação, processos etc.) sob o ângulo da pobreza (em seu sentido mais estrito – senão incompleto – de ausência de rendimentos monetários). Além disso, não se desconsiderará que aquelas causas (denominados acima como fatores de vulnerabilidade), em geral, não estarão dissociadas umas das outras e serão verificáveis em conjunto, gerando uma espécie de interseccionalidade ou hipervulnerabilidade. A linha condutora do trabalho encontra-se na “participação” como aspecto que contribui para uma maior ou menor incidência desses fatores (e se revela, ela própria, como um deles, quando ausente), o que será levado em conta desde a perspectiva inicial do estudo.

A evolução do processo para incluir também as ações coletivas, ao lado das individuais, possui também um significado político e social. Nenhuma novidade há nisso, embora em alguns a afirmação cause um certo estranhamento. Evidentemente, aqui a referência é ao “sentido mais nobre da expressão, sem nada de vinculado à política partidária, na medida em que a facilitação da Ação Coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes”⁴, como anotava Barbosa Moreira há mais de trinta anos, em artigo no qual analisou as ações coletivas na então nova Constituição Federal do República Federativa do Brasil.

No primeiro capítulo deste estudo, busca-se investigar a relação entre grupos vulneráveis e a evolução do Estado de Direito. Essa discussão, apesar de aparentemente se

² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 109-134.

³ *Ibid.*, p. 117.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

encontrar desvinculada da proposta central do estudo, justifica-se por ser fundamental compreender os movimentos que se sucedem nos últimos séculos, guiados por uma linha que, em sua ponta inicial, parte da ideia de limitação do poder e do ideal de liberdade e igualdade universal, chegando até os dias atuais influenciando fortemente o delineamento da organização do Estado Democrático de Direito, no qual a nota libertária-igualitária é acompanhada pela possibilidade de efetiva participação nos rumos da coisa pública. Embora isso seja mais frequentemente analisado no campo eminentemente político (nas esferas do Executivo e do Legislativo), também se aplica ao âmbito do sistema de justiça. Sem descuidar de suas raízes históricas, é nesse contexto que a ação popular será analisada no presente trabalho, enquanto instrumento de participação que contribui com o processo de inclusão por meio da tutela de interesses coletivos, atentando-se para a necessidade de adaptações para a melhoria desta garantia constitucional à luz de sua função moderna.

Nesse sentido, verificar-se-á de que modo as revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII, especialmente a francesa, deram início a um ciclo, com propensão universal, que ainda não se completou totalmente, voltado à busca de inclusão e participação na formação da vontade pública. Traçando-se uma linha de pensamento que se inicia com o crepúsculo de uma visão meramente organicista, encadeando-se as cenas seguintes, com o surgimento do Estado Liberal e sua posterior evolução para o Estado Social e, finalmente, o chamado Estado Democrático, observa-se a constante permanência de coletividades à margem das estruturas sociais decisórias, dentro de um processo histórico marcado pela contínua busca por igualdade e liberdade.

A ideia de liberdade pressupõe a igualdade social, que se expressa através dos pressupostos fáticos necessários ao seu exercício. Em seu aspecto jurídico-processual, a liberdade cristaliza-se no *status activus processualis*⁵, que representa a materialização do conjunto das normas e formas que regulam a participação no processo. Segundo a classificação desenvolvida por Jellinek⁶, a partir da posição da pessoa é possível identificar quatro *status* com relação aos seus direitos fundamentais: o negativo (*status libertatis*), relativo à esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, revelando uma esfera de não intervenção; o passivo (*status subjectionis* ou subserviente), esse concernente às obrigações do indivíduo face a sua sujeição ao Estado; o positivo (*status civitatis*), tido como a capacidade protegida juridicamente

⁵ HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 55, p. 183-190, 2014.

⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado [Allgemeine Staatslehre]**. Tradução de Ferando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 388-391.

de exigir prestações positivas do Estado, ou seja, o direito do cidadão à atuação estatal positiva; o ativo (*status activus* ou da cidadania ativa), que se relaciona com os direitos que tenham como objeto a participação do cidadão na formação da vontade estatal. Diz respeito, portanto, à participação do indivíduo na construção e no desenvolvimento da sociedade de que faz parte.

O *status* ativo (*status activus*) é decorrência de uma posição mais ampla da personalidade, alcançando a participação na atividade do Estado. “Daí resulta, então, uma situação de cidadão ativo, que na concepção dos antigos equivale a dizer, simplesmente, cidadão (tradução nossa)”⁷. A partir da abordagem de Jellinek, Peter Häberle desenvolve derivações do *status* ativo, quais sejam: *o status activus politicus e o status activus processualis*⁸. Essas ramificações relacionam-se com a capacidade de participar dos procedimentos dos quais resultam a formação da vontade do poder público, manifestando-se, sendo ouvido e, mais do que isso, podendo influenciar realmente no destino destes processos.

O *status activus politicus* dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos de participação, também designados como direitos de configuração. É decorrente da relação entre muitos direitos fundamentais e seu aspecto público, político e democrático, como é o caso da liberdade de reunião ou de manifestação. Inclui-se aí, tradicionalmente, o direito de participar da vida política por meio das eleições, exercitando o direito ao voto ou de ser votado. Por sua vez, o *status activus processualis* se refere à proteção dos direitos através da organização e do processo. A salvaguarda dos direitos de cidadãos e de grupos (*status corporativus*) exige a necessária atuação por parte do Estado neste aspecto.

No segundo capítulo, considerando a estreita relação entre a participação política, o princípio democrático, o exercício da cidadania, a atividade judicial e o processo, aborda-se questões envolvendo o papel dos tribunais frente à efetivação do quadro normativo, a polêmica em torno da atividade de criação do direito, o acesso à justiça à luz do Estado Direito e a contribuição do Projeto Florença, especialmente no que concerne aos obstáculos concernentes à tutela de direitos coletivos. Será ainda objeto de análise a relação entre processo, democracia e participação.

O acesso à justiça, como liberdade fundamental, vale também em relação aos grupos e aos seus interesses? Se a resposta for positiva, é possível afirmar que a liberdade se materializa também no acesso à justiça pelas coletividades. É certo que, diante da complexidade

⁷ “De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano” (JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado [Allgemeine Staatslehre]**. Tradução de Ferando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 391).

⁸ HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 55, p. 183-190, 2014.

da sociedade moderna a Justiça não é invocada somente em face de violações individuais, mas em questões que envolvem indivíduos, grupos, classes e reagrupamentos espontâneos (os *corpi intermedi* ou corpos intermediários)⁹. Não por acaso os diplomas modernos, incluindo as cartas constitucionais, vão além dos direitos individuais de inspiração liberal, prevendo os metaindividuais. Esta é uma das notas caracterizadoras do Direito judiciário contemporâneo. Negar o fenômeno e as transformações que daí decorrem, insistindo em um modelo de caráter eminentemente individualista, equivale à negação de justiciabilidade nessas situações jurídicas coletivas.

Uma vez estabelecida essa premissa, surge a questão de se saber quem é o legitimado (quem tem o *locus standi* ou *standing*) para representar o interesse coletivo em juízo, ou seja, quem é a justa parte para agir em processos que envolvem interesses difusos. O terceiro capítulo busca analisar o acesso à tutela coletiva direta, com vistas à abordagem da ação popular e seus aspectos processuais. Pontos inevitáveis, como os modelos de tutela coletiva e a questão em torno da legitimação do sujeito, membro ou não do grupo, estão presentes. Além disso, serão realizadas, de maneira tangencial, outras abordagens cujas fronteiras tocam o tema central, a exemplo do papel das instituições e da assistência jurídica. Esta última na perspectiva de contribuir para o desenvolvimento de um garantismo social ou coletivo às camadas mais vulnerabilizadas, o qual, ao lado do garantismo individual, refere-se às garantias processuais (em particular ao contraditório) nas ações coletivas, englobando o direito de ter voz (*fair hearing*) nestes processos.

Para a organização do estudo, duas obras contribuíram significativamente: “Como Se Faz uma Tese”, de Humberto Eco¹⁰ e “A Estrutura das Revoluções Científicas”, de Thomas Kuhn¹¹. A primeira, especialmente no tocante à seleção de materiais, registros de pontos relevantes e cruzamento de informações de fontes diversas. A segunda, no que diz respeito à estruturação mental das ideias, a partir da concepção da ciência normal, paradigma e revoluções científicas. A pesquisa foi realizada utilizando-se do método qualitativo-quantitativo. É do tipo exploratória, descritiva, explicativa e propositiva, além de bibliográfica. Explorou-se a doutrina, instrumentos normativos, a jurisprudência, estudos de dados levantados e de casos, com uso também da taxonomia e jurimetria. Teve como base a literatura já disponibilizada na

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

¹⁰ ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 27. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

¹¹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

forma de publicações, artigos científicos, livros, pesquisas, monografias, teses e jurisprudência, visando ao estabelecimento de pressupostos adequados para uma abordagem analítica.

2 O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA INCLUSÃO DE INDIVÍDUOS E GRUPOS VULNERÁVEIS

O presente capítulo busca investigar a relação entre grupos vulneráveis e a evolução do Estado de Direito. Nesse sentido, demonstra-se que as revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII, especialmente a francesa, deram início a um ciclo, com propensão universal, que ainda não se completou totalmente, voltado para a busca de inclusão e participação na formação da vontade pública. Traça-se uma linha de pensamento que se inicia com o obscurecimento de uma visão meramente organicista, encadeando-se as cenas seguintes, com o surgimento do Estado Liberal e sua posterior evolução para o Estado Social e, finalmente, o chamado Estado Democrático, observando-se a constante permanência de coletividades à margem das estruturas sociais decisórias, dentro de um processo histórico marcado pela contínua busca pela igualdade e liberdade.

O termo “liberdade”, até as revoluções oitocentistas, se ligava à ideia de liberdade restaurada, incluindo os chamados direitos civis. Excluído, todavia, o direito (político) de participar nos assuntos públicos. É o que observou Hanna Arendt, indicando que aqueles direitos (civis) “resultam da libertação, mas não são de modo algum o conteúdo real liberdade, cuja essência é a admissão no âmbito público e a sua participação nos assuntos públicos”¹². Libertação, para Arendt¹³, é uma condição da liberdade, embora não seja dela resultado necessário (pode haver libertação sem que daí resulte a liberdade). A primeira (libertação) relaciona-se com o livrar-se da opressão. A segunda (liberdade) tem a ver com a possibilidade de viver uma vida política. Portanto, é a capacidade de participar. Essa liberdade, ligada a esse modo de vida político, só pode se desenvolver na república¹⁴. Seu ambiente, por excelência, é a democracia¹⁵.

É isso que buscam as revoluções: tanto libertação quanto liberdade. A última exige igualdade entre pares. Para atingi-la, é preciso a libertação, que significa estar livre para a liberdade, tanto no que diz respeito à opressão (do poder despótico ou absoluto, nos tempos das revoluções oitocentistas), mas também das necessidades (como aquelas decorrentes da pobreza,

¹² ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* A autora observa ainda que a *libertação* da opressão pode ser realizada na monarquia, desde que não seja tirânica. No entanto, no que diz respeito à liberdade (participação na vida política), somente a em uma república pode se desenvolver.

¹⁵ Em seu aspecto jurídico-processual, a liberdade cristaliza-se no *status activus processualis*, que representa a materialização do conjunto das normas e formas que regulam a participação processual. No âmbito da tutela coletiva, a legitimação do indivíduo é, no Brasil, reconhecida através da ação popular.

aqui considerada em sentido amplo, como indicado na introdução deste trabalho). Foi a revolução francesa que mostrou que a liberdade para ser livre tem sido um privilégio de poucos e, “embora tenha terminado em um lúgubre fracasso, permaneceu decisiva para todas as revoluções posteriores. Ela mostrou o que significava na prática a nova fórmula, a saber: todos os homens são criados iguais”¹⁶.

A evolução do processo para incluir também as ações coletivas, ao lado das individuais, possui também um significado político e social. Evidentemente, aqui a referência é ao “sentido mais nobre da expressão, sem nada vinculado à política partidária, na medida em que a facilitação da Ação Coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes”¹⁷.

A estreita relação entre a participação política e o que hoje se denomina grupos vulneráveis indica o foco e os limites deste capítulo. Nele se fará uma digressão, importante para o desenvolvimento e compreensão dos capítulos seguintes, embora cada um deles possa ser lido de maneira isolada. Serão ainda realizadas, de maneira tangencial, outras abordagens cujas fronteiras com o tema central (do capítulo) não sejam muito claras.

Além disso, a abordagem deste capítulo com relação ao conceito de vulneráveis se dará a partir, sobretudo, da teoria política, relativamente à constatação da existência de grupos cujos membros são identificáveis por elementos comuns, que os colocam, em considerável grau, em desvantagem social, à margem da participação na esfera pública e da efetivação de direitos e que, no processo histórico, buscam inclusão, impulsionados por um ideal igualitário. Ao longo do texto, procurar-se-á demonstrar as evidências que levam a essas conclusões.

2.1 A identificação da pessoa a partir do *status* derivado de um grupo e a valorização da igualdade

A leitura que se tem feito da história demonstra a existência de uma constante busca de espaços por grupos historicamente excluídos, os quais, incessantemente, procuram participar da vida pública política, como sujeitos de direitos. O cenário atual, que começa com o advento do Estado Moderno, é assim marcado, desde as investidas contra o absolutismo, identificando-se, já naquele período, os anseios de certos movimentos que, não se sabe ao certo se de forma

¹⁶ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

proposital, conduziram o povo (aqui em referência à maior parte da população, excluída) ou a nação às revoluções do final dos séculos XVII (na Inglaterra) e XVIII (nos Estados Unidos e França). Especialmente no último caso, o movimento possuía um propósito universal, de ideologia universalista – traço que o distinguia dos documentos ingleses (*Magna Carta*, *Bill of Rights*, *Instrumento of Government*) e americanos (*Cartas Coloniais e Pacto Federativo da Filadélfia*) –, culminando com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem (1789), “uma declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada”¹⁸.

Antes disso, é dizer, até o chamado Antigo Regime, em um período pré-constitucional, verificava-se um sistema social baseado em radical pluralidade de *status* humanos: nobres, eclesiásticos, burgueses, católicos, praticantes de outras religiões, pai e filhos, homens e mulheres etc. O homem não existia enquanto sujeito individualizado, sobretudo para o direito. A própria noção de pessoa era aleatória e se traduzia em composições transpessoais, representando um coletivo de indivíduos. Como informa Bartolomé Clavero, uma “unidade de muitas pessoas”¹⁹, expressão etimologicamente paradoxal, mas que bem descreve o contexto. Enfim, uma ficção, gênero de representação que figurava mais visível do que o próprio corpo individual, considerado somente sob o aspecto fisiológico-material puro (assunto, portanto, da medicina) ou em uma perspectiva mística (matéria da teologia, sintetizada na frase “*anima est plus quam corpus*”²⁰). O *corpus* aparecia como referência aos entes coletivos, como as corporações. Em alguns tratados encontra-se referência à pessoa miserável, mas como objeto de amparo e não como sujeito individualizado. Outros documentos reservavam especial consideração à mulher, aos familiares, aos religiosos, a outros estamentos, porém, sempre na perspectiva de *status* de um grupo.

Nesse sentido, estudo realizado por Vitor Hugo Siqueira de Assis, ao analisar as questões em torno da necessidade de nomeação de curadores à pessoas escravizadas, em ações de liberdade, aponta a celeuma que ocorria a partir da previsão do título 5, §§3º a 5º, livro três, das Ordenações Filipinas, em que se dispunha que órfãos, viúvas ou outras pessoas miseráveis poderiam escolher curadores a fim de suprir suas incapacidades em administrar seus interesses, sendo que o conceito de miserável não era estabelecido pela norma, o que motivava debates sobre seu alcance, para ampliá-lo ou restringi-lo. Ainda, observa que, com a edição do Aviso

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 586.

¹⁹ CLAVERO, Bartolomé. **Sujeto de derecho**: entre estado, género y cultura. Santiago: Ediciones Olejnik, 2016. p. 21.

²⁰ O princípio vital (ou a alma) é mais do que um organismo (tradução nossa).

61, determinou-se “que fossem considerados miseráveis, para os termos da lei, os pobres, os cativos, os presos em cumprimento de sentença, os loucos, entre outros”²¹, ou seja, mesmo editado já em 1843, o diploma ainda adotava aquela lógica. Em outro trecho do seu trabalho, ao mencionar o Aviso 25 de 1843, o autor observa que a população de escravizados era inserida na categoria jurídica de miseráveis, juntamente com viúvas e órfãos²². Com efeito, o termo *miserabilis* era conceito vago e se referia a todo aquele cuja natureza move o amparo por piedade, inicialmente ligado à jurisdição eclesiástica. “Poderiam ser percebidos como miseráveis: viúvas, cegos, incapazes, velhos, cristãos-novos, estudantes, peregrinos, mercadores estrangeiros, escravos alforriados, penitentes públicos, órfãos, crianças, leprosos, enjeitados”²³.

A capacidade do sujeito se produzia mediante seu enquadramento e sua participação em determinado agrupamento (por corporação ou linhagem) e, conseqüentemente, nos estados, havendo aí uma modulação do sujeito individualmente considerado. O ser humano não existia como tal para o direito. O conceito de sujeito, como individualidade, era tema, para este, desconhecido, já que o ordenamento não reconhecia uma categoria própria de indivíduo.

Essa pluralidade, do medievo até o fim do Antigo Regime (séculos V ao XVIII), em alguma medida também aparece no pluralismo jurídico, com a convivência de diversos ordenamentos jurídicos (inclusive dentro de uma mesma comunidade ou reino), entendidos como conjunto de regras (ainda não sob a forma de sistemas), que coexistiam e se relacionavam com um direito comum na Europa ocidental, alcançando as possessões ultramarinas europeias na América e partes da África e da Ásia, como informa estudo feito e publicado por Gustavo César Machado²⁴.

Em um sistema baseado em corporações, não havia preocupação com o indivíduo e, portanto, com a igualdade. Cada um ocupava lugar e função natural. Ausente a separação entre pessoa (tradicionalmente, algo que se possuía e não o que se era) e coisa. A personalidade, em decorrência, não se definia como individualidade, mas pelo *status*, por estado ou condição social, política ou familiar:

²¹ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. **Entre togas e grilhões**: o acesso à justiça dos escravizados no Maranhão oitocentista (1860-1888). 2020. 170 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020. p. 40.

²² *Ibid.*, p. 76.

²³ FRANCO, Renato; PATUZZI, Silvia. Governar a miséria: escravidão, pobreza e caridade na América portuguesa no início do século XVIII. **Revista de História**, n. 17, p. 1-27, 2019.

²⁴ CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 132.

El mismo substantivo de individuo, término al cabo también antiguo, como unidad que se entiende indivisible, igual más tarde que átomo, irá asentándose para significar el componente humano o miembro de um cuerpo colectivo, la entidad social que así entonces importa, pues no lo hace el hombre mismo cual criatura suficiente²⁵.

Essa forma de pensar vai sendo remoldada com o passar dos séculos. Segundo a teoria da dupla herança, a evolução humana se caracteriza pelo entrelaçamento de dois tipos de legados: o genético e o cultural, esta considerada como a informação capaz de afetar o comportamento dos indivíduos, sendo adquirida de outras pessoas e transmitidas socialmente, a partir da tradição, do ensino, da observação, da imitação e por outras formas variadas. Neste contexto, um povo ou uma sociedade adquire, através de uma espécie de aprendizado social, crenças, valores e habilidades que persistem na linguagem, no costume, nos valores morais etc., formando o que pode ser chamado de pensamento populacional²⁶.

Por meio da acumulação cultural, cada geração é capaz de agregar melhorias aos valores da anterior, assim como transmiti-las à seguinte²⁷. Certas variantes culturais, que dependem de determinadas forças, sejam aleatórias, sejam aquelas que derivam da tomada de decisões, se disseminam, enquanto outras tendem a desaparecer neste processo. Assim como os genes, a cultura forma um sistema de herança, que evolui com o tempo e envolve várias gerações. Segundo esta perspectiva, ao lado da triagem genética, a dinâmica da evolução cultural possibilita condições para que ocorra, também, uma seleção de valores e de grupos, considerando, inclusive, que os conflitos entre eles constituem fator comum ao longo da história.

Como consequência, desenvolve-se uma espécie de mente normativa, é dizer, capaz de racionar a partir de normas sociais. Composta por uma rede cultural identificável através de marcadores simbólicos, que sinalizam a pertença à determinada comunidade moral a partir da verificação da aplicação das próprias regras que fazem parte de sua cultura, dão origem aos sistemas normativos humanos (direito, moral, religião). Os marcadores simbólicos, portanto, são valores morais comuns, compartilhados por uma comunidade, que ligam um indivíduo emocionalmente ao grupo e servem para identificar quem pertence ou não a ele (hinos, bandeiras, uniforme, língua etc.).

²⁵ CLAVERO, Bartolomé. **Sujeto de derecho**: entre estado, género y cultura. Santiago: Ediciones Olejnik, 2016. p. 42.

²⁶ Sobre a teoria da dupla herança e sua relação com a formação do pensamento jurídico, ver: ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. As origens evolutivas da cooperação humana e suas implicações para a teoria do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, 9 (1), p. 243-268, jan./jun. 2013.

²⁷ Nesse cenário, a antiga *actio popularis* e moderno conceito de ação popular, por exemplo, se relacionam e devem ser levados em consideração para o estudo e o aprimoramento do instrumento processual.

Esse processo revela uma das formas que podem servir para justificar racionalmente a formação de uma psicologia humana que valoriza a igualdade, caracterizada pela adoção de mentes normativas igualitárias. “Nossos ancestrais tornaram-se igualitários em razão de fatores culturais – que, em contrapartida, favorecem a seleção de uma psicologia igualitária”²⁸ que impulsiona ao ideal de hierarquia representada por uma pirâmide invertida, na qual, diversamente do que seria esperado em um escalonamento tradicional, quem está no topo deve obediência às normas comunitárias, e não o contrário.

Aquela antiga forma de pensar se obscurece durante a Idade Moderna²⁹, dando lugar a uma antropologia individualista, rumando a uma categoria de homem que se afirma ulteriormente como sujeito e que começa a dar sinais durante o século XVIII, época em que, embora ainda não houvesse um sistema constituído neste sentido, já se anunciava o câmbio antropológico, desde a Inglaterra, de onde ecoava o conceito de *corpus* de Hobbes, já destituído do místico, porta de entrada da ideia do indivíduo como ator jurídico, sujeito de direitos e dos próprios direitos de liberdade³⁰. Não é outra a constatação de Clavero, ao comparar as literaturas *De Corpore*, de Francesco Baronio com *De Corpore*, de Hobbes, sendo que a primeira, escrita um pouco antes da segunda, ainda trazia uma abordagem com foco na mística religiosa. “*Dejado al margen el corpus misticum, se había quedado realmente sin cuerpo*”³¹. O mesmo caminho segue a percepção de Bauman, para quem “a apresentação dos membros como indivíduos é marca registrada da sociedade moderna”³².

²⁸ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. As origens evolutivas da cooperação humana e suas implicações para a teoria do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, 9 (1), p. 243-268, jan./jun. 2013.

²⁹ Como esclarece Hespanha, “[...] pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade são termos correntes na teoria social contemporânea para designar – embora com indecisões e discrepâncias temporais e conceituais – grandes épocas de autocompreensão do mundo humano, pelo menos durante o último milênio” (HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91). Seguindo esta linha, adota-se aqui a divisão que classifica os períodos em *Idade Antiga* (que tem como marco final a queda do Império Romano do Ocidente - 476 d.c., ou seja, até o século V), *Idade Média* ou *Medievo* (que vai desde o século V até o século XV, tendo como marco final a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453), *Idade Moderna* (que se estende do final do século XV até as Revoluções no século XVIII, mais especificamente a francesa, em 1789) e *Pós-moderna* (que se estende até os dias atuais). No contexto da Idade Moderna estará inserido o Antigo Regime (situado entre o fim do medievo até seu ocaso, com as revoluções do final do século XVIII). Em algumas menções à modernidade, todavia, estar-se-á a se referir ao período que se estende até os dias atuais, inclusive como forma de evitar confusões decorrentes dos debates acerca do início ou das etapas da pós-modernidade (primeira e segunda pós-modernidade) e considerando a conclusão a que chegou a presente pesquisa: de que o ciclo iniciado com as revoluções dos séculos XVII e XVIII não se completou.

³⁰ A contribuição de Hobbes é hoje reconhecida amplamente pela doutrina como ponto de partida para o desenvolvimento das ideias que vão se consolidar nas décadas seguintes, embora não ofereça uma solução constitucional, senão apresente o Leviatã, que, para amparar o indivíduo e suas necessidades próprias, para garantir a liberdade, deveria ser constituído em Estado com objetivos jurídicos, mas sem ordem constitucional e procurando evitar a soberania popular, que passa, todavia, a ganhar mais relevo à frente, especialmente a partir das publicações de autores como Montesquieu e Rousseau.

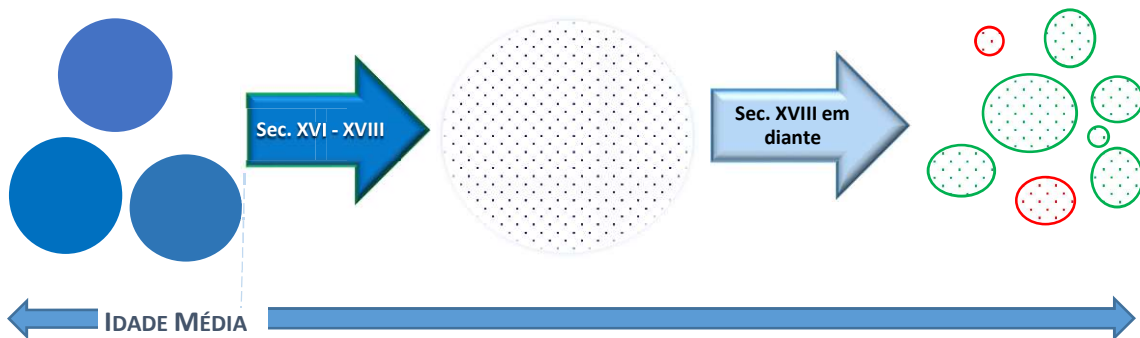
³¹ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, p. 33.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 43.

A chave da virada foi a unificação de toda a pluralidade em uma só classe: o ser humano. Segue-se, assim, a um conceito individual de pessoa, com efeitos jurídicos, a saber, o homem como uma construção intelectual (sujeito de manifestações e condutas e, portanto, pessoa para o direito), da qual resulta a categoria. Com efeito, a posição do sujeito após seu câmbio antropológico representou uma revolução social, nada obstante as resistências enfrentadas.

O Estado político é constituído, vindo, o próprio, a declarar os direitos do homem e do cidadão, ou seja, já não mais de certas classes ou grupos. Estado e indivíduo como ator jurídico exurgem e seguem como entidades interconectadas, resultado desse processo histórico, relacionando-se entre si. Junto ao conceito de Estado como instituição, pode se fazer visível a noção do ser individual, como sujeito de direitos, marcando, também, o nascimento da história constitucional:

Figura 1 – Linha Ilustrativa da noção de grupos e indivíduos dentro do processo histórico



● GRUPOS FORMADOS A PARTIR DE CRITÉRIOS, COMO A LINHAGEM OU CORPORAÇÕES (NOBREZA, CLERO ETC.), REPRESENTATIVOS DE DETERMINADO STATUS SOCIAL. DESCONSIDERAVA-SE O SUJEITO ENQUANTO INDIVÍDUO AUTÔNOMO. SUA EXISTÊNCIA SE VINCULAVA AO PERTENCIMENTO A UM AGRUPAMENTO, DO QUAL DERIVAVAM (OU NÃO) CERTOS PRIVILÉGIOS.

● INDIVÍDUOS PASSAM A SER CONSIDERADOS ENQUANTO SUJEITOS AUTÔNOMOS, CATEGORIA PRÓPRIA E ATOMIZADA, DECORRENDO SEUS DIREITOS, EM TESE, DE SUA PRÓPRIA CONDIÇÃO PESSOAL. SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA: A NOÇÃO DO SER INDIVIDUAL, COMO SUJEITO DE DIREITOS; O SER HUMANO, ENQUANTO CARACTERÍSTICA PRIMEIRA E ESSENCIAL A UM GRANDE GRUPO DO QUAL DECORREM IDEAIS IGUALITÁRIOS.

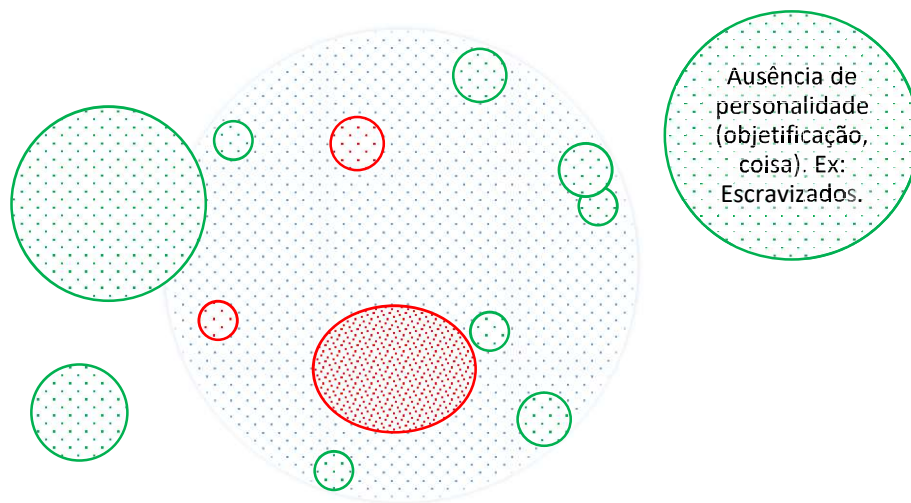
● GRUPOS FORMADOS POR INDIVÍDUOS. NÃO SE DESCONSIDERA AS INDIVIDUALIDADES E A DIGNIDADE DE CADA PARTE DO TODO, NADA OBSTANTE TAMBÉM SE VERIFIQUE QUE SE LIGAM POR FATORES COMUNS E QUE EXISTA DIFERENÇAS ENTRE PESSOAS E GRUPOS, A PONTO DE COLOCAR ALGUNS EM POSIÇÃO DE VULNERABILIDADE POLÍTICO-SOCIAL.

Fonte: Elaborada pelo autor.

Apesar de ser sujeito de direito no âmbito civil, o indivíduo, no campo político, permanece como objeto³³, com capacidade política ligada ao *status*, questão que irá ocupar grande parte dos debates sociais das décadas seguintes.

A relação entre indivíduos, grupos e vulnerabilidade, pode ser ilustrada pela Figura 2, na qual os círculos (grupos) e os pontos (indivíduos) não são estáticos, podendo mover-se, alterando sua posição em determinado contexto histórico-sociocultural:

Figura 2 – Relação (não estática) entre indivíduos, grupos e vulnerabilidade



INDIVÍDUOS.

GRANDE GRUPO LIGADO POR FATOR COMUM GERAL (SER HUMANO), DOTADOS DE PERSONALIDADE, OU SEJA, GRUPO DE PESSOAS.

GRUPOS DE PESSOAS COM PARTICIPAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO POLÍTICO-SOCIAL. NA IMAGEM, A VULNERABILIDADE É DEMONSTRADA A PARTIR DE FATORES QUE AFASTAM E EXCLUEM OS GRUPOS E INDIVÍDUOS DESTA CÍRCULO.

GRUPOS VULNERÁVEIS, LIGADOS POR FATORES COMUNS E FORA DAS ESFERAS DE PARTICIPAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO POLÍTICO-SOCIAL.

Fonte: Elaborada pelo autor.

Sem desprezar o problema derivado do fato de que a história oficial e o estudo do Estado (e, por consequência, do constitucionalismo) ocidental foram, até a segunda metade do século XX, demasiadamente centrados em *standards* europeus – ou seja, que “a história jurídica

³³ CLAVERO, Bartolomé. **Sujeto de derecho**: entre estado, género y cultura. Santiago: Ediciones Olejnik, 2016. p. 40-49.

das periferias é constantemente medida em relação ao centro”³⁴ –, não se pode desconsiderar, até como consequência destes mesmos fenômenos e suas influências, que as implicações das ideias revolucionárias se espalharam para todo ocidente, motivo pelo qual se adota este ponto de partida, que pode ser visto como comum aos países ocidentais influenciados pela cultura europeia, inclusive as então colônias, como é o caso do Brasil e de tantos outros.

Parece inegável haver um eixo central quanto às ideias político-filosóficas que inspiraram os diversos movimentos que motivaram grandes transformações ocorridas durante os séculos XVIII (Estados Unidos e França) e XIX (na América Latina) – e, mesmo antes, com a Revolução Gloriosa na Inglaterra – inspiradas por pensadores do iluminismo e nos objetivos antimonárquicos. Isso se confirma pelas agitações que eclodiram naquele período, assinalado como a época das revoluções (*age of revolutions*), marcando a passagem para o chamado Estado Moderno. Tais ideias (ou ideais), descritos por teóricos e historiadores como o próprio pensamento político europeu, influenciaram e de certa forma ligam eventos como Revolução Gloriosa, a independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa, e, na América Latina, os movimentos anti-imperialistas ou anticolonialistas.

Como aponta Joshua Simon, tanto no pensamento político europeu quanto no caso das colônias nas Américas (*creole revolutions*) havia um aparente compromisso com princípios vinculados à liberdade, à soberania (independência) e à igualdade³⁵. Embora a independência nos países americanos tenha emergido de diferentes cenários e produzido resultados diversos, foram orientados por ideias similares. Vários desses pontos de convergência podem ser atribuídos a problemas encontrados em comum entre os “*Creoles*” (descendentes de europeus nascidos na América), que habitavam a América colonial, desfrutando de alguns privilégios. Ao mesmo tempo, eram socialmente marginalizados frente aos centros Europeus, aos quais deviam sujeição enquanto colônias americanas, sendo-lhes negado, por exemplo, representação nos parlamentos e no governo (*metropolitan councils*). Joshua, assim, identifica o que chama de “*ideology of creole revolution*”, no sentido de que as ideias políticas que os impulsionam são comuns a toda a independência americana. Nada obstante o autor tenha como foco os Estados Unidos e a América Espanhola no seu estudo, os elementos ideológicos centrais aplicam-se a outras regiões³⁶.

³⁴ PIHLAJAMÄKI, Heikki. Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now? **Sequência**, Florianópolis, n. 70, jun. 2015. p. 65. No original: “Being ‘standard’ means that the legal history of the peripheries is constantly measured against the center”.

³⁵ SIMON, Joshua. **The ideology of creole revolution**: imperialism and independence in American and Latin American political thought. New York: Cambridge Press, 2017. p. 46.

³⁶ “The mainland American territories of Britain, Spain, and Portugal were “settler colonies”, inhabited by large, permanent populations of Europe settlers, who had complicated, and often conflictual relationships with both

Em conclusão, observa-se que aqueles grupos de outrora, de certa forma, persistem, ressurgem ou se resignificam, transmutados em uma nova configuração, sem desconsiderar, no novo contexto, as individualidades e a dignidade de cada parte do todo, direcionados por um ideal de liberdade e igualdade. Ao mesmo tempo que se constituem de formas diversas e são identificados de maneira múltipla, classificados em diversas categorias a partir de elementos comuns aos seus membros, configuram uma unidade ou gênero, a que denominamos sob a expressão guarda-chuva “grupos vulneráveis”, tendo, portanto, um aspecto em comum, qual seja exatamente a posição que ocupam, em desvantagem social, à margem – de forma mais ou menos acentuada – do reconhecimento e da efetivação do direito, com destaque para a possibilidade (ou não) de real participação na vida pública, concernentemente à influência (ou sua ausência) ativa e efetiva na formação da vontade do Estado.

2.2 A revolução do Terceiro Estado

No final do século XVIII, Sièyes, em sua célebre obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, escrevia: “O que é Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada”³⁷, revelando de forma didática a grande parcela excluída e que, então, reclamava por inclusão, liberdade e igualdade. Com efeito, o Estado (francês), como descreve o abade, era dividido em três representações, gêneros ou grupos: o clero, a nobreza e o Terceiro Estado.

Sieyès observou que as classes que realizavam a maior parte das funções públicas e os trabalhos particulares que sustentavam a sociedade faziam parte do grupo que denominou Terceiro Estado, incluindo aquelas ligadas aos trabalhos do campo, aos trabalhos industriais, que adicionam valor aos bens, aos comerciantes e negociantes, e aos demais trabalhadores (das profissões científicas e liberais mais valorizadas até os serviços domésticos, menos aquilatados). Quanto às funções públicas, recaíam sobre o Terceiro Estado os postos menos lucrativos e honoríficos, sem a possibilidade de progressão, independentemente da competência

metropolitan authorities, on the one hand, and Indigenous and enslaved or free African and mixed-race communities, on the other. With the single, important exception of Haiti, it was the descendants of these settlers – criolos, as they were known in Spanish, or Creoles, as I shall call them here – who liberated the Americas from European rule and established the America’s newly sovereign states” (*Ibid.*, p. 8-7). Em livre tradução: Os territórios continentais americanos da Inglaterra, Espanha e Portugal eram “colônias de colonos”, habitadas por grandes populações permanentes de colonos europeus, que tinham relações complicadas e muitas vezes conflitantes com as autoridades metropolitanas, por um lado, e indígenas e escravos ou comunidades africanas livres e mestiças, de outro. Com a única e importante exceção do Haiti, foram os descendentes desses colonos – criolos, como eram conhecidos em espanhol, ou Creoles, como os chamarei aqui – que libertaram as Américas do domínio europeu e estabeleceram os novos Estados soberanos da América.

³⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** – *Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. li.

e da capacidade da pessoa que o exercia. Em outros termos, as melhores funções estavam reservadas, sob o império do monopólio, a certos grupos nobres. Chega, assim, o autor a concluir que a supressão das demais classes (privilegiadas, é dizer, a nobreza e o clero, Primeiro e Segundo Estados) em nada diminuiria a nação, já que o Terceiro Estado era “Tudo, mas um tudo entravado e oprimido”³⁸.

O Terceiro Estado de Sieyès, ou seja, a maior parte da população, formada por todos aqueles que não pertenciam à nobreza e ao clero, poderia ser traduzido como uma forma de designar, à época, os grupos excluídos, não participantes de maneira ativa da vida política do ente público, nem detentores dos mesmos direitos dos privilegiados.

Em razão dos direitos assegurados ao clero e à nobreza é que se percebia o caráter minoritário destinado ao denominado Terceiro Estado, o qual, apesar de numericamente superior, mostrava-se qualitativamente inferiorizado, sem voz na formação da vontade pública. Foi em meio a esta realidade que se deflagrou o processo revolucionário francês de 1789, a partir do conflito entre o Terceiro Estado e as duas ordens privilegiadas, com reflexos que se espalharam por todo o ocidente. A obra de Sieyès foi editada em fevereiro daquele mesmo ano, retratando e inspirando a proposta de igualdade de direitos do Terceiro Estado em relação a duas ordens privilegiadas: o clero e a nobreza.

Com efeito, as revoluções liberais do final do século XVIII marcam uma grande transição. Surgia o denominado Estado Liberal de Direito, com a pretensão de superar o absolutismo, por meio da limitação de poder. Pautado por ideias iluministas e marcado pela separação dos poderes, caracterizava-se pela ênfase sobre o indivíduo, daí ter como consequência a ideia de se garantir uma esfera de liberdades individuais, característica dos direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão).

O próprio significado do termo revolução transmuda-se. Nem sempre foi compreendido da forma como hoje é concebido. A disseminação desse conceito, da forma como é hoje entendido, ocorre com a queda do Imperialismo, especialmente após as grandes revoluções ocorridas no final do século XVIII. No século XVII, por exemplo, aparece atendo-se ao seu significado astronômico, no sentido e “um movimento eterno, irresistível e sempre recorrente dos corpos celestes”³⁹. Sua utilização no vocabulário do pensamento político, metaforicamente, se voltava para designar um regresso a algum ponto, um retorno a uma ordem

³⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** – *Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 1-3.

³⁹ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

preordenada. Neste sentido, a expressão é utilizada, segundo Arendt⁴⁰, na Revolução Inglesa: com o fim de sua etapa mais radical, fora empregada pela primeira vez, em 1660, quando do restabelecimento da monarquia; Mais à frente, já na fase da Revolução Gloriosa (1688), responsável pela queda do absolutismo na Inglaterra, quando a monarquia absolutista inglesa se transformou em uma monarquia constitucional, que foi concebida como a restauração do poder monárquico à retidão e à glória que houvera ficado no passado. A expressão, portanto, tinha o significado original de restauração.

Mesmo as revoluções oitocentistas se iniciam com este objetivo (a restauração da liberdade, como busca de algo que ficara no passado) e, somente no seu curso, percebeu-se que se estava caminhando para algo totalmente novo, afastando-se de qualquer retorno para um ponto precedente. A partir daí, a expressão vai adquirindo novo significado. Daí, inclusive, o termo “contrarrevolução”, utilizado por quem se mantinha fiel aos auspícios revolucionários originais. Passa, portanto, a representar um desenvolvimento linear para frente, voltado ao futuro e progressivo, destacado de movimentos de retorno ou circulares. A partir deste ponto, já não se podia se conciliar com a ideia de retorno a um estado de coisas no qual a efetiva liberdade (que dependia, antes, de libertação das necessidades essenciais, em suma, do estado de pobreza e do que dela decorre), era um privilégio concedido a poucos⁴¹. No campo das ciências, o termo – revolução científica – irá designar “os períodos durante os quais os paradigmas são primeiramente atacados e então modificados”⁴². Relaciona-se com a ciência normal, que, por sua vez, remete à pesquisa baseada em realizações científicas passadas, as quais, reconhecidas por alguma comunidade científica, fornecem fundamentos para o seu desenvolvimento posterior. O paradigma, portanto, é formado a partir dessas realizações científicas, que, reconhecidas universalmente (no universo de algum campo) e durante algum tempo, fornecem os problemas e guiam as soluções de uma comunidade praticante de algum ramo da ciência. As revoluções resultam na superação de um paradigma antigo por um novo⁴³.

Com o deslocamento da soberania do rei para o povo (ou para a nação, conforme divergiam os pensadores políticos), a garantia de direitos civis (aqueles ditos de primeira dimensão) se consolida por meio da Constituição, vista como a máxima expressão dos direitos fundantes de uma sociedade, vinculados, naquele momento, à abstenção do Estado frente às

⁴⁰ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

⁴³ *Ibid.*

liberdades fundamentais do indivíduo, o que lhe permitiria desenvolver plenamente suas capacidades.

As promessas de liberdade, igualdade e fraternidade, presentes no lema revolucionário francês, não se cumpriram, contudo, como assinala Bercovici, que bem ilustra estas expectativas frustradas⁴⁴. As vantagens trazidas pelo novo modelo de Estado revelaram-se bastante vantajosos para uma classe (a burguesa), não tendo, contudo, força (ou mesmo a intenção) geral. Passado o período do Terror (1792 a 1795), quadra que logra decretar uma igualdade jurídica e o avanço a certos patamares de uma democracia social e direta⁴⁵, setores burgueses reassumem o controle do processo revolucionário através do golpe de 9 Termidor (27 de julho de 1794). Com o início do período napoleônico (1799), havia o momento revolucionário de 1789 encerrado o seu ciclo de mudança. Com efeito, não tardou para que a burguesia, alcançado o *status* almejado, se apartasse dos grupos que permaneceriam à margem, vulnerabilizados, despidos de inclusão político-social, que poderíamos denominar, como fez Paulo Bonavides, de *Quarto Estado*, para designar os componentes da grande maioria, da massa anônima, “dos que não possuem, dos se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica” ou, ao menos, com certa “igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência”⁴⁶.

O povo, dessarte, não logrou seu papel de soberano efetivo, verificando-se a instalação de uma ideia decorrente da visão arbitrária do princípio da soberania nacional, que confusamente identificava a nação com as aspirações de um grupo, a burguesia. Apesar disso, iniciava-se ali um fenômeno histórico, que deu origem a uma sucessão de eventos guiados por uma linha: a busca por igualdade dos que permaneceram à margem, em desvantagem social.

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁴⁵ Importa observar que mesmo Sieyès defendia um modelo de representação, afastando, de certa forma, a ideia de soberania popular, defendia por Rousseau, muito embora a Nação, para ele, fosse essencialmente formada pelo Terceiro Estado, como fica claro em sua obra. Sieyès alertava que mesmo em um modelo de representação, os representantes devem ser adequados e efetivos, denunciando que o Terceiro Estado jamais possuiu verdadeiros representantes, inclusive por nem mesmo serem eleitos pelo povo (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9). A questão relaciona-se com o debate sobre a representatividade adequada nas ações coletivas, tema que será objeto de análise mais à frente.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 188.

2.3 O surgimento do Estado Liberal de Direito como consolidação das aspirações de um grupo

Nas origens do Estado Liberal levantava-se a bandeira da liberdade. O poder do implacável Leviatã precisava ser limitado, evitando-se seu extravasamento irresponsável. Da oposição entre o indivíduo e o absolutismo surge a primeira noção de Estado de Direito, centrando-se a ideia de que o papel fundamental do Estado deve fixar-se em uma missão de alheamento e ausência de iniciativa social. O duelo do livre-arbítrio contra o despotismo “decide-se no movimento de 1789, quando o direito natural da burguesia revolucionária investe no poder o Terceiro Estado”⁴⁷.

Da liberdade primitiva faz-se a jurídica, de forma que, por meio da organização do Estado, seria possível restituir aos indivíduos seus direitos, através da lei e da possibilidade de participação na elaboração da vontade pública, com base nas doutrinas do contrato social. Este processo é bem analisado por Bonavides, no livro “Do Estado Liberal ao Estado Social”, cuja primeira edição foi publicada em 1958, onde observa que os princípios filosóficos da revolta são formulados pela classe burguesa – antes dominada, em seguida dominante – por meio da generalização doutrinária de ideias comuns a todos os componentes do corpo social, sendo que, ao se apoderar do controle político da sociedade, a burguesia não se interessa em manter, na prática, a universalidade daqueles valores, que só de maneira formal são sustentados. No plano de aplicação, eles se conservam como princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Este caráter revolucionário de um grupo consuma o surgimento das constituições que fixam uma ordem social pautada pelo triunfo do liberalismo, “[d]o liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política”⁴⁸. Embora apareçam como produtos do espírito moderno a partir da realidade oriunda da Revolução, liberalismo e democracia são ideias distintas. Não é outra a conclusão daquele constitucionalista e tantos outros que cita como fonte de inspiração e pesquisa, a exemplo de Luis Legaz y Lacambra, José Ortega y Gasset e Leibholz Goettinge.

Com efeito, o essencial não era a presença do elemento popular na formação da vontade estatal nem tampouco a teoria igualitária. O valor basilar que inspirava não se voltava à comunidade, mas tinha foco na liberdade do indivíduo, o que se explicava em razão do contexto anterior com o qual se pretendia romper.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 188. p. 41.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 43.

De toda sorte, estava efetivado o rompimento com o Antigo Regime (*ancien régime*), em razão dos inegáveis passos agigantados que a representação e a soberania popular deram à época. Identifica-se no citado momento histórico as sementes para uma nova composição de ideias, que rumaram desde o liberalismo para a democracia participativa. Nas palavras de Bonavides, “[d]a liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática de participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal”⁴⁹. Revela-se aí um certo otimismo do constitucionalista, já que este horizonte democrático até hoje não foi totalmente alcançado, o que se constata, inclusive, em suas obras posteriores (“Do País Constitucional ao País Neocolonial” e “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”, publicadas nos anos de 1999 e 2001, respectivamente⁵⁰).

No Brasil, o período (início do século XIX) é marcado pela chegada da Corte portuguesa (1808), assinalando a emancipação política e administrativa da colônia, o que, segundo Demian Guedes, cria uma situação oportuna na qual a extinção do colonialismo possibilita a liberalização econômica, com a concessão de franquias e a abertura dos portos às nações estrangeiras, evitando-se, porém, o liberalismo político-democrático, sem romper, portanto, com as compreensões absolutistas e evitando-se questionamentos à autoridade do soberano. Persistia, assim como em Portugal, uma concepção ainda ligada à tradição do Antigo Regime, marcada por forte concentração de poder na figura do imperador, o que influenciou a primeira constituição brasileira, em 1824. Esta Carta, outorgada após a dissolução da assembleia constituinte de 1823 e supostamente liberal, foi marcada pelo Poder Moderador. Os anos seguintes do Império são caracterizados pela suspensão de garantias e direitos individuais, a exemplo do que ocorreu durante a Cabanagem e a Revolta de Pernambuco de 1829. A partir de 1860, começa a ser gestado o “radicalismo”, movimento político que tinha como objetivos a abolição do sistema escravista, a democratização, a expansão do sufrágio, o fim do Senado vitalício e a implantação da federação, vindo a se converter em “republicanismo”, que se reduziu a duas bandeiras visíveis: a questão republicana e o federalismo, mais palatável para os grupos de elite do que a causa democrática⁵¹. Isto culmina com a ascensão da República e a expulsão da família imperial do país, em 1889, representando, ao cabo, um retrocesso aos

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 188. p. 41.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004; BONAVIDES, Paulo. **Teoria da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵¹ GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2016. p. 55-62.

movimentos de contestação então presentes no período imperial a partir da segunda metade daquele século. Mesmo o federalismo, que trazia uma ideal democratizante, ressentiu-se de políticas ou de instituições que incluíssem aqueles grupos que se situavam fora do poder, deslocados socialmente.

Nada obstante, as influências das ideias liberais estão presentes no Brasil, no curso do século XIX, especialmente na segunda metade, através de movimentos político-sociais que, na primeira quadra secular, contestam o Antigo Regime e resultam na independência da então colônia portuguesa e na adoção do constitucionalismo. Mais à frente, com o combate à escravidão, pleitos por igualdade e pelo fim da monarquia, com sua consequente substituição pela República em 1889 e o fim do Poder Moderador do Imperador, assim como a promulgação de uma nova Constituição em 1891. Neste contexto, é relevante rememorar que as bases das relações da sociedade brasileira eram pautas pelo escravismo de pessoas negras. Este fato tem reflexos até os dias atuais, diante da acentuada desigualdade social ainda presente e o grande número de negros nas camadas mais desfavorecidas. Em outros termos, os escravos, já naquela época, constituíam um grande grupo vulnerável, despidos até mesmo de dignidade, cujo tratamento civil inseria-se no Direito das Coisas, como objeto de propriedade e de posse. Hodiernamente, tal vulnerabilidade continua evidenciada, não obstante passados longos anos desde o fim – formal – da escravidão.

A igualdade formal apoiada no então novo contexto – do liberalismo – acabou revelando um mundo de análogas desigualdades de fato ou uma liberdade que servia à opressão dos mais vulneráveis, inclusive por aqueles que agora passavam a ter *status* social (a burguesia).

2.4 A demanda social do Quarto Estado

Da França revolucionária herdou-se os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os seres humanos. Já não era possível um retorno ao passado. *A Quarta Classe* surge a partir dos anseios por direitos e inclusão, inspirada nas ofensivas socialistas contra o Estado burguês, unindo os trabalhadores identificáveis enquanto coletividade pela marca da vulnerabilidade do seu *status* político e social. A reação ao cenário posto no início do século XX é marcada por demandas político-sociais. Restava claro que não era suficiente garantir a abstenção do Estado como forma de buscar efetivar a liberdade dos indivíduos. A segunda revolução industrial, entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século seguinte, como fato histórico desta época, é exemplo muito revelador da exploração dos grupos que permaneciam à margem, desfavorecidos socialmente e vulneráveis, caracterizados por não

deterem, naquele contexto, bens de produção e direitos asseguradores, sem possibilidade de ascensão social e com sua dignidade vilipendiada. “Entre os principais ícones dessa modernidade estava a fábrica fordista”⁵², onde a atividade humana era reduzida a movimentos mecânicos, despidos de espontaneidade e com pouco uso das faculdades mentais.

A baixa mobilidade social não era tão diferente do que ocorria na sociedade estamental, antes do Estado Moderno. Nesse cenário, os anseios sociais, radicais em certos segmentos, forçaram uma reformulação do Estado de Direito, agora adjetivado de “Social”. Com efeito, o Estado Social de Direito exigiria a rearticulação do modelo liberal-capitalista como forma de atender algumas aspirações dos grupos mais vulneráveis, estabelecendo, por exemplo, direitos trabalhistas, como a limitação de jornada de trabalho e o próprio reconhecimento geral da liberdade política mediante o sufrágio universal, fruto de intenso processo histórico (e não de altruísmo liberal, como poderia se imaginar).

Tendo a nova ideologia, pautada na visão individualista da sociedade, reflexos do iluminismo do século XVIII, se tornado oficial com a Revolução Francesa, a nação deveria ser una e indivisível e o Estado concebido como conjunto de cidadãos. Como consequência, os grupos intermediários, situados entre o Estado e o indivíduo, desapareceram – com raras exceções, como a família – ou se converteram em subdivisão do próprio governo estatal. Nos séculos seguintes, tem curso o início da superação à antipatia aos corpos intermediários, especialmente com o movimento operário e com a necessidade de o indivíduo unir-se considerando sua debilidade diante do poder industrial. Novos grupos surgem a partir da comunhão de interesses e necessidades, assim como para superar sua vulnerabilidade. “O sujeito privado, indivíduo ou grupo, é quem de fato é impelido a agir não só por seu interesse egoístico, como, também, por um interesse comunitário”⁵³.

Esse fenômeno terá reflexos no campo processual, especialmente, mais à frente, na tutela de interesses coletivos, como na concepção (privatista) do processo, inclusive no que diz respeito ao papel dos julgadores e aos esquemas procedimentais que passam a necessitar de adaptação. Ao lado da parte individual (ou tradicional) passe-se a considerar a parte ideológica (ou coletiva). O legitimado coletivo, neste cenário, exatamente por representar os interesses de uma coletividade, chega a ser denominado de “representante ideológico” daquela comunidade⁵⁴.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 37.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

⁵⁴ *Ibid.*

No Brasil, os anos que se deitam por boa parte século XX, já sob os auspícios da República, são marcados por uma cultura antidemocrática. Francisco Campos, contemporâneo à época, que participou como autor intelectual da Constituição de 1937 e do Ato Institucional n. 1 de 09 de abril de 1964 durante o regime ditatorial militar brasileiro, escreveu que “o indivíduo é um membro da Nação e só merece o apoio do Estado quando o seu interesse não colide com o da comunhão nacional”, de forma que o Estado chegaria a faltar com seu dever social “se quisesse curvar-se ante o mito da intangibilidade das prerrogativas individuais, pois tais prerrogativas só são legítimas e dignas de proteção quando a sua defesa não contraria os interesses supremos da Nação”⁵⁵. A passagem é representativa do pensamento autoritário que permeia a história do país. Segundo Demian Guedes, é falsa, até mesmo “a impressão de que o período compreendido entre 1946 e 1964 foi a primavera da democracia nacional”⁵⁶, tendo em conta que apesar de a Constituição de 1946 apresentar a forma democrática (eleitoral), o período não ficou livre das tradições que o precediam. Essa tradição irá repercutir nas mais diversas esferas, incluindo as escolhas legislativas e a prática jurídica, com resistências a certos institutos, a exemplo da ação popular, tema que será abordado no terceiro capítulo. O momento coincide com a ascensão de ideias totalitárias na Europa, a exemplo do fascismo, na Itália.

No plano formal, interessa observar que em todas as constituições brasileiras (de 1824 a 1988) houve a inserção de extenso rol de direitos fundamentais no texto constitucional⁵⁷, sendo que a Carta de 1934 ficou mais conhecida pela previsão de direitos sociais trabalhistas. Foi também neste diploma da década de trinta do século XX que constou, pela primeira vez, a ação popular, ao prever, em seu artigo 113, item 38, que qualquer cidadão seria parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Antes disso, na Constituição Imperial de 1824, houvera a previsão de uma ação de natureza criminal, cujo julgamento era realizado pelo Imperador e se restringia à fiscalização e ao controle da atividade jurisdicional. Suprimida na constituição de 1937, a ação volta a figurar no texto da Carta de 1946 (artigo 141, §38), cuja redação previa que qualquer cidadão seria parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (artigo 150, §31). A constituição de 1967 mantém a previsão,

⁵⁵ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 83. O livro foi publicado originalmente em 1940.

⁵⁶ GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil**: tradição, transição e processo administrativo. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2016. p. 76.

⁵⁷ Esta constatação é feita, entre outros, em: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 41.

trazendo redação mais objetiva, ao afirmar que qualquer cidadão poderia propor ação popular visando anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, o que foi conservado pela Emenda Constitucional 01/1969 (constituição de 1969), no artigo 153, §31. A previsão de 1967 passou a mencionar expressamente o *nomen iuris* ação popular. Por fim, a constituição atualmente vigente, de 1988, previu a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Com efeito, em uma perspectiva global (ocidental), as constituições, das quais são exemplos de pioneirismo a Mexicana (1917) e a de Weimar (1919), passam a prever, além dos individuais, os direitos sociais, rumando em direção à juridicidade e assumindo a posição de paradigma, almejando posição de superioridade em relação aos códigos (leis civis).

Como resultado decorrente do desigual acesso aos recursos necessários para tornar a autoafirmação efetiva, observa-se a divisão da sociedade em classes. Aponta Bauman que o coletivismo foi uma opção estratégica por parte de indivíduos que se viam diante de um paradoxo: embora receptores da individualização eram incapazes de autoafirmar-se, já que seus recursos individuais eram inadequados para tanto⁵⁸.

A afirmação do sujeito de direito, portanto, não fez simplesmente desaparecer a existência de categorias, grupos ou *status*, embora tenha ocorrido inegável transmutação, como decorrência da mudança de uma ampla reorganização social. Os estamentos, lugares a que se pertencia por hereditariedade, vieram a ser substituídos pelas classes, como objetivo de pertencimento⁵⁹:

As pessoas com menos recursos e, portanto, com menos escolha, tinham que compensar suas fraquezas individuais pela “força do número” – cerrando fileiras e partindo para a ação coletiva. [...] A classe – embora formada e negociável, e não herdada, como eram os estamentos – tendia a prender seus membros tão firme e fortemente quanto o estamento hereditário pré-moderno. Classe e gênero projetavam-se pesadamente sobre a gama de escolhas do indivíduo; escapar a esses limites não era muito mais fácil do que contestar o lugar ocupado na “cadeia divina do ser” pré-moderna⁶⁰.

⁵⁸ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 46.

⁵⁹ Para uma crítica sobre a construção de uma visão negacionista que prevaleceu na doutrina, defendendo a existência de certa continuidade (e não de brusca suplantação ou superação) entre os períodos que se sucedem desde o medievo, passando pelo antigo regime e, após, para o Estado Liberal, ver: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 45-46.

Um alerta era (e continua a ser) necessário. A história demonstra a alternância de grupos ou classes no poder, sem que se altere o binômio exploradores-explorados. Ainda que possa soar contraditório, a evolução cultural pode levar à construção de sociedades profundamente desiguais mesmo quando estruturadas sob uma concepção igualitária. É o caso de grupos que administram os recursos sociais ou de pessoas que ocupam posições valorizadas pela sociedade (por exemplo, aquelas com diplomas em renomadas universidades ou jogadores da NBA) que passam a ver com desdém outros grupos ou indivíduos que não tiveram o mérito⁶¹ de alcançar o mesmo *status* e que, por isso, passam a ser tratados como hierarquicamente inferiores.

Com efeito, embora se verifique o surgimento de novos estamentos sociais, há sempre alguns desprovidos das vantagens do grupo dominante, que, em geral, conserva seu *status* às custas da exploração dos desfavorecidos ou vulneráveis. O ciclo, assim, não se completa. Foi o caso da burguesia, que, como visto, realizou a revolução com pretensões (talvez somente no plano retórico) universais, até o momento em que passou a ter influência política e pertencer à “elite social”. Ainda no Antigo Regime, anotava Sieyès, a antiga nobreza não suportava os novos nobres. “Apesar disso, mas por isso, ela os retira da ordem do Terceiro Estado, ao qual, evidentemente, os enobrecidos não pertencem mais”⁶². O despotismo que vem de baixo não é melhor do que aquele que vem do alto, como anotou, posteriormente, o filósofo francês León Denis, em escritos publicados logo após Primeira Guerra Mundial⁶³, referindo-se às classes trabalhadoras que desejavam alçar-se e dirigir a sociedade, em meio à predominância histórica das classes ditas elevadas e dirigentes, em detrimento do povo reduzido ao estado de

⁶¹ Michel J. Sandel faz uma crítica ao que chama de tirania do mérito. Segundo ele, embora tenha como aspecto positivo a superação do privilégio aristocrático (p. 171) e a eliminação da ideia de que o que recebemos é resultado da graça de Deus ou resultado da sorte ou acaso (p. 266), o sucesso meritocrático foi alcançado a uma posição de fator de reconhecimento social ligado à justiça, fazendo crer que as posições sociais são alcançadas somente em razão dos esforços que cada um emprega em suas ações, desconsiderando outros fatores que podem facilitar ou dificultar a trajetória, como a herança, a renda, a classe social etc. (p. 99; 181-183). Isso causou uma grande cisão social. De um lado, uma espécie de ressentimento naqueles que não atingem a posição que a tirania do mérito exige. De outro, um sentimento de superioridade, um desprezo das elites (p. 138-140) e a arrogância dos vencedores (daqueles que fazem parte ou conseguem ocupar posições valorizadas socialmente (p. 26). Além disso, o sucesso meritocrático, segundo Sandel, contribuiu significativamente para desfazer os laços sociais e o sentimento de vida em comunidade, atomizando os indivíduos que se veem compelidos a buscar o sucesso dentro dos padrões estabelecidos (como por meio da obtenção de um diploma em uma universidade renomada), gerando frustrações em grande parte da população que se sente pessoalmente e individualmente responsável por não conseguir atingir tais *standards*, gerando o sentimento de que seu papel social é indigno (p. 288-312), especialmente em razão da crença de que isto dependeria somente de esforço pessoal. Conclui que a meritocracia acaba protegendo a desigualdade (p. 234). SANDEL, Michel J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Tradução de Bhuvi Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

⁶² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9.

⁶³ A obra se faz referência foi escrita na década de 1920.

miséria⁶⁴. Não é outra a constatação de Bonavides, ao referir-se, já na segunda metade do século XX, à burguesia e a certos grupos representantes do proletariado. A primeira, quando se apodera do controle político, já não se interessa em manter na prática a universalidade dos princípios filosóficos de sua revolta social, de forma que “só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”⁶⁵. No segundo caso, a ditadura do proletariado, paradoxalmente tão negativa e “opressiva para a liberdade humana, em razão dos desvios de poder, quanto haviam sido aquelas a que se propusera opugnar e abolir”⁶⁶. Com efeito, as revoluções autodenominadas socialistas podem ser consideradas tão opressivas para a liberdade humana quanto aquelas a que se propunham a combater. Em todos esses casos, o oprimido, excluído, explorado ou vulnerável, ao alçar a posição desejada, se torna o opressor, por substituição ou passando a integrar os grupos privilegiados, de forma que a transição não se completa.

Segundo Joshua Simon⁶⁷, isso também se verifica na história do continente americano. Referindo-se aos revolucionários da América espanhola, observa que uma vez no poder, os crioulos (*creoles*) buscaram a expansão territorial e a colonização tão avidamente quanto seus predecessores europeus, ainda que insistissem que o objetivo não era a dominação, mas libertar as populações que conquistaram e integraram à força em seus estados independentes. Verificava-se, ali, uma espécie de paradoxo, um conjunto de contradições, na medida em que se pautavam por princípios anti-imperialistas e, ao mesmo tempo, imperiais. Dominados e dominantes, é dizer, que ao tempo em que pretendiam a liberdade de toda a população, pautados por um ideal igualitário, buscavam manter certas estruturas e privilégios que, ao cabo, beneficiavam apenas um grupo que se mantinha à margem dos demais⁶⁸.

Essa visão é também abordada por Paulo Freire⁶⁹, cujas lições contribuem para o presente estudo, embora a pedagogia não seja o foco da presente análise. Segundo ele, há uma irresistível atração dos oprimidos pelos opressores, uma incontida aspiração de, dentro de um estado de alienação, querer participar dos padrões de vida dos últimos ou, pelo menos, parecer com eles, imitá-los, em uma relação de dualidade existencial na qual se mescla a repulsa e a

⁶⁴ DENIS, Léon. **Socialismo e espiritismo**. São Paulo: Matão, 2018. p. 26.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 42.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁷ SIMON, Joshua. **The ideology of creole revolution: imperialism and independence in American and Latin American political thought**. New York: Cambridge Press, 2017.

⁶⁸ “Once in power, Creoles pursued territorial expansion and colonization as avidly as their European predecessors, insisting all the while their aim was not to dominate, but to liberate the populations that they conquered and forcibly integrated into their independent states” (*Ibid.*, p. 7). “In the anti-imperial imperialism characteristic of Creole Revolutions, we confront a contradictory ideology similar in many ways to the ‘liberal imperialism’” (*Ibid.*, p. 46).

⁶⁹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 64. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 39-78.

atração. Em sua forma de ser e de comportar-se, o oprimido, por vezes, hospeda o opressor. Isto pode decorrer da dificuldade de superação da própria realidade estruturada. Os oprimidos, em razão da condição na qual estiveram imersos, podem confundir o “ser humano” como ser opressor, pretendo não a libertação, mas a identificação com quem até então era seu contrário, significando que não houve concreta transformação das estruturas vigentes, tamanha é a influência de uma realidade vulnerabilizante que estaria espaiada na própria engrenagem social, ou seja, que absorve os que nela se encontram e exercem uma força de imersão das consciências e que, por isto, se introjeta até mesmo nos grupos oprimidos, ainda que, até certo ponto, não a percebam. O próprio funcionamento mecânico e inconsciente das estruturas sociais funcionaria, nesta perspectiva, como mantenedoras de si mesmo.

Isso não se confunde, conforme observa Freire⁷⁰, com os freios que os antigos oprimidos devem impor aos velhos opressores, para que não voltem a oprimir, pois são necessários e não significam que os oprimidos se tenham transformado nos opressores. É dizer, não representa opressão daqueles a estes, o que somente vem a ocorrer quando certo movimento assume a burocracia dominadora, usando o mesmo aparato burocrático repressivo que deveria ter sido suprimido para voltar-se contra o povo. Também não se confunde com o ressentimento que possa surgir nos membros de círculos antes dominantes, que possam sentir-se como se estivessem sendo oprimidos, a partir de uma nova realidade que se inaugura a partir do reconhecimento de direitos aos membros de grupos ascendentes (o que pode representar alguma restrição de direitos dos demais, especialmente no tocante à limitação de poderes e à igualdade material).

Conclui o filósofo e educador que a busca por recuperar ou criar a humanidade só faz sentido quando os vulnerabilizados visam restaurar não só a sua, mas também a do opressor, na medida em que não se idealizam dominantes ou mesmo não se tornam de fato opressores dos opressores, de forma que a superação da contradição entre opressores-oprimidos “não está na pura troca de lugar, na passagem de um polo a outro. Mais ainda: não está em que os oprimidos de hoje, em nome de sua libertação, passem a ter novos opressores”⁷¹.

A distópica fábula George Orwell⁷², publicada originalmente em agosto de 1945, bem retrata o que seria uma tendência natural do ser humano por dominação e poder, ao narrar, metaforicamente, a estória dos porcos que, após a revolução dos bichos, passam a se comportar exatamente como seus senhores humanos, vestindo suas roupas, andando com chicotes,

⁷⁰ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 64. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.

⁷¹ *Ibid.*, p. 41-61.

⁷² Referência ao livro “Animal Farm”, traduzido para a língua portuguesa como “A Revolução dos Bichos”.

fumando em seus cachimbos e explorando os outros bichos, que trabalhavam sem saber a quem temer mais, se aos porcos ou aos homens, os quais, na cena final, confraternizam juntos jogando cartas e bebendo cerveja em uma grande sala, ao olhar curioso dos animais que permaneciam excluídos após o processo revolucionário. “As criaturas de fora olhavam de um porco para um homem, de um homem para um porco e de um porco para um homem outra vez; mas já era impossível distinguir quem era homem, quem era porco”⁷³.

Surgem, daí, os seguintes questionamentos: Como evitar que o exemplo burguês se repita? O que fazer para que “os porcos”, antes pertencentes à classe proletária, não se tornem simplesmente iguais aos outros cujas ideias e ações combatiam? Como completar a transição, garantindo-se iguais condições a todos? O período compreendido entre o final das revoluções oitocentistas e a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, demonstrou que a mera enunciação de direitos não é suficiente para tanto. Em razão disso, inaugura-se um novo estágio no percurso que visa atingir um estado de coisas que tem como horizonte a igualdade material. Esta nova fase é marcada pela normatividade constitucional, pela democracia como elemento de inclusão e pelo acesso à justiça, conferindo, neste último aspecto, protagonismo ao sistema de Justiça. Até o presente, seguiu-se o trajeto que desagua no Estado Democrático de Direito, demonstrando-se que a valorização do indivíduo enquanto sujeito de direitos e a previsão formal de direitos a alguns grupos, identificáveis a partir de elementos comuns aos seus membros, não foi capaz de superar sua condição de mais vulneráveis. Nas linhas que seguem, se dará continuidade à análise, a partir deste novo contexto que traz a nota da democracia e no qual ainda se encontra a sociedade. No capítulo seguinte, abordar-se-á a questão referente ao Acesso à Justiça, que é corolário deste processo.

2.5 A busca por inclusão democrática (O Estado Democrático de Direito) e a relação entre indivíduos e coletividades

A consideração do indivíduo e sua libertação talvez careça de convolação em cidadão de fato (e não somente de direito), com a capacidade de pensar seu próprio bem-estar através da cidade (do todo ou do bem comum). Essa é, também, a percepção de Bauman, quando observa que “o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”⁷⁴. A indiferença (inclusive pela coisa pública) é fenômeno notável modernamente e

⁷³ GEORGE, Orwell. **A revolução dos bichos**. Tradução de Editora Globo S.A. Rio de Janeiro: O Globo, 2003. p. 90-94.

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 50.

fonte de fundadas preocupações sociais, em razão dos danos que pode gerar. Com efeito “o indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se cidadão”⁷⁵.⁷⁶

A individualização, hodiernamente, possui significado diverso daquele de “cem anos atrás e do que implicava nos primeiros tempos da era moderna – os tempos da exaltada ‘emancipação’ do homem da trama estreita da dependência, da vigilância e da imposição comunitárias”⁷⁷, mas não apaga a condição de indivíduos e grupos vulneráveis, que necessitam, assim, de medidas que lhes garantam maior inclusão social, notadamente a possibilidade de participar da construção da vontade pública. Como será analisado no decorrer deste estudo, a ação popular (assim como as ações coletivas *lato sensu*) pode ser um desses instrumentos no Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais foram enunciados na constituição de Weimar (1919). Posteriormente, com a Lei Fundamental de Bonn (1949) adquiriram superior eficácia, enunciando de forma expressa que a “Alemanha é uma Estado social e democrático” (artigo 20). As constituições de Weimar e Bonn, ícones do Estado Social e que influenciaram toda a cultura jurídica ocidental, estiveram para o socialismo do século XX como as monarquias limitadas e constitucionais estiveram para o liberalismo no século XIX. Em ambos os casos, liberalismo e socialismo serviram para a incorporação de direitos como decorrência de revoluções antecedentes.

No Brasil, o período do governo de Getúlio Vargas é marcadamente precursor deste Estado (social), com o advento da constituição de 1934, que veio em seguida à repressão, na década anterior, às agitações grevistas e sindicais dos trabalhadores, o grupo vulnerável mais evidente daquele período.

O Estado Social apresenta-se como instrumento de sobrevivência burguesa, postulando justiça social para todas as classes, cujo interesse tenta conciliar. Diferencia-se, assim, do socialismo, cujas ideias lhe precederam e com o qual não se confunde, assim como do neoliberalismo, que veio depois. O Estado Liberal, por sua vez, não desapareceu ou sucumbiu, mas transformou-se, dando lugar ao Estado Social, da mesma forma que, na sequência histórica, o Estado Democrático veio complementar o anterior, havendo, portanto, uma espécie de aprimoramento do gênero (que é o Estado de Direito), que vai desde o liberal,

⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 55.

⁷⁶ Como será visto nos capítulos seguintes, a cidadania está intrinsecamente ligada à ação civil pública, assim como a ideia, a ela atrelada, da capacidade do sujeito de, como membro da comunidade, pensar seu próprio bem-estar através do bem comum.

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, p. 43.

passando pelo social e chegando ao democrático, todos com a marca do constitucionalismo, nada obstante também este último conceito e sua teoria tenham sofrido mutações.

Este processo é seguido pelas chamadas gerações das normas fundamentais, inicialmente sugeridas por Karel Vasak, buscando demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), cada qual correspondendo a uma destas dimensões, falando-se, mais recentemente, na quarta (a democracia do Estado Social) e até mesmo quinta (direito à paz) gerações.

O Estado Social contemporâneo, ao qual é acoplado a nota democrática, compreende os valores de várias gerações, formando uma linha que vai se desdobrando continuamente, desde o princípio, com os direitos individuais, passando pelos sociais e fraternais e prosseguindo rumo ao *status* da democracia inclusiva, como verdadeiro direito da pessoa. Do Estado Liberal, portanto, surgiu uma teoria da constituição, que hoje já não se confunde com aquela liberdade clássica. Após atravessar várias fases, sucessivamente foi incorporando valores que permitem visualizar o aprimoramento que culmina, nos últimos estágios vistos, na busca pela efetivação de um Estado Social Democrático de Direito.

As duas Guerras Mundiais e a ascensão de movimentos totalitários colocaram a própria condição humana em crise. O final da Segunda Guerra é marco de uma nova grande transição, alguns tratando tal fase sob o rótulo controverso do neoconstitucionalismo, o qual buscaria construir um novo paradigma da humanidade, por meio das constituições pós-guerra, juntamente com a universalização ou internalização dos direitos humanos. A força normativa das normas constitucionais⁷⁸, que incorporam temas antes não previstos em seus textos e irradiam seus valores para a legislação ordinária, expande-se, assim como ganha ainda mais importância o papel do Poder Judiciário. Surgem as chamadas constituições democráticas, característica do Estado de Direito Democrático, tentativa de aprimoramento do Estado de Direito Social.

Em repúblicas ditas periféricas, como o Brasil, há um estado de estruturas inacabadas de Estado Social, um fosso entre sua ideia e a efetivação de direitos e a inclusão democrática, de forma que ainda não se logrou, neste contexto, as expectativas políticas e jurídicas do regime que, no plano formal, já fora estampado em sua Constituição. Com efeito, o Estado Social europeu não é idêntico ao da América Latina, não sendo possível, portanto, aplicar ao último as mesmas fórmulas e medidas que servem ao primeiro, tocante, especialmente, a capa de proteção social que deve ser garantida pelo Poder Público,

⁷⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

considerando que a desigualdade social se opera, em terras latinas, de forma muito mais intensa, o que envolve tanto diferenças internas (entre nacionais) quando o distanciamento entre a maior parte dos cidadãos latino-americanos e os povos que se encontram nos países do norte ocidental (Estados Unidos e Europa). Para os Estados que ainda não atingiram a idade adulta no campo do bem-estar social, a aplicação das mesmas receitas (impostas pela globalização com forte pressão do mercado) é sinônimo de retorno ao *status* colonial, gerando uma espécie de neocolonialismo ou recolonização.

Embora seja comum seja afirmar – de uma maneira um tanto um quanto reducionista – que o Estado Democrático de Direito representa um Estado Social avançado, com o plus da democracia, é preciso um cuidado etimológico neste ponto. O Estado Social comporta tanto a democracia como regimes totalitários, como demonstram os exemplos históricos. O modelo a ser seguido é o de um Estado Social, mas não só, devendo este ser adjetivado pelo toque democrático e constitucionalista⁷⁹. Chega-se, assim, ao *Estado Social Democrático Constitucional de Direito*, modelo adotado, dentre outras, pela Constituição Federal brasileira, o que se conclui não só pela redação do seu artigo 1º (que traz expressamente menção à expressão “Estado Democrático de Direito”), mas pela soma daquele dispositivo com outros artigos da Carta, especialmente os artigos 6º e 193, assim com a existência de um ordenamento que gira em torno da supremacia constitucional⁸⁰. Neste mesmo rumo, vão outras constituições da América do Sul, como a da Colômbia (1991)⁸¹, do Paraguai (1992)⁸², do Equador (2008)⁸³ e da Bolívia (2009)⁸⁴. Será utilizada aqui, doravante, a expressão *Estado*

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 184.

⁸⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...] Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

⁸¹ “Artículo 1 Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”.

⁸² “Artículo 1. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

⁸³ “Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

⁸⁴ “Preâmbulo: Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. [...] Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Democrático de Direito para designar a ideia de um *Estado Social Democrático Constitucional de Direito*, isto é, um *Estado Social contido juridicamente no constitucionalismo democrático*.

Paralelamente – mas dentro deste contexto –, a partir da segunda metade do século XIX, desenvolve-se a ideia de um constitucionalismo latino-americano. Com efeito, a historiografia demonstra uma imposição do direito do estado central às colônias, não ocorrendo a influência no caminho inverso, situação aplicável às américas espanhola e portuguesa⁸⁵. A ideia de um direito unitário para estas regiões foi, inicialmente na historiografia, sendo substituído pela compreensão de direitos múltiplos, considerando a existência de perspectivas regionais e locais das províncias. As singularidades das periferias também necessitam ser considerados para análise da história jurídica⁸⁶. No âmbito do denominado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, apresenta-se novas perspectivas epistemológicas e se possibilita repensar institutos constitucionais, especialmente nos países periféricos (ou do Sul), consagrando como questão fundamental e prioritária a preocupação com o aumento no nível de democracia nas relações institucionais, intensificando os mecanismos de participação social. O Constitucionalismo Democrático Latino-Americano pretende levar em conta fatores histórico-culturais locais, no que se insere, no contexto do Brasil e outros países da América do Sul⁸⁷, a consideração das relações de povos e comunidades tradicionais, historicamente vulneráveis. Além disso, há um fluxo de influências recíprocas, uma contra onda (*counter-wave or rip current*). Enquanto as ondas tracionais refletem movimentos do centro para a periferia, a contra onda revela uma tendência de movimento que vai desde a periferia para o centro. O fluxo, então, passa a ser de mão dupla. No curso desta pesquisa, a expressão onda (*counter-wave or rip current*) foi encontrada em texto sobre o acesso à justiça⁸⁸.

Com o avanço tecnológico, a questão de fundo ganha um novo elemento. As pessoas, agora no modo *on line*, esperam influenciar nas políticas de seus governos, o que antes somente era possível *off line*. Embora isso possa contribuir de alguma forma para a democracia

⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. O “direito de Índias” no contexto da historiografia das colonizações ibéricas. In: DUVE, Thomas (coord.). **Actas del XIX congreso del instituto internacional de historia del derecho indiano**, Berlín 2016. 1. v. Madrid: Dyknsion, 2016. p. 43-83; HERZOG, Tamar. Sobre la cultura jurídica em la América Colonia (siglos XVI-XVIII). **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 65, 1995, p. 903-911.

⁸⁶ ANZOÁTEGUI, Victor Tau. **Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 70-106.

⁸⁷ MARQUES JUNIOR, William Paiva. Notas em torno do valor democrático no novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 1, 2014, p. 205-252.

⁸⁸ ECONOMIDES, Kim; TIMOSCHANKO, Aaron and FERRAZ, Leslie S. Justice at the edge: Hearing the sound of silence [online]. **Adelaide Law Review**, The, v. 41, n. 1, set. 2020: 39-85. Disponível em: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=335337602360277;res=IELHSS>. Acesso em: 5 nov. 2021.

participativa, um fator relevante é o fato de que elas não estão igualmente equipadas para participar em pé de igualdade, em razão de fatores como o capital social, regimes jurídicos diversos em seus respectivos estados, recursos financeiros, nível informacional etc. São os vulneráveis digitais, ou seja, aqueles que permanecem, em maior ou menor grau, em desvantagem social, à margem dos processos decisórios, da efetiva participação democrática e, por consequência, da emancipação e efetivação de direitos, por causa da desigualdade no tocante ao acesso aos meios tecnológicos. Isto faz com que, em uma perspectiva mais ampla e já no século XXI, Bauman e Donkis identifiquem o que designam com o termo “precariado”⁸⁹, que, ao contrário do proletariado, abarca pessoas de todas as classes econômicas (especialmente da classe média). Este novo grupo, integrado por um agregado muito variado em uma categoria coesa, revela “a pulverização e a atomização extremas”⁹⁰. Essa nova unidade, em razão de sua atomização, não enxerga os problemas comuns a partir de uma capacidade de agir em conjunto, sendo incapaz de atuar solidariamente e alcançar um conceito como o de justiça social. O precariado é mantido pela incerteza determinada pela assimetria de poder, estando, enfim, vulnerável.

Ao mesmo tempo, a modernidade (ou pós-modernidade, para deixar claro que a referência aqui é ao final do século XX e início do XXI) apresenta diversos grupos organizados, formados, por exemplo, pelas minorias sociais, organizadas em prol da defesa de um interesse comum (do grupo). É o caso dos feministas, LGBTI, pessoas em situação de rua, migrantes e, na América, envolvem uma tentativa de resgate ou salvamento de identidades culturais (indígenas, quilombolas, ribeirinhos). Tudo isso sem desconsiderar a individualidade de seus componentes (que, todavia, ganham força ao agir coletivamente), estando neste aspecto da individualidade uma diferença visível entre os grupos modernos e os antigos.

Na gênese desse contexto está o conflito surgido entre o antigo organicismo e o individualismo. No primeiro, a prioridade encontrava-se nos agrupamentos, em detrimento do indivíduo. O último, pautado pela ética liberal, centrou-se axiologicamente no sujeito, em detrimento da coletividade, característica do Estado Liberal burguês, florescido no século XIX e início do século XX na Europa e nos Estados Unidos, que se reavivou com a crise do Estado Social, através do pensamento neoliberal, tendo como base uma concepção atomizada de sociedade. Com efeito, o individualismo da burguesia reaparece no final do século XX em sua linha mais extremada, encontrando eco nos libertários, como Nozick e outros defensores do

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt; DONKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 79.

⁹⁰ *Ibid.*

Estado mínimo⁹¹, que “não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las, para o seu próprio bem ou proteção”⁹². Como anota Chantau Mouffe, em texto no qual analisa modelos de democracia moderna, “Formas extremas de individualismo espalharam-se amplamente, ameaçando a própria ‘fábrica social’ [*the very social fabric*]”⁹³.

Verifica-se atualmente um movimento de busca da realização dos fins do sujeito sem que se tenha abandonado totalmente a noção orgânica, que aparece, contudo, totalmente repaginada. Os grupos, identificáveis por características ou fatores de vulnerabilidade comuns aos seus membros também se caracterizam pela procura de uma finalidade coletiva que, ao cabo, valoriza as individualidades⁹⁴. A dicotomia holismo *versus* atomismo em certa medida é atenuada por meio da fusão destas perspectivas que, aparentemente, se encontram em polos extremos totalmente intocáveis e dissociados. A noção de bem comum de hoje já não se confunde com a de outrora, de forma que o organicismo já não consegue sustentar justificativas para tratamentos desiguais a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade, traço que lhe era comum. Caso julgado pela Corte Constitucional alemã, em 1977, no período pós-guerra, mencionado por Sarmiento⁹⁵, bem ilustra esta ideia. Ao referir-se à dignidade da pessoa humana, observou que a liberdade, no sentido da Lei Fundamental, não é a de um indivíduo isolado e autocentrado, mas, pelo contrário, de uma pessoa com relações e vínculos com a comunidade, em clara alusão a uma visão centrada na autonomia, que difere daquela do individualismo clássico e, também, da antiga concepção organicista, pela qual os indivíduos eram vistos como meras abstrações incorpóreas. Tais observações do Tribunal alemão caberiam em todas as ordens que situaram a dignidade da pessoa humana no seu epicentro axiológico.

O que se persegue hodiernamente, através da reunião de direitos de um grupo, é a igualdade individual a partir da constatação de vulnerabilidades comuns aos seus componentes. A formalização jurídica desses direitos tem como função fortalecer os laços que nas antigas

⁹¹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-143.

⁹² NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 10.

⁹³ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, 2006, p.165-175.

⁹⁴ Como conclui Daniel Sarmiento, no Estado Democrático de Direito, a ideia organicista não se sustenta, nem na versão do “organicismo moderno” – presente em pensadores como Hegel, que considera o indivíduo como parte do todo e que só se realiza no interior do Estado (SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 97-143). Nos dizeres de Nietzsche, este Estado seria o novo ídolo, em substituição às figuras pautadas na religiosidade.

⁹⁵ *Ibid.*

comunidades constituíam vínculos associativos fortes e profundos, fundados na tradição, mas que passaram a ser tênues e artificiais nas relações das sociedades modernidades.

Em suma, não há que falar em prioridade absoluta do coletivo sobre o individual, de forma a asfixiar a individualidade. Também não mais se justifica a individualidade levada ao extremo, atômica.

2.6 A pandemia da primeira metade do século XXI e a reafirmação da coletividade como unidade no Estado Pós-Moderno

Alguns eventos históricos reativam o sentimento de que todos os indivíduos estão interconectados. Com efeito, não é possível negar que há uma unidade na coletividade, com consequente dependência mútua, em nível mais ou menos elevado. É dizer, não é possível pensar o sujeito tão somente a partir de sua individualidade, sem consideração a um grupo, a uma comunidade ou a uma sociedade ao qual se liga. A própria ideia de cidadão liga-se a uma organização político-social da qual é integrante (a *polis* ou a República).

A pandemia causada pela disseminação do coronavírus (covid-19) parece ser um exemplo desses acontecimentos históricos. A situação revela ainda o que Bauman chamaria de liquidez dos grupos vulneráveis, o que decorre de uma característica circunstancial e fluida de algumas vulnerabilidades. Por exemplo, durante a crise de saúde, os latino-americanos viram exposta sua vulnerabilidade como grupo ou comunidade, quando equipamentos respiratórios e de proteção individual (dos profissionais de saúde) que vinham sendo comprados da China por países como o Brasil tiveram seu itinerário alterado para os Estados Unidos, ou quando se verificou a concentração de vacinas pelas nações com maior poderio econômico e sua escassez em nações como o México, revelando que, naquele momento a vida dos moradores dos países do sul, vulnerabilizados pela ausência de insumos necessários ao tratamento, valia menos do que uma vida norte-americana ou de um europeu. Neste contexto, os países em desenvolvimento, em uma perspectiva global, constituem, também, um grande grupo de pessoas, vulneráveis frente a outros Estados, o que fica mais evidente diante do processo de globalização e das crises globais.

Como escreveu Juan Antonio Molina, escritor e jornalista espanhol, em notícia veiculada em maio de 2020, o pós-coronavírus foi como sair de uma guerra, onde tudo estava em escombros. “A propagação do individualismo radical e da insolidariedade social criou um

sistema que tornou os indivíduos frágeis”⁹⁶. Essa forma de pensar o mundo foi resultado de um processo histórico que vem desde o surgimento do Estado Moderno, com a consideração do ser humano enquanto indivíduo livre e autônomo, levada a consequências extremas. Em algum momento, afastou-se da ideia kantiniana de que a definição do homem como elemento central e sua liberdade tinham como pano de fundo o bem comum e universal, “para o que não vale apenas para mim, mas também para os outros”, nas palavras do filósofo francês Luc Ferry⁹⁷.

Se em tempos de pré-modernidade havia a desconsideração do sujeito, reconhecido tão somente enquanto parte de um grupo ou categoria, isso veio acompanhado, nos anos que sucederam, de um movimento de inversão, com supervalorização do indivíduo, muitas vezes em detrimento do aspecto coletivo. Urge considerar o caminho do meio, onde haja a consideração desde o indivíduo à comunidade, em seus diversos níveis (sujeito, comunidades, grupos, sociedades, Estados, humanidade), de modo que um não subjuguie os outros, mas, ao inverso, atuem em processo de cooperação.

O homem é um animal social, já advertia a lição de Aristóteles, que veio a se tornar mundialmente famosa e repetida. Isso justifica a necessidade que tem o indivíduo de, necessariamente, se inserir em algum tipo de coletividade. Como escreveu Hannah Arendt, “[n]enhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”⁹⁸. Neste mesmo texto, ela demonstra, através especialmente das origens da expressão *socialis*, que somente com o ulterior conceito de uma “sociedade da espécie humana” (*societas generis humani*), já com seu uso latino, o termo adquiriu a significação de condição fundamental do homem. A definição aristotélica, mais antiga e ligada à concepção original grega, estava diretamente relacionada com o ser político, sendo necessário, para entender aquele sentido de homem como um animal político (*zoon politikon*), compreendê-lo como um ser vivo dotado de fala (*zoon logon ekhon*). Aqueles que viviam fora da *polis* (escravos e bárbaros) eram, naturalmente, destituídos de lugar de fala, afastados do campo do discurso.

Arendt segue seu texto afirmando que o surgimento da cidade-estado significava que o homem possuía, além da sua esfera de vida privada, um ambiente político (*bios politikus*). Nesta perspectiva, pode (no sentido de faculdade, mas também como um dever) um sujeito

⁹⁶ MOLINA, Juan Antonio. A pandemia e o fim do neoliberalismo pós-moderno. São Paulo: **Outras palavras**. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/a-pandemia-e-o-fim-do-neoliberalismo-pos-moderno/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

⁹⁷ FERRY, Luc. **Aprender a viver**: filosofia para os novos tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 146.

⁹⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 31.

atuar em benefício do todo, da mesma forma na qual pode uma coletividade beneficiar o indivíduo. O campo por excelência onde isto deve ser desenvolvido e estimulado é o público. O fortalecimento deste espaço e a participação pública, vale advertir, não equivale a “Estados totais”, totalitários e nem se confunde com paixões ideológicas⁹⁹.

O deslocamento do interesse para o homem como centro das preocupações modernas, contribuiu, segundo Hanna Arendt, para uma sociedade apolítica, já que a preocupação central antropocentrista se contrapõe ao foco da política, voltada para o mundo (de forma geral ou coletiva). Como consequência, neste novo contexto moderno, a solução das questões humanas ocorre sempre através da modificação dos indivíduos, gerando desinteresse e a descrença pela esfera pública, que por definição se volta para a coletividade¹⁰⁰. Outro fenômeno, porém, que decorre disso é o que se pode chamar de desinteresse político, descrito por Ulrich Beck¹⁰¹ como o surgimento de subesferas de realização da política (subpolítica), situadas fora do círculo tradicional no qual costumava se desenvolver, no qual se pode incluir grupos que, através de interesses comuns, buscam, em última instância, influenciar os poderes públicos para a garantia e efetivação de direitos. Por exemplo, veja-se a expansão de normas que se voltam à proteção das mulheres e dos migrantes surgidas nas últimas décadas ou a adoção do sistema de cotas raciais que obrigam um percentual mínimo de negros nas universidades.

Em conclusão, é possível entender que a unidade pós-moderna emerge da realização conjunta de indivíduos, resultado da vida compartilhada e não uma condição dada a priori¹⁰², como ocorria antes. Ela também não afasta o pluralismo, senão exige a conciliação de interesses dos membros e dos diversos grupos sociais que se apresentam. Isto nos remete à outra questão, relacionada à participação na construção da vontade pública, a qual deve ser estimulada e exercitada, garantindo-se a todos a igualdade para influenciar na tomada de decisões (seja no campo legislativo, executivo ou mesmo judiciário). Sem a possibilidade de participar das esferas decisórias, não há igualdade. Com efeito, o desnível quanto à participação na formação da vontade pública e nas esferas decisórias demonstra que a trajetória de inclusão, que se inicia com o estado moderno, desde o final do século XVIII não se completou até os dias atuais, embora seja inegável que passos largos e valorosos foram dados. Nesta perspectiva, seria possível, até mesmo, afirmar ainda nos encontrarmos dentro de um estágio da Idade Moderna,

⁹⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 31.

¹⁰⁰ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007. p. 34-35.

¹⁰¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 222.

de forma que o pós-modernismo somente se iniciaria a partir do fechamento deste ciclo que continua aberto. A mera previsão formal de direitos não foi suficiente para que se completasse um processo, o que vem sendo adiado e que diz respeito a um Estado Social Democrático e *Solidário* de Direito. De acordo com a concepção democrática, sua concretização depende da efetiva participação na construção das decisões públicas, especialmente por parte de indivíduos e grupos vulneráveis, historicamente colocados à margem das esferas decisórias.

2.7 Da enunciação de direitos à participação

Se, de um lado, a história demonstra constante e incessante busca por acesso a direitos e participação social dos grupos historicamente excluídos, doutra banda resistem a este movimento forças que colaboram de forma poderosa para a manutenção do *status quo* da injustiça e das desigualdades sociais, desvirtuando o *pactum socialis* com fórmulas adversas às exigências da cidadania e da soberania do povo. Colaboram para tanto o agir político desmoralizante e as sistemáticas agressões, internas e externas, de dominação, fatores relevantes que se somam a outros aspectos. Tais situações ficam mais evidentes nos países periféricos e demonstram uma necessidade premente, que é aquela relacionada à efetiva participação. Sem ela, não há possibilidade de influenciar na construção da vontade do Estado (por exemplo, na eleição de uma política pública a ser implementada). É dizer, a decisão pública fica a cargo daqueles que efetivamente possuem capacidade de participar e possibilidade de influência:

O povo que não é povo, a multidão que não é gente, a massa que se deixou domesticar, a classe média que já não tem influência no poder e jaz oprimida, o proletariado que perde cada vez mais a capacidade de luta e é perseguido no salário configuram o retrato social da falsa república onde desde muito não sobrerrestam senão traços ou vestígios de cidadania¹⁰³.

Como anota Arendt, “os homens das revoluções Americana e Francesa tinham alguma coisa em comum antes dos eventos que viriam a determinar suas vidas, moldar suas convicções e finalmente os distinguir, era um desejo ardente de participar nos assuntos públicos”¹⁰⁴. Passados séculos, mesmo a existência (formal) da democracia não é suficiente, sendo necessário ir além, para explicitar os meios técnicos de realização e sustentação desse

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9.

¹⁰⁴ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Trad. Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

direito¹⁰⁵. Não basta explicitá-los, porém. É preciso garantir que tenham efetividade, é dizer, que realmente sejam capazes de atingir suas finalidades e que possam ser manejados, em patamares de igualdade, por todos, independentemente de sua posição social, o que tem relação direta e inversamente proporcional com a condição de vulnerabilidade do indivíduo ou do grupo ao qual pertence (quanto maior a vulnerabilidade menor a participação nas esferas decisórias do Estado, restando somente vestígios de cidadania). “Há um grande e crescente abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e suas chances de se tornar indivíduos *de facto* – isto é, de ganhar controle sobre seus destinos e tomar decisões que verdadeiramente desejam”¹⁰⁶, sendo relevante observar, ainda neste contexto, que o exercício da cidadania pode ocorrer por várias formas, incluindo pontuar a cultura político democrática do povo, o que envolve igualdade de oportunidades e a educação para o seu exercício.

O constitucionalismo democrático, com o sufrágio universal, não emancipou politicamente as massas, de forma que grande parte do corpo social, hipervulnerabilizada em certos aspectos, permanece à margem, por diversos fatores que, em uma linha histórica, como visto, encontram um fio, somadas a questões que se colocam em cada período e território, caso, atualmente, dos avanços tecnológicos e da globalização. Veja-se, por exemplo, a questão dos apátridas e refugiados, que se colocam como um problema global hodierno.

A ausência de efetiva participação democrática é, portanto, fórmula de manutenção de grupos à margem social. Dela decorrem uma série de outros fatores, como a falta de direitos (ou sua mera enunciação), a ausência de políticas públicas efetivas, a deficiência na efetivação de direitos fundamentais (veja-se, por exemplo, a educação, que limita o acesso ao conhecimento e à informação, valor tão caro atualmente). Os grupos excluídos, portanto, aqui denominados vulneráveis, permanecem à margem do Direito efetivado, impossibilitados de real participação na vida pública, é dizer, impedidos de participar ativamente e efetivamente na formação da vontade do Estado.

A política, na caracterização de Norberto Bobbio¹⁰⁷, tem seu âmbito de abrangência vinculado às relações de poder estabelecidas na sociedade, entre indivíduos e grupos. Este poder é “a capacidade de um sujeito influir, condicionar e determinar o comportamento de outro indivíduo”. Complementa, observando que o vínculo entre governantes e governados é uma relação típica de poder. A participação democrática exige

¹⁰⁵ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 52.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernandes. **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 139.

efetiva possibilidade de influenciar, determinar e condicionar a formação da vontade pública, o que tem sido negado a determinados indivíduos ou grupos (ou, se poderia dizer, indivíduos pertencentes a determinados grupos). Neste aspecto, embora inegáveis grandes avanços, há ainda resquícios daquela sociedade estamental, anterior ao Estado moderno e pré-constitucional.

Ulrich Beck¹⁰⁸ chega a mencionar a existência de uma “monarquia democrática” ou de um “monarca a prazo fixo”, à vista da monopolização de direitos decisórios políticos, é dizer, os representantes, uma vez escolhidos pela via democrática, assumem os postos e a prerrogativa de decidir em nome dos cidadãos – convolados em súditos democráticos – muitas vezes esquecendo-se de seus direitos, o que vem sendo reiteradamente contestado no curso das modernizações reflexivas, em razão, justamente, da implementação de direitos e deveres democráticos que dispõem sobre possibilidades de participação. A mesma crítica poderia ser feita aos membros de tribunais e das funções essenciais à justiça, quando, a partir de uma visão tradicional, adotam uma postura excessivamente hierarquizada e quase mística, com grande distanciamento entre o detentor do conhecimento técnico, que seria acessível a poucos, e aquele que necessita da salvaguarda da Justiça, estimulados pela simbologia do formalismo. Ainda, no tocante ao legislador, quando adota textos legais restritivos e que fragmentam a sociedade, por exemplo, quando limitam o acesso à justiça a certas autoridades, indivíduos ou grupos¹⁰⁹.

Como já se anotou, considera-se a democracia uma versão mais bem acabada do Estado Social, em meio à globalização e ao neoliberalismo¹¹⁰, uma espécie de terceira dimensão do Estado de Direito (sendo a primeira o Estado Liberal de Direito, a segunda o Estado Social de Direito e a terceira o Estado Democrático de Direito). Parece evidente que esta afirmação não descarta o fato de que a participação direta deva ser sempre o horizonte a ser perseguido, com propósito ampliativo, devendo ser garantida em seu exercício tanto quanto e na maior medida possível. A existência de instrumentos de representação não impede tal compromisso e não deve ser óbice ao exercício direto. Ao inverso, representações possuem importância, primeiramente, em situações nas quais a atuação direta não seja viável (não se conseguiu, até os dias atuais, por exemplo, meio que permitisse que todos os cidadãos participassem das discussões legislativas que ocorrem diariamente nos âmbitos legislativos, nada obstante os

¹⁰⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 285-287.

¹⁰⁹ O ponto se relaciona com o debate em torno da legitimação para as ações coletivas e para a ação popular, enfrentado no terceiro capítulo.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19.

avanços tecnológicos); e, ainda, como forma de salvaguardar e fortalecer a participação democrática. É que, muitas vezes, é necessário apoio institucionalizado para maior organização do corpo social. Certos poderes somente podem ser contestados, em pé de igualdade, por outros poderes igualmente constituídos e dotados de certas prerrogativas. É o caso, por exemplo, das instituições inculcadas dentro do próprio Estado, incumbidas da defesa de direitos (incluindo o próprio regime democrático), que, não raro, visam frear abusos ou corrigir distorções causadas pelo mesmo Poder Público ou por particulares detentores de concentrada parcela de poder (político, econômico etc.), funcionando como voz ou peso na balança em favor das partes mais fracas da relação jurídica, política ou social. Configuram, assim, uma mais-valia, um escudo extra de salvaguarda de direitos e uma via de inclusão democrática, amplificando a voz dos vulneráveis¹¹¹.

A efetiva e igual participação na formação da vontade pública, com real influência em suas esferas decisórias, por fim, pode ser remédio contra a opinião de que os poderes capazes de concretizar uma boa sociedade saíram de vista. A nosso ver, a partir das conclusões desta pesquisa, esta descrença foi fortalecida pelas frustrações contidas em mais de dois séculos desde o advento das ideias liberais do final do século XVIII, notadamente pela ausência de igualdade real entre os indivíduos e da ausência efetiva capacidade de influência dos grupos então desprivilegiados, hoje vulneráveis, assim como alguns exemplos de frustradas tentativas de implementação do Estado Social (mormente sua chegada tardia nos países periféricos). Eventos como a pandemia causada pelo Corona vírus (Covid-19), que poderiam servir como ponto de retomada e finalização deste longo e talvez quase tardio processo, aparentemente ainda não surtiram o efeito. Mostra-se necessário concluir o ciclo ou, pelo menos, avançar em busca de um ideal igualitário, o que passa necessariamente, no contexto atual, por uma leitura democrática do acesso à justiça, o que deve incluir instrumentos que viabilizem referida possibilidade de participação na formação da vontade pública. Seria a ação popular um destes instrumentos? É uma das questões que se pretende aclarar ao final desta pesquisa.

2.8 Notas conclusivas ao primeiro capítulo e introdutórias ao seguinte

O século XVIII desencadeou a implantação do constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais. A revolução francesa, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, “fora uma espécie do próprio gênero de Revolução, em que ela se conteve: a

¹¹¹ A democracia, seu conceito e teorias, será tema abordado mais analiticamente mais à frente.

Grande Revolução espiritual racionalista do século XVIII”¹¹². Desde então, a história revela a existência de uma constante busca de espaços por grupos historicamente excluídos, os quais, incessantemente, procuram participar da vida pública, como sujeito de direitos.

O entendimento do cenário atual não prescinde da avaliação daquele contexto, desde o advento Estado Moderno e as investidas contra o absolutismo, identificando-se, já naquele período, os anseios de certos grupos que, não se sabe ao certo se de forma proposital, conduziram o povo (maior parte da população, excluída) às revoluções ocidentais, culminando, na França, com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O compromisso ideológico com a classe burguesa, todavia, não permitiu, naquele momento, a expansão ilimitada do lema francês. Nem mesmo a igualdade se concretizou para os demais grupos que permaneciam excluídos. Dentre inúmeros exemplos, veja-se, no Brasil, o caso plasmado no Decreto 528 de 1890, no qual se aduzia ser inteiramente livre a entrada, nos portos da República, de pessoas não nacionais. Contudo, já na sequência, o texto legal informar que somente se fossem indivíduos válidos e aptos para o trabalho, excetuados ainda da permissão de entrada “os indígenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos”¹¹³ (artigo 1º), além dos mendigos e indigentes (artigo 3º), que deveriam ser impedidos de desembarque pela polícia, ou seja, sem direito a qualquer procedimento administrativo ou judicial prévio.

Diante da grande pressão que surgia dessas massas, abandonadas pela burguesia, agora já convertida de excluída à excludente, o Estado Liberal foi forçado a realizar algumas concessões para deter os impulsos que advinham das ideias socialistas mais extremadas. Assim, algo que *a priori* poderia ser paradoxal, levou a um segundo estágio, o do Estado Social. Com efeito, a concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal, a ideia da liberdade moderna, como valoração da personalidade.

Mais recentemente, já no âmbito do Estado Democrático, os grupos excluídos, embora constituídos de maneiras diversas e identificados de maneira múltipla, classificados em diversas categorias, constituem uma unidade ou gênero, a que denominamos sob a expressão guarda-chuva “grupos vulneráveis”, tendo um aspecto em comum, qual seja exatamente a posição que ocupam, à margem do Direito efetivado, com destaque, mais modernamente, para a (ausência de) real participação ativa e efetiva na formação da vontade do Estado.

Na gênese deste contexto moderno, tem-se o conflito surgido entre o antigo organicismo e o individualismo. No primeiro, a prioridade encontrava-se nos agrupamentos,

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 152.

¹¹³ Eram os termos utilizados pela norma. Manteve-se a grafia original.

em detrimento do indivíduo. O último, pautado pela ética liberal, centrou-se axiologicamente no indivíduo, em detrimento da coletividade, ideia ligada ao Estado Liberal burguês que se reavivou com a crise do Estado Social, através do pensamento neoliberal, tendo como base uma concepção atomizada de sociedade. Com efeito, o individualismo clássico reaparece no final do século XX em sua linha mais extremada, encontrando eco nos libertários, defensores do Estado mínimo. O embate da democracia moderna gira em torno da superação da antítese clássica entre indivíduo e sociedade.

Mas, diferentemente do contexto anterior, já não se sustenta um movimento de busca da realização dos fins do sujeito com o abandonado total da noção orgânica, que aparece, contudo, repaginada, como procura de finalidades coletivas que, ao cabo, valorizam as individualidades. A noção de bem comum de hoje já não se confunde com a de outrora, de forma que o organicismo já não consegue sustentar justificativas para tratamentos desiguais a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade, traço que lhe era comum.

No ocidente, o Estado de Direito surgido no final do século XVIII segue se adaptando às condições históricas, ora recuando, ora avançando, ora transigindo, como ocorreu diante das pressões do Estado Social, o qual, sem se afastar do regime capitalista, fez instaurar uma série de direitos voltados ao bem-estar do indivíduo, representando “efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal”¹¹⁴.

O que se persegue hodiernamente, através da reunião de direitos de um grupo, é a igualdade individual a partir da constatação de vulnerabilidades comuns aos seus componentes. A formalização jurídica destes direitos tem como função fortalecer os laços que nas antigas comunidades constituíam vínculos associativos fortes e profundos, fundados na tradição, mas que passaram a ser tênues e artificiais nas relações das sociedades modernas. Não há que falar em prioridade absoluta do coletivo sobre o individual, de forma a asfixiar a individualidade e, também, não mais se justifica a individualidade levada ao extremo.

Esse fenômeno, que se inicia como superação à concepção orgânica que desconsiderava o sujeito, é acompanhado pela noção de titularidade de direitos, primeiro pelo indivíduo, seguindo ao grupo, sociedade (ou comunidade) e, por fim, ao gênero humanidade. Este movimento, como já se apontou, não pretende o retorno à concepção do período anterior, senão demonstra que a consideração do sujeito não dispensa o atendimento às coletividades. Indivíduo, comunidade e sociedade não necessitam estar em situação de eterna incompatibilidade, ao inverso, estão interconectados.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 184.

Em um contexto democrático, o passo seguinte rumo à concretização da efetiva possibilidade participação igualitária na formação das decisões públicas, o que inclui o campo do Executivo – participando ativamente da execução de políticas públicas e da concretização dos direitos; do Legislativo, tendo voz ativa na elaboração das leis e na eleição dos valores a serem protegidos pelo ordenamento; e, também, do Judiciário, o que se relaciona com a concepção de acesso à justiça que deve ser adotada, que precisa incluir instrumentos que viabilizem referida possibilidade de participação na formação da vontade pública.

3 ACESSO À JUSTIÇA, PODER JUDICIÁRIO, PARTICIPAÇÃO E PROCESSO

A absoluta igualação formal de todas as pessoas é uma utopia e, em certa medida, até mesmo indesejável, tendo em conta que cada ser humano possui características e peculiaridades diversas e próprias, as quais os tornam, por natureza, diferentes. Isto exige que sejam tratados na medida de suas igualdades e de suas desigualdades, para que se alcance a isonomia, enquanto ideário de justiça¹¹⁵. Esta máxima, que remonta a tempos antigos, integrou-se aos alicerces democráticos mais modernos e vincula todos, incluindo aqueles que atuam no plano da legislação (abstrato) e da aplicação da lei (concreto), irradiando-se, até mesmo, ao plano das relações privadas¹¹⁶. No âmbito do sistema de justiça, eventual tratamento discriminatório positivo se relaciona com a paridade de armas nos procedimentos, o que inclui a capacidade de iniciar, de intervir e de influenciar em processos decisórios.

Acesso à justiça e desigualdade (que, neste sentido, não se confunde com a desigualação positiva) configuram verdadeiros caminhos antagônicos, considerando que uma ordem jurídica justa deve primar pela garantia de oportunidades. Não se coaduna com esses ideais, portanto, a situação em que indivíduos ou grupos se veem obrigadas a recorrer ao poder judiciário em condições desfavoráveis, ou seja, na contramão da ideia de participação democrática.

Dentro de uma perspectiva de igualdade, se os direitos materiais devem ser iguais para todos, na medida de suas desigualdades, isso deve se aplicar, também, aos procedimentos que servem para a sua aplicação concreta, inclusive e especialmente nos casos controvertidos (que são os que, em geral, são levados ao sistema de justiça), evitando-se que pessoas mais fortes ou astutas tenham vantagens em relação àquelas mais vulneráveis. Com efeito, apesar da igualação sob o ponto de vista jurídico-formal, as partes em um processo, não raro, encontram-se em posições de disparidade¹¹⁷.

¹¹⁵ “O que chamamos de isonomia processual nada mais é do que um reflexo do princípio tradicional da isonomia no plano do processo, que passa a integrar a garantia mor do devido processo legal (art. 5º, LIV). Dar tratamento isonômico às partes (art. 139, I, CPC) significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Igualdade no sentido de garantia constitucional fundamental quer significar isonomia real, substancial e não meramente formal” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Novo CPC: das normas fundamentais e a aplicação das normas processuais*. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **O novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 11-30).

¹¹⁶ Sobre a constitucionalização do direito, é dizer, os efeitos e a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁷ PIERO, Calamandrei. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 25-100.

O exercício da cidadania, que ocorre por diversas formas e em vários setores, também se opera, inevitavelmente, no campo do processo judicial. Neste aspecto, a política se liga ao jurídico, especialmente considerando o passado e o horizonte de constante busca por inclusão social e participação de pessoas e grupos vulneráveis, tema analisado no primeiro capítulo deste estudo.

O debate em torno do acesso à justiça e dos temas que se acoplam em seu entorno (como o papel dos tribunais e a função do processo) envolve, em seu cerne, a discussão sobre a ampliação do acesso a pessoas e grupos, em maior ou menor intensidade, vulneráveis, a partir dos obstáculos que enfrentam para tanto. Trata-se, portanto, da incessante e permanente busca por igualação, que passa, em tempos contemporâneos, pela capacidade de participar, acessando e influenciando, dos procedimentos judiciais.

A estreita relação entre a participação política, o princípio democrático, o exercício da cidadania, a atividade judicial e o processo indica o foco e os limites deste capítulo. Isso não quer dizer que não sejam realizadas, de maneira tangencial, outras abordagens cujas fronteiras com o tema central não sejam muito claras. Desta forma, serão abordadas questões envolvendo a atividade judicial, seu papel na efetivação do quadro normativo e enquanto instância que exerce atividade de criação do direito, o acesso à justiça à luz do Estado Direito e a contribuição do Projeto Florença, especialmente no que concerne aos obstáculos quanto à tutela de direitos coletivos. Será ainda objeto de análise a relação entre processo, democracia e participação.

3.1 Atividade judicial: entre o político e o jurídico

A relação entre indivíduos e coletividades e o desenvolvimento do Estado relaciona-se com a inclusão social daqueles mais vulneráveis, historicamente excluídos do processo de formação da vontade pública, fato geralmente analisado sob o viés da ausência de efetiva participação política.

A política é o aspecto da realidade relativo ao conjunto de interesses comuns ou coletivos entre os homens, em torno e em razão dos quais se agregam e se determinam a certos propósitos, simbolizado, em um aspecto amplo (relativamente ao campo da sociologia), desde a casa (família) até a cidade; e, em perspectiva restrita (concernente à seara do direito), o mesmo conceito (o aspecto da realidade relativo ao conjunto de interesses comuns ou coletivos entre

os homens, em torno e em razão dos quais se agregam e se determinam a certos propósitos), mas restringido à matéria constituída pelos chamados interesses públicos¹¹⁸.

Nesse sentido, a tutela dos interesses de um grupo envolve uma questão política. Por consequência, as decisões judiciais, sobretudo as que envolvem tutelas coletivas, regra geral, também acabam por atingir o âmbito político, já que geralmente dizem respeito ao interesse coletivo, é dizer, relacionam-se à questão comum a mais de uma pessoa, de uma parcela da comunidade ou, até mesmo, de um grupo maior, que pode chegar a ser a sociedade inteira.

Os interesses comuns, ou seja, a política, se vinculam às relações de poder estabelecidas na sociedade, como “capacidade de um sujeito influir, condicionar e determinar o comportamento de outro indivíduo”¹¹⁹. Com efeito, é dentro do conjunto de normas vigentes em um corpo social e no nível de sua efetivação que se estabelecem as possibilidades do sujeito, é dizer, a possibilidade de uma vida materialmente digna, a mobilidade social, igualdade de oportunidades etc., ou seja, aquilo que é necessário, de forma mínima, para o desenvolvimento do indivíduo enquanto sujeito dotado de dignidade.

Há quem defenda¹²⁰ que o direito é um ramo da moral política, que, por sua vez, é uma ramificação da moral pessoal, a qual decorre de um tronco ainda mais genérico (a teoria do bem viver), formando uma unidade de valor, semelhante a estrutura de uma árvore. Sendo ele mesmo ramo da moral “é necessário pôr em evidência algo que podemos chamar de justiça procedimental, a moralidade não só dos resultados justos”¹²¹, que, embora para Dworkin seja uma governança imparcial, pode ser compreendida enquanto procedimento judicial justo¹²². Ainda, entende-se que, embora direito e política sejam coisas diversas e que a atividade interpretativa não se confunde com a tomada de decisões políticas, uma dose de subjetivismo sempre estará presente na atribuição de sentido às leis e na valoração do caso concreto, de modo de que, mesmo residualmente, há um traço político nas decisões jurídicas¹²³. Marcelo Neves,

¹¹⁸ Neste sentido: CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 94-95.

¹¹⁹ BOBBIO, Noberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernandes. **Noberto Bobbio: o filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 139.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 10.

¹²¹ *Ibid.*, p. 9.

¹²² A realização do justo no âmbito do processo é um valor que lhe é inerente, como decorrência do dever de dar a cada um o que lhe é devido, podendo ser depreendido como decorrência de uma juridicidade natural “que não é opção do ser humano, mas por esta compreendida a partir do que há de mais seu: a racionalidade” (MACHADO, Lucas Silva. A boa-fé como dever natural: o art. 5º do CPC segundo a perspectiva do realismo jurídico. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **O novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 31-48).

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 196-197.

por sua vez, sustenta que “[A] Constituição do Estado democrático de direito implica sempre a interpenetração estrutural e a interferência operativa entre direito e política”¹²⁴. A par das diferentes percepções e dos inúmeros debates em torno da questão, é forçoso reconhecer, no mínimo, como aponta Bobbio, que “a ordem jurídica é produto do poder político”¹²⁵, que não se esgota e se renova constantemente.

A construção de uma sociedade politicamente igualitária envolve a possibilidade de todos influenciarem igualmente na tomada de decisões do Estado (o que inclui, na contemporaneidade, as do Poder Judiciário). Nem todos conseguem influenciar de forma significativa. Há sempre os que permanece à margem, caracterizados por algum fator de vulnerabilidade que os coloca, sob algum aspecto, em condição de dominados, em contraposição aos dominantes. Alguns grupos mencionados no primeiro capítulo deste estudo, como o Terceiro Estado ou o proletariado, mas também os escravos, as mulheres, os refugiados, os pobres, entre outros, podem exemplificar a questão.

Como parte do processo de formação da vontade pública, a atividade judiciária inclui-se, por isto, no contexto da busca por inclusão dos vulnerabilizados. A democracia exige, assim, possibilidade de participação igual e ativa na construção das decisões judiciais. Em outros termos, a cidadania participativa também se exerce no bojo dos procedimentos da Justiça.

Com efeito, há uma relação entre Estado, sociedade e Direito. Assim, o modelo adotado pelo Estado possui reflexos diretos na sociedade e no Direito. Considerando-se que o marco ideológico constitucional deve pautar a construção e a interpretação das normas sociais, o sistema de justiça deve atuar dentro das balizas do Estado Democrático de Direito, do constitucionalismo democrático, do qual não pode se afastar. No Brasil, a opção foi pelo modelo de Estado Social Democrático de Direito, conforme a Constituição Federal de 1988. Por consequência, as relações sociais e o Direito (incluindo o procedimental) devem observar os princípios vetores, como o democrático, privilegiando a participação.

Embora a construção normativa de uma sociedade jamais esteja totalmente concluída, em um panorama geral, se verifica que o rol de direitos formalmente previstos vem crescendo a cada fase ou conquista, quando novos são incorporados, favorecendo a inclusão social em busca de uma meta igualitária. O problema que se coloca desde a segunda metade do

¹²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 169.

¹²⁵ BOBBIO, Noberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernandes. **Noberto Bobbio**: o filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 152.

século XX e fica mais evidente em seu opúsculo e na alvorada do século XXI é no sentido de que mesmo previstos direitos no plano formal algo ainda falta, que é sua efetivação, o que pode ocorrer no plano do poder responsável pela execução do programa normativo traçado (Executivo) e, uma vez que falhe (se omitindo ou violando), pela via do Judiciário. Os próprios “princípios inerentes a atual ideia de democracia (igualdade, liberdade, pluralismo, etc.) são, em grande parte, tutelados pelo Judiciário quando de sua violação por particulares e até pelo próprio Estado”¹²⁶.

O processo que vai desde o Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito revela esta crescente normatização (no sentido de inserção de valores através da lei), com destaque para a consagração normativa dos direitos sociais (Estado Social de Direito). Assim, passa-se a se regular, através de normas jurídicas, âmbitos da existência humana que antes estavam excluídos desta esfera, fazendo com que se intensifique a atuação do Poder Judiciário, constantemente chamado a efetivar os direitos normatizados.

A juridicização se estrutura em quatro ondas sucessivas, segundo Habermas¹²⁷. A primeira, no período absolutista, resulta no advento do Estado Burguês, marcado pela distinção entre os subsistemas da economia e do estado, caracterizado pela lei e pela pessoa enquanto indivíduo com personalidade jurídica, marcado pelo direito positivo, universal e formal. A segunda etapa vem com o Estado Constitucional (*Rechtsstaat*), onde se começa a limitar de forma legal o poder público através da consagração de direitos subjetivos públicos. Segue-se, posteriormente, com o Estado Constitucional Democrático (*demokratischer Rechtsstaat*), no qual os cidadãos são dotados de direitos de participação política. Por último, aponta-se o Estado Social e Democrático (*sozialer und demokratischer Rechtsstaat*), momento ulterior onde processo de juridicização garante a liberdade.

Com efeito, o Estado de Direito caracteriza-se pela divisão de poderes, que exercem a soberania por meio de funções definidas pela lei e são tipicamente apontados como sendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No Estado de Direito Liberal (também denominado de clássico), havia um evidente protagonismo do Poder Legislativo, a partir da ideia de que as leis deveriam garantir os direitos, com fundamento na autonomia dos indivíduos exercida pelos representantes eleitos para o parlamento. No Estado Social de Direito, o protagonismo passa ao Executivo, responsável por concretizar o acesso aos direitos previstos, por meio das ações de

¹²⁶ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013. p. 127-129.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**: lifeworld and system – a critique of functionalist reason. 2. v. Tradução de Thomas McCarthy. Massachusetts: Beacon Press, 1987. p. 356 -373.

governo. Com efeito, evidenciou-se que a mera previsão formal de direitos não era suficiente para a promoção da cidadania, que avançava para uma noção ligada à justiça social. O fenômeno foi designado, em seu ápice, como Estado-Providência (expressão de origem francesa – *État Providence*) ou Estado do bem-estar social (*Welfare State*). No Estado Democrático de Direito observa-se que um papel de destaque passa a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, verificável através do fenômeno denominado de “judicialização” (das questões anteriormente reservadas às outras esferas, notadamente da política e das relações sociais). Tais demandas por intervenção do poder jurisdicional têm como objeto a efetivação, adaptação e complementação dos comandos emanados do legislador. O fenômeno ocorre, não por acaso, simultaneamente ao movimento do acesso à justiça, a partir da segunda metade do século XX¹²⁸.

Esse cenário, que exige um então novo papel do Poder Judiciário (e, em sentido mais amplo, do sistema de justiça), promove uma aproximação ou certa confusão entre a atividade dos tribunais e a atividade política, cujo exercício é por definição encargo do Poder Legislativo. Além disso, revela a necessidade de que o processo democrático seja observado não só no momento da criação legislativa, mas, também, nos procedimentos de interpretação e execução do Direito, o que abarca a possibilidade requerer, opinar e influenciar a tomada de decisões judiciárias. Verifica-se, assim, clara relação entre o elemento político – o exercício da cidadania, a inclusão-exclusão de grupos vulneráveis e capacidade de influência nas decisões públicas – e o jurídico (que envolve o acesso à Justiça, tocando em aspectos da legitimidade para acionar os sistemas e a participação em igualdade de condições).

À guisa de conclusão, a atividade jurídica não se confunde com a política. Todavia há elementos que se tocam e uma dissociação total é tarefa praticamente impossível. Além disso, fazem parte de uma mesma estrutura e por isto devem respeito a um mesmo tronco de valores que irá permear a atuação dos agentes que exercitam os poderes.

3.2 Atividade criativa, ativismo judicial e efetivação do quadro normativo

O papel dos sistemas de justiça nas sociedades se transformou nos últimos séculos, o que ocorre como decorrência vários fatores que influenciam as transformações sociais e refletem no esquema da organização de poderes.

¹²⁸ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18-21.

Segundo Felipe Braga Albuquerque¹²⁹, as sociedades modernas, surgidas após a independência americana e a revolução francesa, a partir do final do século XVIII, adotaram modelos distintos com relação ao Judiciário. De um lado, inspirado no conceito do juiz como boca que pronuncia as palavras da lei e, de outro, um modelo que aproxima os juízes da atividade política. Neste aspecto, observa que tais influências decorrem da teoria política de pensadores como Montesquieu, no primeiro caso, e John Locke, no segundo. Nos Estados Unidos, adotou-se sistema que mais se aproxima da segunda hipótese, especialmente a partir da análise da possibilidade de interpretação judicial e controle constitucional, como consequência da experiência vivenciada na primeira década da independência, em razão da qual se construiu a concepção de que mesmo governos populares não estariam imunes ao arbítrio, de forma que o Parlamento não poderia ficar imune a controle. Constatação similar já fora feita, também, por Tocqueville¹³⁰, para quem o poder conferido aos tribunais norte-americanos representa uma barreira contra eventual tirania das assembleias políticas. Ainda, que o simples fato de o juiz americano poder fundar suas decisões na constituição, inclusive para negar a aplicação das leis (inconstitucionais), já representa, por si só, a atividade de um poder político¹³¹. Já na Europa desenvolveu-se um modelo que mais se aproxima do segundo caso, o que encontraria fundamento histórico na própria desconfiança que os revolucionários franceses tinham com relação aos juízes, que atuavam a serviço da monarquia absoluta, o que, de certa forma justificaria a primazia do Parlamento, a partir da ideia da lei como expressão da vontade geral, com apoio da plataforma liberal então vigente. No Brasil, nota-se, segundo o autor, uma convergência (um modelo americano-europeu¹³²) e, especialmente após 1988, com advento da Constituição oriunda do processo de redemocratização do país, o Judiciário, alçado à categoria de poder político essencial pela própria constituição, passa a exercer um novo papel, mas ativo, devendo atuar, inclusive, na salvaguarda do próprio regime democrático. Assim, assume função positiva, afastando-se da posição tradicional, atuando na própria estruturação da sociedade, o que desloca o polo de tensão de determinadas questões para o âmbito judiciário. Ainda nesse contexto, a Justiça passar realizar também uma atuação em prol do interesse geral, com o

¹²⁹ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013. p. 71-108.

¹³⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 117.

¹³¹ *Ibid.*, p. 113.

¹³² Em sentido similar, observando que, no Brasil, há um sistema jurídico híbrido que apresenta traços das tradições europeias e norte-americanas: ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 40-45.

advento da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e com a sedimentação da ação popular, por exemplo.

Esse fenômeno decorre de diversos fatores, como o processo de redemocratização e uma maior consciência dos cidadãos em relação aos seus direitos, que passaram, portanto, a ser postulados. Esta mudança de postura dos tribunais se verifica com surgimento do estado social, o que ocasiona uma espécie de redimensionamento das relações entre os clássicos poderes do estado, deslocando-se certas questões dos procedimentos políticos para o judiciais, assumindo, o acesso à justiça, um papel fundamental no desenvolvimento da sociedade. Como consequência, a função jurisdicional ganha relevância. Felipe Braga arremata observando que a alteração de centro de tensão de questões antes resolvidas na seara política para o da Justiça representa “uma das maneiras pelas quais as minorias (que no Brasil significa maiorias politicamente desorganizadas) têm para intervir no processo de decisão da classe política”¹³³.

Com efeito, ao longo do percurso histórico, as liberdades negativas do Estado Liberal se somam às positivas (ou sociais), que exigem uma atuação concreta para sua satisfação, de forma que o Estado deixa sua postura meramente absenteísta para assumir funções redistributivas e prestacionais. As normas fundamentais contemporâneas assumem condição diretiva, somadas à tradicional função de garantia de direitos que era trazida pelas constituições liberais. “La posición del Juez no puer ser más la de la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹³⁴, abandonando a posição de agente inanimado, a qual se contrapõe a ideia do hermeneuta.

O aumento das situações que a lei reconhece como juridicamente relevantes tem como uma de suas consequências o aumento dos casos nos quais se faz necessária a intervenção judicial, para aplicar a norma. Dessa forma, o processo operado pela legislação transporta ao plano jurídico conflitos que antes se fixavam no plano das relações sociais e econômicas. O cidadão adquire direitos de participação e materiais, como destinatário final, mas, também, que se exercem no decurso do procedimento. O juiz se converte em um construtor (*maker*) do direito e da política pública através de sua atividade decisória orientada para dar efetividade às normas, ante a necessidade de garantir direitos substanciais e procedimentais. Enfim, “*La instancia de*

¹³³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013. p. 108.

¹³⁴ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y división de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 256. Em livre tradução: “A posição do juiz não pode mais ser a da boca que pronuncia a vontade da lei”.

aplicación assume una función creadora que le era desconocida en el pasado”¹³⁵, fenômeno verificado de forma generalizada em países do ocidente.

O acentuado desenvolvimento da atividade judiciária como criativa (de normas que obrigam, no mínimo, as partes participantes do processo, o que ganha maior amplitude quando se fala de processos que discutem direitos de coletividades) no século XX é efeito de características e exigências econômicas, políticas, constitucionais e sociais da época contemporânea. Segundo Cappelletti¹³⁶, esse fenômeno é essencialmente de natureza quantitativa e, por isso, pode ser benéfico ou maléfico, a depender de circunstância de tempo, lugar, cultura, das necessidades e especificidades de respectiva sociedade, da organização e estrutura das instituições e, inclusive, do exercício da magistratura que exerce a criatividade.

O presente estudo, neste ponto, tem função muito mais descritiva, é dizer, parte-se da constatação e do reconhecimento do papel criador e ativo do Poder Judiciário. Não se pretende, assim, realizar uma análise acerca da validade ou não deste aspecto ou mesmo se trata-se de algo negativo ou positivo, senão observar que esta instância de poder passa ter relevância central no que concerne à inclusão de indivíduos ou grupos vulneráveis.

A hipermodernidade, o pós-positivismos e a aproximação das tradições jurídicos do *common law* e romano-germânica – no Brasil, evidenciada pelo controle de constitucionalidade, julgamento de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes etc. – são fenômenos que, na contemporaneidade, reforçam a quebra do paradigma de que a atividade de criação do direito é exclusiva do legislador, sendo impossível negar o caráter da jurisprudência como fonte primária que gera, por si mesma, normas jurídicas¹³⁷.

Com efeito, é inegável que a atividade dos tribunais se transformou, em razão de múltiplos fatores, reconhecendo-se, desde já, que o esquema atual de divisão dos poderes decorre das transformações sociais e das mudanças no sistema jurídico e político. Ainda, que “A separação de poderes não é uma divisão absoluta das Funções”¹³⁸. Em alguma medida a atividade jurisdicional é criativa (qualitativamente é criativa), o que pode se discutir é até onde deve ou pode ir (quantidade). Toma-se esta constatação como premissa. Em outras palavras, a análise, neste ponto, parte mais “do que é” atualmente do que “deveria ou poderia ser”.

¹³⁵ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y división de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 262-265. Em livre tradução: “A instância de aplicação da lei assume uma função criadora que era desconhecida no passado”.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 92.

¹³⁷ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

¹³⁸ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. Controle de políticas públicas de saúde pelo Judiciário. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 5, p. 4369-4379, 2013.

Como função criadora do direito (*law-makers*), os tribunais são chamados a interpretar e a decidir e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, e até mesmo criar o direito (regras com força cogente). Esta aproximação com a esfera política desloca, também, em certa medida, a histórica busca por direitos, inclusão e participação daqueles grupos vulneráveis – tema abordado no capítulo anterior – para o campo da atividade dos tribunais.

Isso não significa, porém, que magistrados sejam legisladores ou se confundam com eles, diferenciando-se em razão de sua passividade (inércia) no plano processual, estando a atividade decisória vinculada às partes e a situações postas concretamente (ainda que decididas em plano abstrato, como no controle de constitucionalidade), obrigados a agir com imparcialidade, devendo assegurar o direito dos interessados a serem ouvidos (*fair hearing*), atuando com suficiente grau de independência em relação às pressões externas e àquelas provenientes dos próprios poderes políticos. Do ponto de vista substancial, ambos são *law-making process*, já que, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, contudo, o procedimento judicial, diversamente do que ocorre nos processos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*). Com efeito, as decisões judiciais não produzem um direito originário, ao contrário dos legisladores, cuja atividade legislativa é autônoma e inicial, já que cria situações novas. Enquanto a decisão judicial tem origem no pedido das partes, ou seja, na vontade daquelas e não do juiz ou tribunal, uma decisão legislativa ou executiva tem origem na própria vontade do legislador ou do administrador¹³⁹.

Não se pretende, aqui, realizar uma defesa do Poder Judiciário. O objetivo é analisar e descrever o papel e o protagonismo que esta esfera adquiriu e hoje desempenha. Neste aspecto, a intenção é descritiva e tem relevância, para este estudo, na medida em que aquela instância de exercício de poder passa a influenciar decisivamente no processo de inclusão social de indivíduos e grupos vulneráveis. Não se desconhece as críticas, especialmente no tocante ao ativismo judicial, e eventuais abusos cometidos ou mesmo outros meios que se apresentem como alternativas, pelo menos parciais, a exercício do poder de julgar do Estado. Não se nega, contudo, que, até que uma grande mudança de paradigma se opere, é fato incontestável que o Poder Judiciário desempenha atividade essencial à formação da coisa pública, decidindo questões que afetam, por exemplo, o exercício de direitos fundamentais e a execução de

¹³⁹ Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 74-75; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política:** pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013. p. 83-102.

políticas públicas. Se é assim, deve se pautar pelo princípio democrático. Esta abertura democrática só é possível através da possibilidade de os interessados influenciarem nas decisões judiciais.

Em outras palavras, não se pretende olvidar os aspectos negativos da chamada atuação ativista do Poder Judiciário, com o deslocamento de aspectos concernentes à realização de políticas públicas da esfera do Executivo e do Legislativo, locais onde devem, por excelência, ser elaborados o planejamento e a definição das políticas públicas, inclusive no que diz respeito à alocação orçamentária, com vistas à efetivação dos direitos. Da mesma forma, não se relega ao esquecimento que uma atividade mais ativa dos tribunais possibilitou decisões de grande relevância social, impulsionando o avanço das sociedades. Não são poucos os casos, envolvendo, por exemplo, a implementação de direitos sociais, igualdade de gênero, liberdade religiosa, uniões homoafetivas, questões relacionadas a preconceito racial e à desigualdade. São características, que não raro aparecem em conjunto, marcantes destes casos, a presença de ameaça à direitos fundamentais ou à democracia, a proteção de minorias e a atuação contramajoritária, a atuação representativa (envolvendo demandas que possuem amparo constitucional ou legal, mas que são objeto de omissão pelo parlamento) e, em certas situações, a inexistência de uma solução pré-concebida pela legislação para a situação posta. Nos países dos periféricos, os evidentes problemas socioeconômicos, explicam, em parte, a intensa atividade mais ativa do Poder Judiciário, chamado constantemente a resolver casos desta natureza, de forma que tal tipo de atuação ganha ainda maior relevo. Nesse sentido:

Impende que o Judiciário, ao julgar ação popular ajuizada sob o registro da moralidade administrativa, não receie que possa estar se imiscuindo na seara da discricionariedade da Administração ou no campo dos atos puramente políticos, bastando lembrar, de um lado, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e, de outro lado, que é inerente ao nosso desenho jurídico-político a posição sobranceira do Judiciário no exame dos atos e condutas emanados dos demais Poderes. De outra parte, como lembra Fábio Konder Comparato, “se o Estado contemporâneo tem por finalidade última a transformação social, segue-se que a sociedade como um todo ou os diferentes grupos por ela beneficiados têm em conjunto o direito à aplicação dos programas de ação conducentes a esse resultado. E se têm direito, devem ter também uma ação judicial que assegure”.

É dizer, com Álvaro Luiz Valery Mirra: se alguma vez “o Poder Judiciário acaba por influir nas diretrizes políticas do Estado, isto se dá porque, antes, houve indevida omissão administrativa a legitimar a sua intervenção, provocada pela sociedade que dele espera o cumprimento do papel que lhe foi atribuído pela ordem constitucional”. E acrescentamos, impende ter presente que o Judiciário não atua de ofício, mas quando provocado e nos limites em o seja¹⁴⁰.

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2015. p. 139-140.

Não se desconsidera que, ao lado de uma postura mais ativa, mostra-se necessário que o Judiciário aja com cautela (com autocontenção), evitando-se, a pretexto substituir o legislador ou o gestor omissos, que abuse de suas prerrogativas, alvorando-se demasiadamente em esferas de competências alheias. Com efeito, o que tem sido chamado de ativismo judicial, se refere, em geral, ao abuso do exercício desenfreado do poder de criação, que usurpava as funções legislativas e em certos casos do poder executivo.

Ativismo e judicialização não se confundem, embora estejam, de certa forma, interligados. Enquanto o primeiro envolve um modo de atuação proativa e expansiva, que tem como resultado algo novo, uma criação não prevista na legislação, a segunda tem servido para designar, em seu viés quantitativo, a ampliação massiva de casos que são levados ao Judiciário (de litígios, portanto), e, em seu sentido qualitativo, a gama de matérias que passaram a ser decididas pelos tribunais, como anota o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹⁴¹. É especialmente neste último aspecto que estes fenômenos (ativismo judicial e judicialização) se tocam.

A primeira utilização registrada do termo ativismo judicial nas cortes judiciárias é atribuída ao juiz Joseph C. Hutcheson, no caso *Theriot v. Mercer*, que teve curso na Suprema Corte Americana e no qual se apontou vários erros ocorridos durante o julgamento, que haviam comprometido o veredito do júri, como o fim de anulá-lo. Segundo Keenan D. Kmiec¹⁴², a utilização se deu sem uma definição clara do significado do termo.

A criação do termo é anterior, atribuída a Arthur Schlesinger Jr., que o teria utilizado pela primeira vez no artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista norte-americana *Fortune Magazine* (de caráter jornalístico e informativo, é dizer, não se tratava de publicação acadêmica ou jurídica). Conforme estudo realizado por Bruna Villas Boas Campos¹⁴³, o texto acentuou a imprecisão do significado da expressão, a qual ficou ligada às críticas feitas aos erros judiciais no debate em torno do *judicial review*. Com efeito, desde então a expressão passou a ser, em geral, utilizada para designar uma atuação negativa, criticável e que extrapola os limites das atribuições da atividade dos Tribunais¹⁴⁴.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênua**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 205-207.

¹⁴² KMIIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.

¹⁴³ CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014.

¹⁴⁴ São expressões sinônimas, usadas para se referir ao problema da politização do Judiciário, dentre outras: governo dos juizes, judiciarismo, judicialização da política, judiciocracia, ativismo judicial, judicialização do fato político.

É importante observar, contudo, que esse papel mais ativo não é uma escolha (discricionariedade) política do Judiciário, mas consequência do próprio ordenamento jurídico. O Poder Judiciário somente implementa essa opção, feita anteriormente pelo legislador, especialmente o constituinte. A margem de discricionariedade que os tribunais possuem insere-se dentro do que a constituição já determina, o que vincula, inclusive, a atividade interpretativa. Trata-se, portanto, de uma consequência da conquista de direitos que veio sendo concretizada ao longo do tempo. Assim, não é correto simplesmente afirmar que o juiz está sendo ativista, quando está implementando tais direitos já projetados pelas constituições. Trata-se de uma diferença sutil, mas que coloca divisas e expõe a transição entre a ideia de que os juízes são livres para produzirem o que eles querem e a compreensão de que estão limitados pelo direito, não havendo liberdade total. Devem, por conseguinte, os tribunais, obedecer ao ordenamento jurídico. Este é o limite e, neste aspecto, a questão política não é, nem deve ser, a principal questão por trás das decisões judiciais. O ativismo é da constituição, característica do modelo constitucional, e não do juiz¹⁴⁵.

Com efeito, há um programa constitucional traçado pela constituição – e, de forma mais *lata*, pelo ordenamento jurídico como todo –, um quadro constitucional do qual o gestor (Poder Executivo) não pode fugir e fica a ele vinculado, devendo dar efetividade ao que foi definido pelo constituinte. Isto se aplica a todos os Poderes e instituições públicas, incluindo o Judiciário, o que ganha mais evidência a partir do momento em que passa assumir maior protagonismo. A necessidade (poder-dever) de realizar esta missão (de concretizar o programa normativo) justifica que conste entre os direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, uma cláusula aberta de controle judicial, onde se aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV)¹⁴⁶.

Além disso, ao fim e ao cabo, não há que se falar em atitude proativa dos tribunais, já que são os reclames sociais, levados ao Judiciário por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, com pedidos inovadores, que retiram o Judiciário de seu natural inércia, exigindo que tome decisões que alteram substancialmente as estruturas sociais, o que por vezes é classificado, criticamente, como ativismo judicial¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Referindo-se ao modelo adotado pela Constituição de 1998, afirma Zaneti Jr.: “Caraterística marcante desse modelo ativista, ativista da Constituição e não do juiz, que importa, neste ponto, gizar é que, quando a Constituição menciona um direito/dever fundamental, este é justicializável” (ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 209).

¹⁴⁶ “A ação popular é “meio destinado a provocar o controle jurisdicional dos atos do poder público” (SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 93).

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. São Paulo: Conceito, 2013. p. 101.

Importa observar que, ao tempo em que a constituição impulsiona e exige uma postura mais ativa para que se efetivem seus mandamentos, é também a própria que limita a atividade dos tribunais. “A criação judicial não está fora da constituição, mas dentro dela, se não o juiz seria uma espécie de mentor de uma nova força da constituição material”¹⁴⁸.

Aqui, reitera-se, não se equipara, portanto, o magistrado ao legislador, nada obstante ambos, juiz e parlamentar, estejam obrigados e limitados por aquele quadro do programa constitucional, especialmente no que toca aos direitos fundamentais e às políticas públicas que devem ser adotadas a partir disso. O pano de fundo da tomada de decisões do primeiro é o jurídico; do segundo, o político.

A criação judiciária, demais disso, não se confunde como o ativismo judicial, se tomado naquele aspecto negativo acima mencionado, confundindo-se com a arbitrariedade total de quem decide, pautado por argumentos políticos e em atuação que extrapola os limites de competência previamente fixadas. A expressão *ativismo*, todavia, se entendida no contexto de implementação dos direitos, do programa constitucional, além de válida, não revela uma liberalidade, mas algo a que os tribunais estão vinculados.

A história demonstra como certos grupos vulnerabilizados (raciais, religiosos, econômicos etc.), marginalizados no contexto de determinados países, encontram nos tribunais acesso e proteção. Decisões de grande relevância, como a tomada pela Suprema Corte americana no caso *Brown x Board of Education* em 1954 – tida como grande vitória na busca da eliminação do racismo, onde foi decidido ser inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas naquele país – se repetiram em diversos casos, muitos dos quais envolvendo a implementação de direitos sociais e avanços em busca da igualdade fática¹⁴⁹. A sentença do caso nasce de uma *class action*¹⁵⁰. Brown era pai de uma criança negra que não foi admitida em uma escola para brancos. Naquele contexto, o grupo (ou classe) se constituía por todos norte-americanos-do-norte em igual situação, pessoas com filhos negros que eram discriminados em escolas dos Estados do sul daquele país.

O acesso ao processo judiciário, especialmente para indivíduos e grupos vulnerabilizados, todavia, apresenta inúmeros obstáculos e dificuldades de várias ordens, tornando frequentemente desiguais as chances de as partes influenciarem nas decisões. A

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013. p. 8.

¹⁴⁹ USCOURTS. **History**: Brown v. Board of Education Re-enactment. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. **Revista de Derecho Privado**, v. 9, 2005. p. 23.

própria atividade interpretativa da lei “é o resultado de uma distribuição desigual de poder social e cultural dentro da sociedade como um todo e dentro de uma comunidade interpretativa particular”¹⁵¹, o que é necessário se ter em conta em cada contexto analisado.

Nos casos em que a criação jurisprudencial envolve o interesse de muitas pessoas, haverá sempre o risco de o direito criado pelos juízes se basear em audiência (*hearing*) incompleta dos interesses envolvidos.

Naquelas sociedades em que o Poder Judiciário é o intérprete por excelência da lei (pelo menos no que se refere à última palavra), o efetivo acesso à justiça é medida que se impõe ainda com mais razão, como forma de levar em consideração os sujeitos interessados na formação das regras que regem o corpo social, já que, ao cabo, tal processo se opera eliminando ou marginalizando interpretações possíveis, a fim de encontrar a que irá prevalecer. Em outros termos, trata-se, também nesta esfera, do exercício da cidadania e da busca por participação na formação da vontade pública, sem o que se opera o processo de exclusão e de vulnerabilização¹⁵².

A atividade judiciária tem a potencialidade de ser altamente democrática e sensível às aspirações sociais das mais diversas esferas da população, inclusive as mais desfavorecidas, sendo necessário, contudo, certas condições para que isto seja realidade, o que passa pela acessibilidade ao sistema de justiça, porta de entrada para a inclusão social, questão primordial e condição indispensável para a efetivação dos outros direitos¹⁵³. O efetivo acesso à justiça deve ser capaz de permitir e estimular que se corrija, melhore e modele sociedade.

Isso tem relação direta com a própria ideia do que seja acesso à justiça, conceito que sofrerá os influxos do paradigma teórico-normativo que venha a ser considerado, conforme análise realizada no tópico seguinte.

3.2.1 O acesso à justiça no Estado de Direito

Tendo a atividade judiciária (e, mais amplamente, do sistema de justiça, que engloba instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público, além do Poder

¹⁵¹ LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of “Legal Transplants”**. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997. p. 19.

¹⁵² Na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça é reconhecida a questão do acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa: “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”.

¹⁵³ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In: LIVIANU, R. (coord.). Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 2 fev. 2021.

Judiciário) adquirido protagonismo no que concerne ao funcionamento e à organização do Estado, influenciando direta e decisivamente em questões que dizem respeito ao desenvolvimento político-social, tem-se, como consequência, que o acesso à justiça passou a figurar como instituição imprescindível no processo que visa a igualação material, a inclusão e a participação de indivíduos e grupos historicamente vulnerabilizados. Não acessar os tribunais e não conseguir influenciar nas suas decisões, mormente quando dizem respeito a direitos que compõem a esfera da vida do indivíduo ou do grupo interessado porque será afetado pela decisão a ser tomada em um processo, significa estar excluído, em posição de desvantagem social, de subcidadania. Por outro lado, a capacidade de participação e influência representa meio que pode impulsionar o processo de superação das vulnerabilidades, que pode se manifestar em momento pré-processual ou sem seu curso (falando-se, nesse último caso, em vulnerabilidade da parte¹⁵⁴).

A noção de cidadania, que remete à filosofia clássica, parte da ideia de que os cidadãos devem participar do processo decisório e da gestão social. Aristóteles¹⁵⁵ observava que o cidadão não é o mesmo em todas as formas de governo, sendo que, na democracia, é cidadã a pessoa investida de certo poder, capaz de tomar parte no governo e de participar legalmente da autoridade deliberativa e judiciária. Reconhece que a cidade, ou seja, a multidão de cidadãos capazes prover suas necessidades, se compõe de partes diferentes, o que justificaria as desigualdades entre homem e mulher ou senhores e escravos, como algo natural. Essa noção primeiramente restringia a cidadania a certas categorias de homens, ou seja, aqueles que reuniam certas condições e o *status* necessário para seu exercício, sendo certo que não se tratava de um conceito voltado à universalidade.

Aquela concepção excluía boa parte das pessoas da participação nas decisões públicas, sendo os papéis de protagonismo, na República, reservados a alguns grupos. Essa ideia, de certa forma, inspira a noção moderna de cidadania, que, durante certo período, ainda era pautada na reserva a uma minoria quantitativa. Com as revoluções liberais, inspiradas pelo iluminismo, abrem-se novos horizontes à ampliação do conceito de cidadania, como direito igualitário de participação na vida pública que abarca todos os membros da comunidade, o que só vem encontrar amplitude, nos séculos seguintes, com a evolução do Estado Democrático de Direito. Como exemplo disso, durante muito tempo se entendeu que apenas eram cidadãos

¹⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade processual no novo CPC. In: **Repercussões no novo CPC**. José Augusto Garcia de Souza (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 183-ss.

¹⁵⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

pessoas do sexo masculino, situação verificada, segundo Pontes de Miranda¹⁵⁶, na Constituição francesa do ano VIII (pelo calendário francês, equivalente a 1799), cujo debate acerca do tema, todavia, ainda ressoava no final do século XIX (discutia-se, por exemplo, a capacidade de uma mulher impetrar *habeas corpus*, considerando ser o remédio, àquela altura, privilégio do cidadão) e ainda perdura até os dias atuais em alguns países de mente atrasada.

Hodiernamente, a noção de cidadania se vincula não somente aos direitos tradicionais (civis, políticos e sociais), senão aos pleitos e expectativas relacionados ao reconhecimento e à implementação dos denominados interesses metaindividuais, não mais identificados, em tese, com determinados grupos ou classes sociais privilegiadas (sob o ponto de vista de deter, com exclusividade, o exercício do poder). Isso tem exigido a superação dos paradigmas tradicionais, vinculados a uma concepção unicamente individualista de direitos, inclusive no que concerne ao direito processual.

Os níveis acesso à justiça, diante da nova configuração político-social, com destaque para as funções dos tribunais, repercutem diretamente no grau de qualificação dos regimes democráticos, exigindo altos índices de eficiência e funcionamento do Poder Judiciário, das funções essenciais à justiça e, por conseguinte, dos mecanismos que se voltam à reclamação de direitos, como as instituições e os instrumentos processuais.

Dierle Nunes e Ludmila Teixeira¹⁵⁷ propõem uma análise que visa, como declaram, a desconstrução do sentido atribuído ao acesso à justiça pelo senso comum teórico até a década de 1970, realizando um estudo do tema à luz da proposta procedimentalista do Estado Democrático de Direito. Segundo Marc Galanter¹⁵⁸, a expressão acesso à justiça adquire os contornos atuais a partir daquela época, com forte contribuição do Projeto Florença, passando a significar algo mais amplo, no sentido da capacidade de pleitear justiça perante várias instituições, governamentais ou não. Anteriormente, referira-se ao acesso às instituições judiciais (acesso às cortes de justiça) ou, quanto muito, após a Segunda Guerra Mundial, à assistência judiciária ou à igualdade perante a lei. A partir de 1970, verificou-se um movimento de ampliação dos recursos e da legitimidade, viabilizando maior acesso aos cidadãos comuns aos tribunais, assim como a expansão de programas de representação legal aos economicamente carentes e aos grupos não representados. Desde então, passa a haver uma preocupação com a remoção das barreiras que se colocam em torno de reivindicações já reconhecidas como direitos

¹⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Tomo II. Campinas: Bookseller, 1999. p. 45.

¹⁵⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 7-12.

¹⁵⁸ GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão. In: FERRAZ, Leslie Sherida. **Repensando o acesso à justiça no Brasil: estudos internacionais**. Aracajú: Evocati, 2016. 2. v.

no plano formal. Atualmente, “[A] preocupação com a justiça não apenas se move para incluir novos tipos de problemas, mas também para incluir os problemas de grupos que anteriormente não eram tão considerados”¹⁵⁹. Um dos efeitos desse fenômeno é a multiplicação do “número de contendas em que não estão presentes as condições de participação igualitária”¹⁶⁰.

O direito e sua interpretação seguem uma teoria sobre a justiça, que serve como pano de fundo às respostas dadas aos desafios que se apresentam e a qual deve se alinhar as instituições, os procedimentos e a atividade desempenhada pelos atores envolvidos (juízes, defensores públicos e privados, membros do Ministério Público, serviços auxiliares à justiça, para ficar apenas no âmbito sistema de justiça). Com efeito, as compreensões mais específicas não podem ser realizadas sem correlação com aspectos macros. Por exemplo, uma concepção liberal do acesso à justiça irá influenciar toda a criação, alteração e interpretação do direito, a partir deste *background* (da ideia de fundo), havendo, portanto, uma unidade de valor, semelhante a estrutura de uma árvore, valendo-se, novamente, da analogia feita por Dworkin, já referida em outro trecho, para ilustrar o raciocínio¹⁶¹. Ainda, o papel dos tribunais, em um Estado Democrático de Direito, deve descrever a opção democrática efetuada, orientando sua atuação dentro do processo judicial, que, por sua vez, pode representar um espaço essencial para o exercício ampliado da cidadania (o que pode se denominar de cidadania processual) e para a democratização no que toca à efetivação de direitos¹⁶², por meio do acesso à justiça.

Bem por isso, verificam-se transformações conceituais em torno da expressão acesso à justiça. A concepção teórica em torno do termo decorre da visão de mundo subjacente aos respectivos paradigmas históricos¹⁶³. A noção do que seja um paradigma é encontrada na obra de Kuhn¹⁶⁴, que o define como “um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias e suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação”. Relaciona-se com a ciência normal, que, por sua vez, remete à pesquisa baseada em realizações científicas passadas, as quais, reconhecidas por alguma comunidade científica, fornecem fundamentos para o seu desenvolvimento posterior. O paradigma, portanto, é formado a partir dessas realizações científicas, que, reconhecidas universalmente (no universo

¹⁵⁹ GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão. In: FERRAZ, Leslie Sherida. **Repensando o acesso à justiça no Brasil**: estudos internacionais. Aracajú: Evocati, 2016. 2. v.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 9.

¹⁶² ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118.

¹⁶³ A relação entre os paradigmas do Estado de Direito e o acesso à justiça é delineado, dentre outros, por: NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13-60.

¹⁶⁴ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

de algum campo) e durante algum tempo, fornecem os problemas e guiam as soluções de uma comunidade praticante de algum ramo da ciência¹⁶⁵.

Objetivamente, trata-se de um contexto que irá nortear todo um sistema. Sua aplicação foi sendo também incorporada ao direito, na medida em que se considera a existência de uma ciência jurídica. No campo das ciências, o termo “revolução científica” irá designar “os períodos durante os quais os paradigmas são primeiramente atacados e então modificados”¹⁶⁶. As revoluções (científicas), assim, resultam na superação de um paradigma antigo por um novo

Nesse sentido, o paradigma liberal, é dizer, a visão construída tendo como pano fundo os valores do Estado Liberal, inaugurou uma visão instrumentalizada direito, posto a serviço da autodeterminação individual. Estruturou um movimento codificador, na qual o exemplo por excelência foi o Código Civil Napoleônico (1804), com protagonismo do Poder Legislativo. A justiça, neste contexto, não se pautava por valores distributivistas – o que poderia ser visto, até mesmo, como algo que desequilibrava a relação entre mercado e sociedade –, mas se amparava no respeito à liberdade e à iniciativa pessoal.

Natural que um princípio da justiça fosse buscado pela atividade dos legisladores, cabendo ao juiz o papel de subsunção objetiva do direito legislado aos fatos. O acesso à justiça seria primordialmente garantido pela atividade legislativa, pela elaboração de normas que reconhecesse formalmente direitos. Nesta acepção, ligava-se a aspectos técnicos, ou seja, se relacionava a uma perspectiva privativa, ao poder de exercitar a ação, exclusivamente, sem a necessidade de interpretações do aplicador da norma. Refletia-se, nos procedimentos voltados à solução dos litígios, a filosofia essencialmente individualista, tudo como decorrência do entendimento que valorizava a autonomia da pessoa, capaz, em tese, de defender adequadamente seus próprios interesses.

Como a tarefa dos julgadores restrita a operações lógico-dedutivas das regras gerais e abstratas fixadas pelo parlamento, o sentido de acesso à justiça equivale, nesta acepção, ao direito de ingresso em juízo, ao poder de exercitar a ação, desprovido de conteúdo político-social, como decorrência da ideia de não intervenção do Estado, então em voga. Voltava-se essencialmente ao direito que fosse invocado pelo autor (que tivesse condições de promover uma ação por seus próprios meios), evidenciando-se um espectro de igualdade puramente formal, o que significava tratar as partes abstratamente, desconsiderando eventuais diferenças pessoais dos envolvidos.

¹⁶⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

¹⁶⁶ *Ibid.*

Foi essa a primeira concepção de acesso à justiça desenvolvida no âmbito das codificações da sociedade do Estado de Direito, no contexto de sua fase liberal.

O paradigma social ganha espaço a partir do momento em que os direitos sociais passam a ser reivindicados como obrigação e não mais como caridade, tendo como marco o chamado Estado de bem-estar social. Medidas socioassistenciais, por meio da intervenção do poder público, voltadas para grupos e pessoas desfavorecidas, passam a constituir parte do que é considerado necessário ao desenvolvimento do cidadão, como complemento ou extensão aos direitos civis e políticos, considerando-se, também, a ideia, cada vez mais difundida, de que a mera enunciação nas normas não era suficiente para garantir igualdade material, sendo necessário reconhecer as diferenças e proteger os mais vulneráveis.

Se, naquele primeiro estágio, o parlamento foi o grande protagonista, aqui este papel se desloca ao administrador. Além disso os poderes judiciários passam a se voltar ao atendimento do compromisso social, de modo que, guiado por certas finalidades públicas, sociais e econômicas, os tribunais passam ser, também, um espaço destinado a transformações sociais. Naturalmente, há uma preocupação com a adequação técnica processual neste novo panorama.

O acesso à justiça, não mais em seu aspecto puramente formal, vai adquirindo contornos de centralidade na processualística moderna. A reboque, vêm os questionamentos relacionados à legitimação do sistema de justiça, inclusive no que diz respeito ao papel das instituições, que subestimam autonomia privada dos indivíduos nos processos decisórios¹⁶⁷.

Desse período são os estudos realizados no bojo do Projeto Florença (década de 1960), que traz nítida a preocupação com a noção de igualdade material, é dizer, não apenas com a proclamação de direitos. Com efeito, as chamadas ondas renovatórias configuram uma espécie de programa a ser implementado com intuito de, ao cabo, aprimorar os instrumentos relacionados ao acesso à justiça de acordo com então paradigma do Estado Social de Direito. Considerando sua relevância, tal estudo será objeto de análise específica na sequência deste trabalho.

Este segundo paradigma (o social) acabou desaguando em uma “jurisdição surda, forjada de um falso consenso ético-axiológico que não tardou em se traduzir em opressão e isolamento”¹⁶⁸, ocasionando certo déficit de legitimação, assim como ocorreu no contexto

¹⁶⁷ Neste sentido: NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 32.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 64.

liberal, no qual um sistema excludente era incapaz de sustentar a legitimidade de uma filosofia que entoava bases no lema da igualdade e da solidariedade.

Por fim, inaugura-se a fase (ou paradigma) do Estado Democrático de Direito, que, não ignorando os avanços dos estágios anteriores, com o reconhecimento de direitos individuais e a materialização de direitos sociais para a promoção da cidadania, especialmente no que representaram para as respectivas épocas, se volta a uma perspectiva mais participativa, plural e aberta, no qual os participantes da sociedade possam influenciar, como destinatários e ao mesmo tempo protagonistas, na ordem jurídica.

Retira-se as vendas da Justiça, para que se possa dizer o direito a partir de uma interpretação realizada pela via da comunicação pública, com cooperação plural das partes interessadas no resultado da demanda e nos efeitos que possa produzir. Como se nota, esta nova concepção, de certa forma, busca harmonizar a autonomia privada (modelo liberal) com a perspectiva publicística da fase social, aplicando o resultado, doravante, tanto na formação legislativa (da tomada de decisões políticas) como no processo jurisdicional (nas decisões judiciais), reaproximando, de certo modo, os Poderes que assumiram protagonismos nas respectivas fases.

O Estado Democrático de Direito decorre da agregação do elemento participativo ao estado social, passando-se a considerar a participação como valor inerente à formação das decisões do poder público¹⁶⁹. Necessário, assim, que isto seja observado tanto na gênese, é dizer, no processo de criação do direito (plano legislativo), como na sua concretização, seja no âmbito administrativo (plano executivo), seja por meio decisões judiciais (plano judiciário).

Conclui-se que, em sua concepção democrática, o acesso à justiça exige uma estrutura procedimental que viabilize a participação, tanto de instituições (públicas e privadas, com representatividade adequada para a defesa dos direitos) quanto dos indivíduos diretamente, respeitando a autonomia desses sujeitos, membros do grupo atingido pelas decisões que serão tomadas, com destaque para comunidades que enfrentam maiores obstáculos em razão de fatores que os tornam vulneráveis.

3.3 A contribuição do Projeto Florença

Na segunda metade do século XX foi publicada uma pesquisa com a finalidade de analisar movimentos identificáveis de forma generalizada em diversas partes do globo visando

¹⁶⁹ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

tornar os sistemas de justiça mais acessível a todos. O denominado de Projeto Florença de Acesso à Justiça envolveu pesquisas publicadas em vários volumes, tendo como relatório geral, o primeiro, escrito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que veio a se tornar uma obra clássica, tendo sido publicada em 1978 e traduzida para o Brasil dez anos depois por Ellen Gracie Northfleet com o título *Acesso à Justiça*¹⁷⁰. As publicações impulsionaram um movimento de acesso à justiça pautado na premissa de que sua efetividade está vinculada à justiça social.

Na origem do Projeto Florença, além de Mauro Cappelletti, que ficou mais conhecido no Brasil em razão da tradução do livro “Acesso à Justiça” e que coordenou a pesquisa, estão outros pesquisadores, como Bryant Garth, James Godeley e Earl Johnson. O último teve um papel proativo no contexto norte-americano na década de 1970 e foi diretor de um programa chamado *War on Poverty*, no qual um grupo de juristas defendia que um braço desse programa deveria se voltar ao acesso à justiça, como mecanismo necessário para combater a pobreza.

Mais recentemente, o novo *Global Access to Justice* pretende atualizar e ampliar o estudo, a partir de iniciativa dos pesquisados brasileiros Cleber Franciso Alves e Diogo Esteves, juntamente com Earl Johnson, Bryant Garth e Alan Peterson. A pretensão é, também, incorporar os chamados países do Sul nas pesquisas.

Durante os estudos que foram desenvolvidos na presente pesquisa, parte do trabalho de revisão bibliográfica apontou para conclusão de que o acesso à justiça no Brasil não teria qualquer identidade metódica com os estudos do Projeto Florença. Eliane Botelho Junqueira¹⁷¹ afirma que o interesse de pesquisadores brasileiros pelo tema do acesso à justiça, que houvera se iniciado somente a partir da década de 1980, não possui relação com os estudos do Projeto, capitaneado por Mauro Cappelletti na década de 1960. A questão central da temática, no Brasil, portanto, não decorreria da expansão do Estado de bem-estar social ou da necessidade de se efetivar os novos direitos conquistados pelas minorias. Conclui que, no Brasil, os estudos decorreriam da necessidade de expandir para a população direitos básicos não acessíveis à *maioria* das pessoas (e não a minoria), justificada “tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64”¹⁷².

¹⁷⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 7.

¹⁷¹ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

¹⁷² *Ibid.*

Esta conclusão faz sentido se for adotado um conceito de minoria meramente quantitativo. Com efeito, sob o ponto de vista qualitativo, não é necessário que um grupo, para ser considerado minoritário, o seja sob o aspecto numérico. Em vários países, é certo que a maior parte da população pode ser considerada uma minoria a partir de sua condição de vulnerabilidade, como decorrência, por exemplo e de forma não excludente, do próprio histórico de marginalização socioeconômico dos setores subalternizados, da exclusão político-jurídica e da tradição liberal-individualista do ordenamento, citados por Junqueira.

O mero fato de, por razões que não são bem esclarecidas, o Brasil não ter feito parte dos relatórios da pesquisa do Projeto Florença não parece ser suficiente para que se conclua que aqueles estudos não influenciaram, anos depois, as pesquisas e a própria formação das novas estruturas jurídico-institucionais do país a partir da década de oitenta (1980), com o processo de redemocratização. A própria tradução da obra *Acesso à Justiça* (primeiro volume do relatório dos trabalhos realizados pelo estudo) para o português, em 1988, depõe contra o entendimento contrário as influências da pesquisa de Cappelletti, Garth e companhia, no Direito brasileiro.

Há evidências de que os movimentos políticos e sociais que se iniciam internamente no Brasil a partir da década de 1980 encontram nos estudos do Projeto Florença influências e afinidades. A exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, apontados por pela professora Eliane Junqueira, não afasta, senão aproxima, os ideais do *Welfare State*. É esta a posição, também, de Dierle Nunes e Ludmila Teixeira¹⁷³, que discordam da leitura de que não haveria qualquer identidade metódica entre os estudos realizados no Brasil e aqueles levados a efeito pelo Projeto Florença, tendo em vista que aqui, igualmente, foram implantadas as estruturas normativas do mesmo ideal sociopolítico, ainda que o Estado de bem-estar social não tenha se tornado realidade no contexto brasileiro.

Isso também é o que se infere da leitura de publicação feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁷⁴, na qual analisou a influência da obra de Mauro Cappelletti no direito processual brasileiro, concluindo que “foi amplamente difundida e continua sendo estudada e citada”, inclusive com a presença do italiano em inúmeras palestras e conferências que proferiu no Brasil. Interessante notar que, antes mesmo da década de 1980 (período da redemocratização) e da tradução do livro “*Acesso à Justiça*” (*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*), que coincide com o ano da constituição de 1988, as

¹⁷³ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 36-45.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, p. 45-50, out. 2001.

publicações do jurista italiano já eram objeto de estudos no Brasil. Conforme resgate feito por Alvaro de Oliveira¹⁷⁵, em 1969, a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul publicou tradução do ensaio *Ideologie nel Diritto Processuale*, feita por Athos Gusmão Carneiro e cujo o título ficou traduzido como Ideologia no Processo Civil. Em 1984 era lançada a tradução brasileira de *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado), traduzida por Aroldo Plínio Gonçalves e revisado por José Carlos Barbosa Moreira. Depois vieram as traduções dos livros “Acesso à Justiça”, já mencionado, em 1988, feita por Ellen Gracie Northfleet; “Juízes Irresponsáveis”, em 1989, e “Juízes Legisladores?”, em 1993, ambos por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; e os dois volumes de “Processo, Ideologias e Sociedade”, por Elício de Cresci Sobrinho (volume 1, no ano de 2008) e Hermes Zaneti Jr. (volume II, em 2010).

Alvaro de Oliveira¹⁷⁶ aponta, ainda, a evidente influência da doutrina desenvolvida por Mauro Cappelletti em três diplomas legislativos brasileiros, com grande força, na introdução dos juizados especiais (Lei 7.244 de 1984, depois revogada pela Lei n 9.099 de 1995, que passou a regulamentar o tema), na Lei n 7.347 de 1985, que disciplina a ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990), as duas últimas integrantes de chamado núcleo duro do microsistema processual coletivo. Conclui afirmando que “Mauro Cappelletti foi o grande inspirador e paladino em nossa época dessa ótica mais humana e realista de sentir e pensar o fenômeno processual”¹⁷⁷, preocupando-se com temas como as garantias constitucionais do processo e sua dimensão social, assim como o acesso à justiça, por meio da participação e pela proteção dos chamados interesses difusos, influenciado por uma visão sociológica do processo, herdada de Piero Calamandrei, e pela a vivência compartilhada do *civil law* e do *common law*.

Obviamente, tudo isso não afasta a influência de outros estudiosos, a exemplo de Boaventura de Sousa Santos e de pensadores brasileiros, citados por Eliane Botelho Junqueira¹⁷⁸ na obra supra referenciada.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, p. 45-50, out. 2001.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ O texto faz menção ao terço final do século XX.

¹⁷⁸ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

3.3.1 Os problemas relacionados à defesa de direitos difusos¹⁷⁹ como obstáculos ao acesso à justiça

As pesquisas do grupo que desenvolveu o Projeto Florença foram publicadas em vários volumes, tendo como relatório geral, o primeiro, escrito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que veio a se tornar uma obra clássica, tendo sido publicada em 1978 e traduzida para o Brasil em 1988 por Ellen Gracie Northfleet com o título “Acesso à Justiça”¹⁸⁰. A publicação destes estudos impulsionou um movimento de acesso à justiça pautado na premissa de que sua efetividade está vinculada à justiça social. Para o presente estudo importa, especialmente, a abordagem acerca dos problemas relacionados à defesa dos direitos difusos.

Em uma concepção tradicional do processo civil, voltado à solução de controvérsias entre duas partes a respeito dos seus interesses individuais, não havia espaço para a proteção de direitos coletivos. A mobilização política dos indivíduos houvera sido de capaz de transportar vários anseios ao plano normativo, convolvendo-os em direitos. A enunciação legal não prescindida da possibilidade de se reclamar em juízo a concretização das previsões legais:

Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem-estar-social, no entanto, têm precisamente esses contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo – como autor ou réu – será provavelmente pequeno. É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que haja vontade política de mobilizar os indivíduos para fazer valer seus direitos – ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo.¹⁸¹

Os procedimentos, todavia, eram insuficientes ou inadequados à tutela coletiva, que não se encaixava nos esquemas existentes. Daí já era possível concluir que em tais situações, “nem a demanda individual seria uma via eficiente para o cumprimento da lei, nem a mobilização política dos indivíduos uma alternativa provável de concretização dos direitos”¹⁸².

A questão foi abordada através da identificação de obstáculos ao efetivo acesso à justiça, estruturados em três eixos. O primeiro relacionava-se aos altos custos do processo,

¹⁷⁹ A expressão “direitos difusos”, neste tópico, é utilizada em sentido genérico, como sinônimo de direito coletivo *lato sensu*. “Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 26).

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 7.

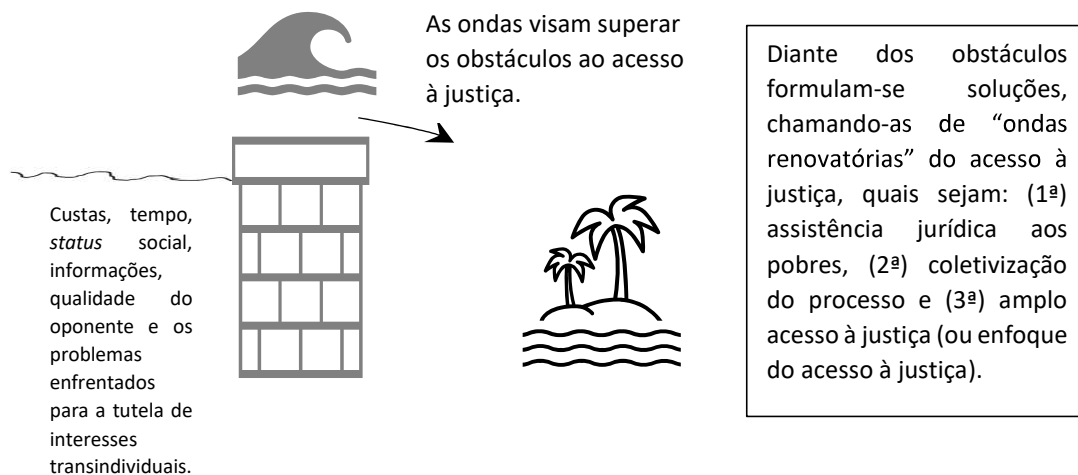
¹⁸¹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁸² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 40.

englobando as taxas judiciárias e os honorários advocatícios, que deveriam ser suportados pelas partes. O segundo se ligava às possibilidades das partes, o que envolve aspectos relacionados à capacidade pessoal (como o *status* social, o acesso à informação, a qualidade do oponente e a aptidão de suportar os ônus financeiros do litígio por mais tempo) e coloca alguns litigantes em posição de desvantagem. Em contraposição, certas pessoas ou organizações, por exemplo, em razão dos recursos que possuem ou da posição social que ocupam, são alçadas a posições de vantagens evidentes para propor ou defender demandas, já que podem pagar para litigar e suportar as demoras do litígio. Além disso, apontava-se para diversas barreiras, que eram (e ainda hoje são) determinantes para a acessibilidade à justiça, o que abrange a capacidade educacional para reconhecer a existência de direitos reclamáveis juridicamente, informações sobre como ajuizar uma ação, a disposição psicológica para enfrentar uma demanda e a intimidação derivada de um ambiente formal, com procedimentos complicados, fatores que podem ter maior ou menor influência a depender da causa e das pessoas ou instituições envolvidas. Litigantes organizacionais, por exemplo, costumam ser mais eficientes que os indivíduos, nesse contexto¹⁸³.

Figura 3 – Acesso à justiça: obstáculos e “ondas”

A coluna representa os obstáculos que impedem o acesso à justiça:



Fonte: Elaborada pelo autor.

Relativamente aos interesses difusos (terceiro eixo), as barreiras apontavam para questões diretamente relacionadas à capacidade do indivíduo para a defesa coletiva de direitos. No aspecto material, relaciona-se à vulnerabilidade organizacional, de forma que as pessoas

¹⁸³ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 18-26.

interessadas, embora tenham razões para reivindicar um direito coletivo, “podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum”¹⁸⁴. No aspecto formal, diz respeito à ausência de reconhecimento, por parte dos ordenamentos de diversos países, quanto à possibilidade de ações privadas coletivas, que ficam restrita aos legitimados coletivos ligados ao poder público (ou, o que é pior, ao governo).

As soluções práticas para os problemas de acesso à justiça foram formuladas através da famigerada metáfora das três ondas renovatórias, quais sejam, em uma linha mais ou menos cronológica iniciada em meados da década de 1960, a assistência judiciária aos pobres¹⁸⁵; a representação dos interesses difusos; e uma concepção ampla de acesso à justiça, chamada simplesmente de *ênfase do acesso à justiça*, por incluir as questões anteriores e ir além delas.

Com relação à primeira onda, o tema será objeto de análise específica na sequência deste trabalho, quando será analisada a assistência jurídica pública como suporte e reforço à tutela coletiva de direitos pelos indivíduos e grupos vulneráveis.

No que diz respeito à segunda onda, as soluções, que envolviam aspectos relacionados aos interesses coletivos (ou grupais), apresentavam ligação com os chamados litígios de direito público, por vincularem-se a assuntos de políticas públicas que dizem respeito a grupos de pessoas. Como decorrência da proteção dos direitos coletivos, verificou-se uma necessária transformação do papel juiz e de conceitos do processo, como o direito de ser ouvido e da coisa julgada. Quanto à legitimação ativa, reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais contribuíam para que indivíduos ou grupos pudessem atuar em representação dos interesses difusos. Sendo impossível que todos os titulares de um direito coletivo comparecessem ao juízo, observava-se a necessidade de que houvesse um representante adequado. A visão individualista do devido processo judicial cedia espaço e se fundia com uma concepção coletiva e, portanto, social¹⁸⁶.

Um dos problemas apontados dizia respeito à concentração da legitimidade em instituições públicas ou funcionários públicos, que, segundo o estudo, se, de um lado, poderia ser causa de inspiração, de outro, também seria capaz de inibir a atuação mais independente contra o próprio Estado ou componentes poderosos do *establishment*, defendendo-se que

¹⁸⁴ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 27.

¹⁸⁵ Nada obstante, em certos trechos se mencione a assistência judiciária, no próprio “Acesso à Justiça”, assim como na obra “Juizes Legisladores?”, é utilizada a expressão assistência jurídica, que é mais ampla e engloba tanto a representação em juízo quanto o amparo no campo extrajudicial. Ver: *Ibid.*, p. 143; CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 85.

¹⁸⁶ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 50-51.

permitir a propositura de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos por indivíduos deveriam fazer parte de uma contínua reforma¹⁸⁷, que deveria ainda fomentar a organização e o fortalecimento grupos que pudessem atuar de maneira organizada, aperfeiçoando o modelo das *class actions*.

Pontuava-se, ainda, que instituições (americanas) já alertavam que não só os pobres (no sentido tradicional de carência econômica) estariam excluídos do processo de tomada de decisão em assuntos de grande importância para sua esfera de interesses. Estes temas, integrantes de um novo direito de interesse público, em geral, por envolver interesses tão difusos, estariam fora do mercado de serviços jurídicos comuns, o que era mais uma dificuldade a ser enfrentada, seja por meio de subsídios do Estado, de filantropia privada ou como ônus da própria classe dos advogados¹⁸⁸. “Todas as pessoas que se preocupam com a degradação ambiental, com a qualidade dos produtos, com a proteção do consumidor, qualquer que seja sua classe socioeconômica, estão efetivamente excluídas das decisões-chave que afetam seus interesses”¹⁸⁹.

Como se observa, diversas destas questões mencionadas (como obstáculos e soluções ou ondas de superação) diziam e ainda dizem respeito a questões relevantes, que ocuparam e ocupam os debates acerca do aprimoramento dos procedimentos voltados à tutela individual e coletiva de direitos.

Por fim, a terceira onda dizia respeito à transição entre o acesso à representação em juízo até uma concepção mais ampla de acesso à justiça, incluindo reformas na advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, mas indo além, partindo-se da constatação de que a representação judicial, tanto de indivíduos, quanto de interesses coletivos, não houvera se mostrado suficiente, por si só, para tornar as mudanças no plano legislativo tangíveis ao nível concreto. Neste enfoque inseriu-se, também, o estímulo a alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura do sistema de justiça ou a criação

¹⁸⁷ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

¹⁸⁸ Neste sentido: Halpern, Charles R. **Public interest law: its past and future**. Id-Dritt, v. 7, p. 44-57, mar. 1976. Disponível em: https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/123456789/62350/1/Public_interest_law_its_past_and_future_1976.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹⁸⁹ O trecho, citado por Cappelletti e Garth, é uma citação cuja fonte primária foi consultada para este trabalho. No original: “First, the public interest lawyers believe that the poor are not the only people excluded from the decision making process on issues of vital importance to them. All people concerned with environmental degradation, with product safety, with consumer protection, whatever their class, are effectively excluded from key decisions affecting those interests” (HALPERN, Charles R. **Public interest law: its past and future**. Id-Dritt, v. 7, p. 44-57, mar. 1976. Disponível em: https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/123456789/62350/1/Public_interest_law_its_past_and_future_1976.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021).

de novos tribunais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios e a utilização de mecanismos privados ou informais para sua solução. Neste bloco, “em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial”, reconhecendo “a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”¹⁹⁰.

Mais recentemente, a doutrina¹⁹¹ passou a mencionar a existência de novas ondas (quarta, quinta e até sexta). Sem prejuízo de maior reflexão sobre o tema, o que atualmente se classifica como uma novidade parece encontrar-se englobado no contexto do enfoque ao acesso à justiça (terceira onda), que, por sua amplitude e abertura, permite a adesão de novos instrumentos a partir das necessidades que vão sendo identificadas com o passar do tempo e o desenvolvimento da temática.

Verifica-se, ainda, referência a uma “*contra onda*” (*counter-wave* ou *rip current*)¹⁹², para designar uma tendência de movimento e influências que vão desde as regiões periféricas para o centro, contrariamente às ondas tracionais que, na metáfora de Cappelletti, têm sido usada para caracterizar uma série de tendências globais convergentes no chamado movimento de acesso à justiça, traduzido na ideia da lei formal se expandindo em direção a comunidades antes marginalizadas, ou seja, refletindo movimentos do centro à periferia. O fluxo, assim, passa a ser de mão dupla. A ideia é interessante, por demonstrar, em um plano macro, a perspectiva de inclusão e participação, com efetiva influência de grupos estigmatizados, vulnerabilizados ou invisibilizados (caso, por exemplo, de culturas típicas de comunidades tradicionais ou mesmo de países inteiros, como as antigas colônias europeias nas américas, cuja tradição jurídica é fortemente marcada pela tradição eurocentristas, com os aspectos positivos e negativos que isso foi capaz de gerar).

3.4 Processo, democracia e participação

Se o poder emana do povo¹⁹³, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, como aduz o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira, ou seja,

¹⁹⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 71.

¹⁹¹ Neste sentido: ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 44-46.

¹⁹² ECONOMIDES, Kim; TIMOSCHANKO, Aaron; FERRAZ, Leslie S. Justice at the edge: Hearing the sound of silence. **Adelaide Law Review**, The, v. 41, n. 1, p. 39-85, set. 2020.

¹⁹³ Segundo anota Bobbio, nas democracias modernas, que repousam em uma concepção individualista de sociedade, o soberano não é o povo, que se trata de uma abstração, mas são todos os cidadãos, os indivíduos, que, com seus defeitos e interesses, são a realidade (BOBBIO, Noberto. **Teoria geral da política**. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 380). A proposta deste estudo, vale lembrar, não

se tem suas bases na soberania popular e na norma ápice do ordenamento, que estabelece o Estado Democrático de Direito, é certo que isso deve ser refletido em todos os poderes, instituições, entidades e pessoas que fazem parte da sociedade. Todos, portanto, devem ser democráticos. Democracia, por sua vez, pressupõe participação (diretamente ou por meio de representantes)¹⁹⁴.

A participação nas decisões dos tribunais representa, de certa forma, uma atualização do exercício da democracia pelo cidadão da antiga *polis*, onde o tribunal é uma espécie assembleia, dentre as várias existentes nas sociedades modernas complexas, a partir da democratização das instâncias de poder.

É lógico que, naturalmente, é preciso uma organização diferente daquela que antes convinha aos antigos. Na democracia antiga, o indivíduo deveria se submeter completamente ao todo. Era soberano nas questões públicas (como cidadão, porção do corpo coletivo, decidia questões sobre guerra e paz), mas servo nos assuntos privados. A vontade de cada um possuía influência real no exercício da soberania, com o objetivo de partilhar as decisões públicas entre os cidadãos, motivo pelo qual a posição política era elemento que se encontrava na consciência social. Na modernidade, ocorre o inverso, é dizer, a independência na vida privada, mas o enfraquecimento da pessoa enquanto sujeito do corpo coletivo, a partir do desenvolvimento das ideias do liberalismo político. Não por acaso, o sistema representativo é apontado como uma descoberta e uma necessidade dos modernos¹⁹⁵. Relacionando-se a isto, chega-se a afirmar que “quanto mais o exercício do poder político nos deixe tempo para os nossos interesses privados, mais a liberdade será preciosa”¹⁹⁶. Na modernidade, o indivíduo passa a pouco perceber a influência que exerce na comunidade e, por consequência, a sua cooperação, diante da valorização da liberdade individual em detrimento daquela de outrora. Em consequência, a existência individual encontra-se menos inserida na política¹⁹⁷.

As liberdades que convêm às sociedades modernas não são as mesmas que convinham às antigas. A autonomia individual é genuína da modernidade, todavia, não é menos

desconsidera as individualidades, tampouco os grupos que compõem, dentre eles, em uma escala maior, o povo, aqui considerado como todas as pessoas de certa sociedade.

¹⁹⁴ Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁹⁵ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019. p. 43-57.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 74.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 58-59.

certo que a liberdade política é garantia daquela. Sendo assim, não se deve renunciar totalmente uma em benefício da outra, mas reclamá-las em conjunto. Os perigos em cindir profundamente as liberdades ou valores de hoje e de outrora reside exatamente nos prejuízos em se abdicar de alguma delas. Enquanto no último caso o foco era em assegurar participação no poder social, gerando pouca preocupação com a importância dos direitos e gozos individuais, a modernidade arrisca-se no campo oposto, afrouxando os laços coletivos, criando um ambiente no qual mais facilmente se renuncie aos direitos de participar do poder político, restando tudo mais absorvido na independência privada, desaguando na apatia política e comunitária. Em lugar de se renunciar a alguma delas, é necessário combinar todas, respeitando os direitos individuais, mas consagrando a influência sobre a coisa coletiva, por meio da participação dos indivíduos, diretamente ou representados¹⁹⁸.

O termo “liberdade” nem sempre teve o significado que hoje vige. Até as revoluções oitocentistas se ligava à ideia de liberdade restaurada, incluindo somente os chamados direitos civis, excluído, todavia, o direito (político) de participar nos assuntos públicos. Neste sentido, “resultam da libertação, mas não são de modo algum o conteúdo real liberdade, cuja essência é a admissão no âmbito público e a sua participação nos assuntos públicos”¹⁹⁹. Libertação, para Hanna Arendt²⁰⁰, é uma condição da liberdade, embora não seja dela resultado necessário (pode haver libertação sem que daí resulte a liberdade). A primeira (libertação) relaciona-se com o livrar-se da opressão. A segunda (liberdade) tem a ver com a possibilidade de viver uma vida política. Portanto, é a capacidade de participar. Esta liberdade, ligada a este modo de vida político, só pode se desenvolver na república²⁰¹. Seu ambiente, por excelência, é a democracia.

Ponto importante a ser tomado como pressuposto é que a democracia moderna é o pluralista (embora não estejam obrigatoriamente associadas, já que pode haver uma sociedade pluralista que não seja democrática, como a feudal, e vice-versa), na medida em que se desenvolve em um Estado no qual se trava uma lide em duas frentes: a do poder que vem de baixo contra o que parte do alto; e em nome da distribuição do poder contra o poder concentrado. Pluralismo e democracia, neste contexto, são convergentes e complementares. Nas palavras de Bobbio:

¹⁹⁸ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019. p. 70-78.

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

A teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas mas não incompatíveis (ao contrário, são convergentes e complementares) contra o abuso do poder; representam remédios diversos mas não necessariamente alternativos contra o poder exorbitante. A teoria democrática toma em consideração o poder autocrático, isto é, o poder que parte do alto, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder só pode ser o poder que vem de baixo. A teoria pluralista toma em consideração o poder monocrático, isto é, o poder concentrado numa única mão, e sustenta que o remédio contra este tipo de poder é o poder distribuído²⁰².

O pluralismo, que envolve diversos pontos de vista diferentes e até mesmo colidentes, leva a outra característica essencial da sociedade (e por consequência, da democracia) moderna, que é o dissenso, na medida em que opiniões divergentes devem ser aceitas, desde que não descambem para a intolerância. Dissentir é um direito do sujeito moderno, que acaba por se relacionar com suas liberdades (de pensamento, de expressão, religiosa etc.). Em uma sociedade pluralista, o dissentimento não só é possível, mas necessário e estimulante, devendo ocorrer dentro de espaços onde as regras do jogo estejam bem estabelecidas²⁰³. Participação e deliberação são, portanto, questões que devem ser levadas em conta.

Analisando a relação entre processo civil e direitos humanos, Vitor Fonsêca²⁰⁴ observa, a partir da análise de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal, previsto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, é amplo, abrangendo lides de qualquer natureza e não se esgotando na audiência, desdobrando-se em várias exigências, por meio de garantias, ou seja, de meios idôneos, voltadas à efetividade dos direitos.

Seria impossível ouvir todos os interessados, diretamente, em todas as decisões que fossem tomadas pelos tribunais, o que inviabilizaria seu funcionamento. Além disso, as decisões judiciais não se formam pela vontade da maioria. Isto, todavia, não impede a irradiação da lógica democrática ao processo.

Obviamente, teorias e modelos democráticos pensados para a atividade eminente política dos parlamentos não podem ser simplesmente transplantadas para o plano do Judiciário²⁰⁵, já que, neste último caso, ao cabo, caso as partes não cheguem a um consenso um

²⁰² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 72.

²⁰³ *Ibid.*, p. 74.

²⁰⁴ FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-40.

²⁰⁵ Sobre transplantes jurídicos e a necessidade de se considerar os contextos nos quais a comunicação de institutos e normas terão curso (raciocínio que se aplica ao presente ponto): LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of “Legal Transplants”**. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997; FOLJANTY, Lena. **Legal transfers as processes of**

juiz ou tribunal decidirá a questão, a favor ou contra certos interesses. Além disso, o dissenso é elemental natural do litígio que, em regra, é preexistente à ação. Se a questão chegou a juízo, portanto, é porque as pessoas não consentem sobre certa questão. A exceção ficará por conta de processos de jurisdição voluntária.

A importância de se possibilitar a solução dialogal, pluralista e participativa, contudo, é visualizada já na própria tendência adotada pelos ordenamentos modernos que estimulam a solução consensual dos litígios, antes ou durante o curso do processo judicial. O Código de Processo brasileiro de 2015, por exemplo, nada obstante reafirme expressamente a inafastabilidade de jurisdição no artigo 3º, *caput*, estimula a resolução dos conflitos por consenso, o que fica claro, dentre outros dispositivos, pela própria redação dos parágrafos daquele artigo, quando aduzem que “[O] Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “[A] conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, assim como pelo artigo 139, inciso V, que dispõe incumbir ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição”.

O só fato de um terceiro (juiz ou tribunal) ter que adotar uma decisão final, se não houver composição entre as partes, não afasta o carácter democrático que deve iluminar o processo. Primeiro, porque as partes terão tido a possibilidade de influenciar na decisão. No plano dos processos coletivos, além disso, a coisa julgada não se opera na lógica *pro et contra*, mas *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, de maneira que a decisão só será vinculante aos indivíduos se for para beneficiar ou poderá ser proposta nova ação no caso de não esgotamento da prova. Segundo, porque no próprio espaço legislativo um corpo (uma autoridade ou grupo de autoridades) também adotará uma decisão final, que não será discricionária, dado que deve ser operada dentro de um quadro que fixa os limites de sua atuação (as decisões devem ser adotadas, em qualquer caso, seguindo as regras preestabelecidas, as quais devem ter sido aprovadas também por um processo democrático). Tal decisão, em geral, não agrada a todos. Mesmo diante de um sistema de participação direta, a decisão final será tomada em detrimento de outras posições defendidas por parte do grupo que se colocasse contrariamente à posição que prevaleceu, seja por meio de representantes ou por vias de participação direta.

cultural translation: on the consequences of a metaphor. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 2, p. 89-107, 2015.

Importa aqui tecer algumas considerações sobre democracia, que teve uma vivência curta na antiguidade e passou milênios adormecida, sendo retomada no debate político ocidental a partir das revoluções liberais. Ela existe desde os antigos, mas sua teorização é algo moderno.

Na antiguidade, grande parte da população da pólis não possuía a condição de cidadã, de modo que não participava das decisões políticas, é dizer, das decisões públicas. Visto de outro ângulo, todos aqueles que eram cidadãos, ou seja, que eram considerados iguais, detinham o mesmo poder de participação. Com o tempo, a ampliação da ideia de igualdade, vinculada à democracia, vai sendo moldada (especialmente, mas não só, com a ampliação do direito ao voto, nos sistemas representativos).

A democracia pode ser analisada, dentre outras, sob algumas perspectivas: das formas de exercício, direta ou representativa; quanto as suas diversas teorias, que envolvem estudos realistas ou possuem caráter de um ideal transformador da sociedade, ou seja, análises sobre as vivências ou possibilidades a partir de uma realidade ou de um ideário; e no que diz respeito as suas dimensões, que se relacionam com os aspectos da vida que são atingidos pelas ideias democráticas.

Uma das dimensões se relaciona às regras cuja observância será necessária à distribuição do poder político (sentido formal). Neste aspecto, mais do que uma ideologia, pode ser conceituada como “um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abrangem a toda a comunidade)”²⁰⁶. Diz respeito, portanto, a como chegar à uma decisão, independentemente da matéria de fundo a ser discutida, referindo-se, em geral, às decisões políticas, sendo certo, porém, que há um evidente movimento de alargamento para outras esferas, falando-se em democracia econômica, industrial etc. Dentro deste cenário, não é equivocado se falar também em uma democracia processual ou judicial. Há, ainda, um sentido substancial, que se liga às ideias de liberdade e igualdade. O ideal democrático, substancialmente, está ligado à solução pacífica dos conflitos sociais e à eliminação do abuso institucional²⁰⁷.

Estas dimensões, teorias e formas dialogam e, nada obstante possam ser estudadas de maneira autônoma, influenciam-se mutuamente. Levam-nos a pensar sobre qual a melhor forma de fazer uma escolha pública e influenciam na reformulação do papel de instituições e da vivência de direitos. Por exemplo, o processo civil e a popularização dos direitos sofrem

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. p. 326-327.

²⁰⁷ *Ibid.*

influência das diversas teorias que vão sendo desenvolvidas (da democracia, de justiça, da constituição, do contrato social etc.).

As teorias da democracia passam, também, a ser pensadas pelos teóricos a partir dos anseios sociais por maior participação. A partir de 1960 surgem diversas delas, como a participativa²⁰⁸ e a deliberativa, que vão além da teoria democrática liberal (clássica) e de suas variações, que, neste último caso, em apertada síntese – e em uma tentativa de consolidação didática –, tem como características a defesa da forma representativa, na qual representantes são escolhidos por meio de procedimentos formais, além da proteção pelo Estado das liberdades políticas e civis, combinada com a preservação de uma esfera privada livre de interferências estatais. Sobre a democracia liberal:

Pluralismo e individualismo político providenciam pontos fundamentais de orientação para esses teóricos, bem como com respeito a valores importantes na cultura política popular para sustentar a democracia liberal. Nesse núcleo partilhado, teóricos liberais-democratas podem ser classificados de acordo com a situação em várias posições²⁰⁹.

Observa-se que, dentro de uma mesma corrente, como a liberal, existem variações. Além disso, o surgimento de uma teoria não suplanta totalmente as outras, que seguem sendo desenvolvidas e angariando adeptos, críticos e adaptações.

Verifica-se, ainda, um processo de democratização, é dizer, uma expansão da democracia, através do qual se irradia para esferas que vão além das relações políticas, atingindo a sociedade civil em seus vários campos de articulação, falando-se, neste sentido, em uma “democracia social”²¹⁰.

Como já foi exposto, essas perspectivas (teorias, formas e dimensões), em geral, irão se entrecruzar. Por exemplo, a primeira teoria desenvolvida, a da democracia liberal, se relaciona com a forma representativa e, em sua fórmula clássica, é crítica da democracia direta. A democracia liberal clássica é, assim, essencialmente representativa. A ideia de participação, por sua vez, se relaciona com a democracia deliberativa e com a democracia participativa.

É possível combinar, com mais ou menos intensidade, as teorias da democracia, as formas de seu exercício e suas dimensões. No tocante às formas, a democracia representativa significa que as deliberações coletivas são realizadas por representantes e não diretamente por aqueles que compõem a coletividade. Neste sentido, costuma-se afirmar que um Estado é

²⁰⁸ A democracia participativa é uma forma e uma teoria, ao mesmo tempo.

²⁰⁹ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 58.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 67.

representativo quando as principais decisões que nele são tomadas são feitas por representantes escolhidos por eleição. O princípio da representação não é exclusividade e não se esgota no parlamento, senão é extensível a diversos outros centros nos quais existam deliberações coletivas. Já na democracia direta o indivíduo participa, ele próprio, diretamente, das deliberações que lhes dizem respeito, sem que haja intermediários²¹¹.

A democracia direta e a democracia representativa não são necessariamente autoexcludentes. Não se trata de sistemas que necessita ser encarados como alternativos e não podem coexistir. Pelo inverso, podem se integrar reciprocamente. Entre elas há formas intermediárias, de maneira que um sistema de democracia integral comporta todas, conformando as situações e exigências diversas. Em certas situações, pode ser, até mesmo, difícil dizer onde começa uma e termina a outra²¹². Parte dos teóricos da própria democracia liberal, essencialmente representativa, como Stuart Mill, segundo Cunnigham²¹³, admitiam que “quando factível a democracia deveria ser combinada com a participação direta”.

Nos procedimentos judiciais, a participação ora poderá ser direta ora se dará por representação (em sentido amplo, incluindo a chamada legitimação extraordinária)²¹⁴, exurgindo, daí, a necessidade de que o sistema de justiça seja estruturado para tanto. Por sistema de justiça, neste contexto, compreende-se tanto as instituições que o compõem (Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, advocacia pública e privada etc.) quanto os procedimentos que são adotados.

Além do número de pessoas que participam do processo (como, no exemplo básico, com direito a votar), a democracia se mede pela quantidade de espaços nos quais se exercita a participação. Quanto mais diversos, maior o desenvolvimento democrático.

Em teoria, esse fenômeno de expansão e conquista de centros de poder deve ser acompanhado por indivíduos sempre mais dispostos e capacitados para participar, de modo que a participação seja a mais qualificada possível²¹⁵:

²¹¹ BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 56-63.

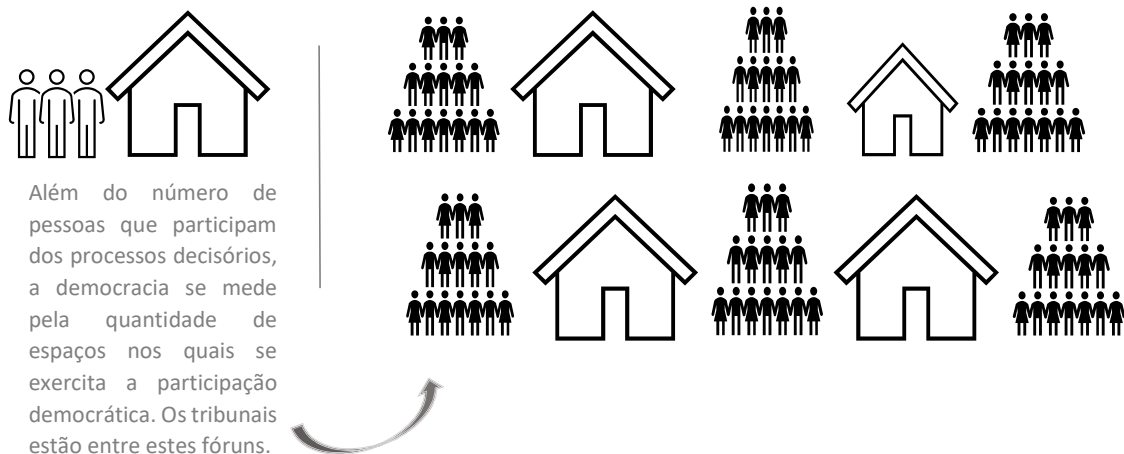
²¹² *Ibid.*, p. 64-65.

²¹³ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 40.

²¹⁴ O problema da representação da minorais foi abordado, ainda no século XIX, dentre outros, por José de Alencar, ao analisar o sistema eleitoral representativo: ALENCAR, José de. **Sistema representativo**. Rio de Janeiro: Garnier, 1869. Atualmente, este debate transcende os limites do campo estritamente político, adentrando no âmbito dos processos judiciais, em clara relação com o acesso à justiça e com a assistência jurídica aos necessitados. Além disso, como se defende neste estudo, a questão deve ser enfrentada sob a perspectiva dos vulneráveis, o que é mais amplo do que o a discussão em torno de maioria *versos* minoria.

²¹⁵ BOBBIO, Noberto, *op. cit.*, p. 68-73.

Figura 4 – Democracia e participação



Fonte: Elaborada pelo autor.

Na certeza de que esse cenário ainda se encontra distante, especialmente nos países que mais sofrem com grandes disparidades sociais, conclui-se que, no atual estágio de desenvolvimento, não é possível dispensar o apoio institucional/representativo, especialmente no que concerne aqueles mais vulnerabilizados, nada obstante seja necessário estimular, cada vez mais, os meios de atuação direta das pessoas.

Dentre as teorias, a resposta democrática-participativa preocupa-se com que a democracia seja promovida nas diversas dimensões sociais, inclusive fora das esferas formais de governo, ou seja, nas mais variadas instituições da sociedade civil, propondo-se a democratização de ambientes como os locais de trabalho, a família, a mídia, a vizinhança, escolas, universidades etc. Devem, portanto, ser estimulados os mais diversos fóruns de participação, ao tempo em que, como consequência lógica, procura-se superar aspectos que inibem a participação, como, dentre outros, a vulnerabilidade social e econômica, a falta de tempo ou de capacidade técnica para enfrentar certas questões²¹⁶. Não fica fora disso a esfera do sistema de justiça.

Interessante observar que a expressão democracia participativa é atribuída a Arnold Kaufman, que a utilizou na década de 1960, na véspera de movimentos estudantis americanos nos quais os estudantes reclamavam participação na universidade e em outras esferas de governo, em reação a pontos de vista antiparticipativos. A partir daí, desenvolve-se a ideia de que o envolvimento dos membros da sociedade nos mais diversos estágios de tomada de decisão é requisito para a participação democrática plena. Ao tempo em que se reconhece a diversidade

²¹⁶ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 153-160.

de interesses, os cidadãos se relacionam entre si e são unidos por serem participantes ativos em questões compartilhadas, não só por uma razão legal, mas por uma questão orgânica (por comporem o mesmo organismo). Isto cria uma espécie de força comunitária, sem destruir por completo a individualidade e a autonomia, é dizer, busca-se o bem comum preservando-se a autonomia. Ambos (a valorização da autonomia individual quanto da comunidade) são vetores de interpretação e valoração da democracia participativa. Além disso, esta teoria se contrapõe ao elitismo democrático, para a qual a democracia se resume ao direito de votar²¹⁷.

A teoria da democracia deliberativa²¹⁸, por sua vez, pressupõe a participação das pessoas, como livres e iguais, visando, aqui, a formação discursiva das decisões públicas. Na medida em que os processos permitem e estimulam a deliberação sobre os temas a serem decididos e sobre as próprias regras do procedimento, eles são, nesta perspectiva democrática, considerados legítimos. Isto exige que os participantes possam, em foros adequados, apresentar suas razões publicamente. Ainda, que façam isso de forma livre e igualitária.

A democracia deliberativa representa, segundo Chantal Mouffe²¹⁹, um novo paradigma da democracia, como alternativa ao modelo agregativo (cuja ênfase está na agregação de preferências, através dos partidos políticos nos quais os indivíduos podem votar em determinado intervalo de tempo). Observa Mouffe, no entanto, não se tratar de algo totalmente novo, já que a ideia de que as decisões públicas devam ser obtidas por meio de processos deliberativos acompanha a democracia desde suas origens na Grécia. O que se altera são as formas de realizar a deliberação, assim como a definição de quem pode participar do processo, o que, acrescentamos, pode apresentar-se excludente e não igualitário, evidenciando aquilo que identificamos como grupos vulneráveis, a partir do fator da ausência de participação nas decisões públicas. “O que se vê hoje é, portanto, o renascimento de um tema antigo, não a inesperada emergência de algo novo”²²⁰.

²¹⁷ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 148-159.

²¹⁸ “Há muitas versões diferentes da democracia deliberativa, mas elas podem ser aproximadamente classificadas em duas grandes escolas: a primeira amplamente influenciada por Rawls, a segunda por Habermas” [...] “ponto de convergência entre as duas versões de democracia deliberativa é a sua insistência comum na possibilidade de fundar autoridade e legitimidade em algumas formas de razão pública e sua crença compartilhada em uma forma de racionalidade que é não apenas instrumental, mas tem uma dimensão normativa: o ‘razoável’ para Rawls, a ‘racionalidade comunicativa’ para Habermas. Em ambos os casos uma forte separação é estabelecida entre ‘mero acordo’ e ‘consenso racional’, ao passo que o campo próprio da política é identificado com a troca de argumentos entre pessoas razoáveis guiadas pelo princípio da imparcialidade”. [...] “outra questão concernente à relação entre autonomia privada e autonomia pública. Como vimos, ambos os autores procuram conciliar as ‘liberdades dos antigos’ com as ‘liberdades dos modernos’ e argumentam que os dois tipos de autonomia necessariamente caminham juntos.” (MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, 2006, p. 165-175.).

²¹⁹ *Ibid.*, p. 165-175.

²²⁰ *Ibid.*

A priori, a deliberação democrática se volta para a solução de desentendimentos entre os cidadãos ou grupos interessados, que, apresentando seus pontos de vista, podem barganhar e chegar a um resultado negociado aceitável. O objetivo de cada ponto de vista exposto é persuadir outros a acolhê-los. Por isso, a democracia deliberativa vai além da capacidade de votar, oferecendo a possibilidade de se estabelecer um sistema de razões partilhadas, no qual a igual participação nos processos deliberativos confere legitimidade e mediante o qual se encoraja os cidadãos a buscarem consensos sobre as questões sociais.

Isso não representa, contudo, que as pessoas sempre possam chegar ao consenso. Mesmo que não seja alcançado, a deliberação teria o efeito de encorajar relacionamentos civilizados, oferecendo, além disso, mais elementos para a tomada de uma decisão justa e com menor chance de ser equivocada, além propiciar uma cidadania informada. Este cenário, ao cabo, estimularia as pessoas a agir cooperativamente e fomentaria a igualdade e o respeito mútuo. Nesse contexto, a própria constituição teria a função de institucionalizar condições para que a comunicação deliberativa se opere. Demais a mais, uma das versões sobre a democracia deliberativa aponta no sentido de que a concordância deve ser buscada no nível dos procedimentos, nos quais são tratados os aspectos substantivos, e não propriamente sobre estes últimos²²¹.

Mesmo nas questões eminentemente políticas, haverá casos em que uma comunidade, ainda que voltada à busca de consenso pela deliberação, não o alcançará, tendo que recorrer a outras vias, como a votação majoritária. Vale notar, entretanto, que, nestes casos, o voto é posterior à tentativa de se encontrar soluções recíprocas²²². O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos casos levados ao sistema de justiça, no qual um terceiro (a exemplo de um juiz, tribunal ou árbitro) decidirá, sendo, antes, estimulada a solução consensual. O entendimento vai ao encontro do disposto na legislação processual brasileira em vigor²²³.

Cabível, aqui, a crítica à teoria deliberativa de democracia feita por Chantal Mouffe²²⁴, que propõe o que chama de um modelo de *pluralismo agonístico*, por onde defende que o encerramento da deliberação é sempre resultado de uma decisão, que exclui outras

²²¹ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Traduzido por Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 197-210.

²²² *Ibid.*, p. 211-212.

²²³ Nos termos do Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 3º § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

²²⁴ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, 2006, p.165-175.

possibilidades. A questão, portanto, não é a de como tentar chegar a um consenso sem exclusão. “Cada consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre acarreta alguma forma de exclusão”²²⁵ de outros pontos de vista que foram vencidos. “Abrir caminho para o dissenso e promover as instituições em que possa ser manifestado é vital para uma democracia pluralista”²²⁶.

Enquanto pluralista, para Mouffe o conflito não é um problema, mas algo relevante para a democracia, no que diverge dos teóricos da democracia deliberativa, que veem o conflito como algo negativo, tanto que se pautam pela busca de consenso. Assim como em outras correntes, de acordo com o grau de conflito aceito surgem várias ramificações da teoria pluralista, como a vinculada a grupos de interesses ou a dos pluralistas radicais, que incluem tudo dentro da arena política (até mesmo as paixões, afastando-se, de certa forma, dos racionalistas, como faz Chantal Mouffe) e aceitam o conflito ao máximo. Como se tem concluído neste tópico, antes de se anularem, todas as teorias trazem contribuições, se complementam e podem aprimorar soluções de ordem prática, motivo pelo qual devem ser lidas em conjunto, inclusive em razão da necessidade de conciliar pluralismo (dissenso) e deliberação (consenso). A leitura conjunta, assim, proporciona um fechamento da aplicação do princípio democrático na *práxis* dos sistemas de justiça.

Aplicando-se a teoria a casos difíceis, especialmente que envolvam questões morais complexas, como aquelas em torno do aborto, conclui-se que mais importante do que qual lado está com a razão – já que não haveria como concluir em termos finais e isentos de qualquer dúvida sobre qual está certo – seria garantir que partidários de opiniões diversas e opostas possam apresentar publicamente suas razões, além de estarem abertos a ouvirem e respeitarem as demais. Isto pressupõe duas medidas: respeito mútuo e acesso igual aos meios de deliberação efetiva, requeridas para que os membros, individualmente ou em grupos, apresentem seus pontos de vista nos fóruns públicos.

A abordagem teórico-deliberativa traz consigo o estímulo ao bem coletivo, respeitando a autonomia individual. Demais disso, pode se apresentar também como uma alternativa que concilia outras teorias, como aquelas que consideram, de um lado, as instituições públicas como administração de interesses particulares em competição e, de outro, reputam que o seu papel seria o de criar de um ambiente solidário, focado no bem-estar da coletividade. Logicamente, a proposta tem como precondições a participação plena, igual, informada e sem

²²⁵ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, 2006, p.165-175.

²²⁶ *Ibid.*

coerção, assim como o estímulo à ampliação de espaços, formais e informais, que conduzam às condições que tornem possíveis as deliberações voltadas aos consensos. Não deve estar confinada ao Legislativo, exigindo, ainda, uma reforma nos fóruns já existentes, nos quais os grupos não vulneráveis e dominantes possuem claras vantagens. Entre essas condições está, ainda, a capacidade de as pessoas expressarem sua opinião, inclusive de forma técnica, quando necessário²²⁷.

Essa reforma parece já estar em curso, o que se evidencia pelas tendências do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que estimula a solução consensual dos litígios, a qualquer tempo, assim como projeta maior o protagonismo e autonomia das partes interessadas, como quando dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar” (artigo 9º), quando possibilita mudanças no procedimento via convenção processual (artigos 190 e 191) ou admite expressamente a figura do *amicus curiae* (artigo 138), além das tendências indicadas pela doutrina, como no estímulo aos processos estruturais e a intervenções não convencionais, caso da intervenção *custos vulnerabilis* por meio da Defensoria Pública.

Ademais, o pressuposto da igualdade de fala e de armas ratifica que, no plano processual, a representação (a exemplo da assistência jurídica a pessoas vulneráveis), pelo menos no atual estágio de desenvolvimento, mostra-se importante, devendo ser conjugada com formas de participação direta, como forma de potencializar a proteção de direitos e, ao cabo, fomentar o próprio processo emancipatório e de aquisição de autonomia plena. Com efeito, indivíduos e grupos vulneráveis devem tanto ser capacitados e instrumentalizados para, livremente, serem capazes de deliberar (em busca de consensos), quanto a salvaguarda de seus direitos, pela própria vulnerabilidade, deve ser reforçada por meio da representação processual por instituições que se voltem a tal mister.

A ideia de democracia moderna, que se liga ao pluralismo de ideias, à participação e à deliberação, se contrapõe à concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de um grupo privilegiado, tanto pelo reconhecimento de que o poder vem do todo (do povo) quanto levando em consideração que o exercício do poder deve ser distribuído em vários centros, garantindo-se o direito à participação na formação das decisões e a existência do dissenso, nestes espaços. É dizer, as pessoas, como integrantes de um grupo mais geral detentor do poder (o povo) ou de parcela dele (uma comunidade), devem ter a capacidade de falar, de dissentir e de influenciar nas decisões tomadas pelas esferas onde se concretizam (as decisões do poder,

²²⁷ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 210-2011.

incluindo o plano do judiciário), especialmente quando a decisão atingir suas esferas de direitos, sendo certo que, em uma democracia participativa, “as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis”²²⁸.

No Estado Democrático de Direito, assim, tem-se, a partir de um de seus eixos, que é a divisão de poderes, a pulverização do exercício do poder em tantos centros quanto seja possível. Isso irá se configurar desde núcleos macros, como os próprios Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário); intermediários, como órgãos, instituições constitucionalmente autônomas (como Defensoria Pública e Ministério Público) e associações ou outros grupos da sociedade civil organizada), entre outros; até o menor centro de exercício de poder que é a própria pessoa, o cidadão, que pode exercê-lo através do próprio exercício direto da cidadania ou por meio de representação.

Sendo corolário da democracia, a participação se exerce não só pelo voto ou pelo acesso à cargos públicos, senão por todas as formas possíveis de influenciar, com mais ou menos peso, a tomada de decisões pelos centros de poder. O processo, portanto, também é meio de exercício da democracia.

Em uma concepção não instrumental, o direito processual assume um compromisso com a realização de direitos, superando a ideia de separação forte entre processo e direito material, onde o primeiro seria tão somente um instrumento para a realização do segundo. A preocupação dos processos é, neste cenário (não instrumental), também com a justiça substancial.

É vaga a usual afirmação de que o processo é um instrumento, se não for acompanhada da consciência de que objetivos devam ser alcançados mediante seu emprego, o que envolve propósitos sociais, políticos e jurídicos. No tocante aos últimos (jurídicos), tem relação com a concretização dos direitos. Dentre os escopos sociais, estão a pacificação dos conflitos e o exercício da cidadania mediante a educação voltada ao respeito aos direitos; nos políticos incluem-se a estabilidade das instituições políticas, a preservação da liberdade e, também, o exercício da cidadania²²⁹:

Sendo a participação política um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os valores da cidadania, premissa essa que repercute no sistema processual mediante a implantação e estímulo a certos remédios destinados à participação política, como é o caso da ação popular.²³⁰

²²⁸ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128.

²²⁹ Conforme anotam BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 30.

²³⁰ *Ibid.*, p. 30-31.

A aderência a essa concepção de processo se relaciona à ideia de um processo de resultados, que leva em conta sua missão social. Com efeito, o sistema processual sofreu alterações em sua compreensão. Enquanto no paradigma liberal, em uma perspectiva privatista, apresentava-se como um instrumento privado voltado a resolução de conflitos, de forma que atividade jurisdicional era reativa, com comportamento passivo dos tribunais, satisfazendo a igualdade formal entre as partes, na moldura do Estado Social esse panorama começa a se alterar, passando o processo a ser visto como um instrumento de potencial transformação social (portanto, de inclusão de pessoas e grupos excluídos, como as minorias e os pobres), como uma instituição decorrente do Estado de bem-estar, exigindo, no contexto do Estado Democrático, espaços de argumentação, motivo pelo qual a visão instrumentalizada do processo e da jurisdição não é suficiente²³¹.

Existe, portanto, um paralelismo entre o regime constitucional adotado e direito processual, ou seja, o processo se desenvolve dentro do paradigma do regime jurídico respectivo. Pode-se, por exemplo, vislumbrar um tipo de processo autoritário, quando se opere em um Estado absoluto. Em um contexto democrático, o processo reproduz, ou deve reproduzir, dentro desta estrutura, a dialética da democracia²³².

Não é nova, vale frisar, a concepção de que não há processo²³³, no sentido moderno da palavra, sem dialeticidade, sendo essa uma de suas típicas características. A ideia já era explanada, dentre outros, por Calamandrei, em conferências nas quais expôs muitas de suas ideias, realizadas no ano de 1952 na Cidade do México, posteriormente reunidas no livro “Processo e Democracia”, onde, em resumo, após discorrer sobre a questão, conclui que “[O] processo não é um monólogo: é um diálogo”²³⁴ que envolve um contraste dialético entre as pessoas, ou seja, os atores processuais. De certa forma, a dialética no processo é aquela da democracia parlamentar, com igual pluralidade de partes interessadas e que podem ser afetadas pela decisão. O contraditório, portanto, será realizado por meio deste embate dialético, que

²³¹ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 23-30.

²³² PIERO, Calamandrei. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 86.

²³³ O procedimento representa a forma e ordem na qual diversas atividades, em sucessão dialética e reguladas com vistas a um fim, devem ser realizadas por aqueles que irão cooperar com a construção do ato final. O conceito de processo é, de certa forma, mais restrito que o de procedimento, vinculando-se, o primeiro, à função judiciária e, o segundo, sendo mais abrangente, dentro da função legislativa ou executiva (fala-se, portanto, em procedimento legislativo ou procedimento administrativo). O direito processual, por sua vez, é um método imposto por uma autoridade, sendo a ciência do processo a metodologia. Neste sentido: *Ibid.*, p. 23-33.

²³⁴ *Ibid.*, p. 84.

envolve posições diversas (o dissenso) e que, em um esquema básico, forma a triangulação entre juízes e partes²³⁵. Não raro, esta estrutura é bem mais complexa, de forma que, ao lado do julgador e das partes, outros atores aparecerão, como a figura do *custos legis*, assim como que, no conceito ampliado de parte, se deve incluir todos os interessados, ou seja, partes no sentido estrito e interessados no resultado da demanda, direta ou indiretamente.

A concepção constitucional do processo e sua função enquanto garantia fundamental, é dizer, voltado à implementação de direitos fundamentais e a decisões estruturais, que impactam em questões inerentes a outros Poderes do Estado, como a efetivação de políticas públicas, ilustram este ponto. O acesso à justiça democrático, à luz da proposta do Estado Democrático de Direito, se volta à busca de “uma estrutura procedimental e argumentativa de construção coparticipada das decisões”²³⁶.

O princípio democrático, como aponta Canotilho²³⁷, envolve duas perspectivas. A primeira voltada a importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. A segunda implica na democracia participativa, por meio da estruturação de procedimentos que ofereçam aos cidadãos possibilidades de participar nos processos decisórios e exercer controle crítico na divergência de opiniões. Referindo-se à Lei Fundamental de Portugal, conclui que, “[A]fastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a dimensão participativa como outra componente essencial da democracia”²³⁸, apostando em um “conceito complexo-normativo, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo”²³⁹. A afirmação é totalmente aplicável ao Brasil, especialmente a partir do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Acrescenta-se ao raciocínio mais um elemento (o deliberativo, a saber): a ideia de democracia deliberativa, na perspectiva de encarar o processo como um espaço de deliberação entre as pessoas e grupos que possam ter sua esfera de direitos afetados pela decisão, que, em alguns casos, pode ser, inclusive, toda a sociedade.

Em abrangência, essa perspectiva envolve a participação dos destinatários no início, ou seja, nos atos destinados a formar a decisão (no procedimento, portanto) e no final, é dizer, questionando, posteriormente, a decisão, especialmente quando haja reflexos na sua esfera de

²³⁵ PIERO, Calamandrei. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 87–97.

²³⁶ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 8.

²³⁷ CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288.

²³⁸ *Ibid.*, p. 289.

²³⁹ *Ibid.*

direitos, enquanto indivíduo isoladamente considerado ou enquanto membro de grupo afetado²⁴⁰. “A ideia de procedimento tornou-se determinante na evolução do direito público na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental”²⁴¹.

Além de garantir a efetividade dos direitos materiais, como instrumento de aplicação do direito, o processo passa a ser encarado enquanto procedimento em contraditório, um direito fundamental à organização e ao procedimento, que envolve, portanto, a possibilidade de provocar o Judiciário. Logo, há um direito fundamental ao processo, como consequência do módulo processual, que diz respeito ao contraditório formal e substancial em todo processo, é dizer, o procedimento em contraditório²⁴².

Nesse sentido, mostra-se, como exigência do Estado Democrático de Direito, necessário que se abra a possibilidade de participação dos destinatários nos atos de decisão, incluindo-se, as do Poder Judiciário. Ao cabo, aqui se reconhece o direito fundamental de participação nos procedimentos. Processo, assim, é definido pelo contraditório, no sentido de interveniência dos destinatários na formação das decisões, sendo o direito de ação um direito cívico²⁴³.

Em conclusão e em suma, o processo exprime o direito fundamental de participação no Estado Democrático de Direito. A relação entre ação popular e democracia, por sua vez, é evidente, considerando tratar-se aquela de um instituto de natureza política e essencialmente democrática, mediante a qual atua uma forma de participação do cidadão na vida pública, fato que não passou despercebido pela doutrina, razão pela qual José Afonso da Silva²⁴⁴ assevera que a ação popular se revela como um instituto da democracia direta, da mesma natureza que a iniciativa popular ou o referendo, encontrando seu fundamento na expressão “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, constante no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal do Brasil de 1988. Seu exercício, por conseguinte, é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta, servindo como garantia constitucional ao direito democrático de participação do cidadão na vida pública. No mesmo sentido, Mancuso afirma que “não há negar que a ação popular é, desenganadamente, um instrumento da democracia direta, um meio de participação popular na gestão da coisa pública através do

²⁴⁰ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

²⁴¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 77-78.

²⁴² ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, p. 108; 138; 154.

²⁴³ *Ibid.*, p. 58-59.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 84-85.

Judiciário”²⁴⁵. Segue afirmando que “o autor popular, através de sua iniciativa – reveladora de elevada cidadania – dá o seu contributo pessoal para a democracia participativa e pluralista, objetivada pelo vigente texto constitucional”²⁴⁶.

Ao cabo, a *actio popularis* hodiernamente está inserida no que podemos denominar de democracia judicial, que é resultado da irradiação do princípio democrático aos procedimentos judiciais (de forma mais ampla, a todo o sistema de justiça) e que, portanto, necessita ser lida à luz das reflexões em torno da democracia, o que se buscou fazer neste tópico.

3.5 Outras considerações sobre o atual estado da arte e a ampliação de enfoques extremamente voltados à individualização dos litígios: a massificação ou judicialização em seu aspecto quantitativo²⁴⁷

Com a constitucionalização do direito, ganha maior relevância o papel do Poder Judiciário, responsável pela adequação do Estado à constituição e que gradativamente vai ocupando o lugar de destaque e protagonismo antes reservado ao Poder Legislativo.

A tendência deste novo direito constitucional – que é eurocêntrico e não leva em conta as peculiaridades dos países do Sul, como mais recentemente observou Boaventura de Souza Santos²⁴⁸, autor este defensor da necessidade de se debater um novo constitucionalismo latino-americano – era, anota Bercovici, “a racionalização do poder e do Estado, com a evolução progressiva no rumo do Estado de direito e da democracia. Mas, na prática, não foi o que ocorreu”²⁴⁹.

Com efeito, as duas Guerras Mundiais e a ascensão de movimentos totalitários colocaram a própria condição humana em crise. O final da Segunda Guerra é marco de uma nova grande transição, alguns tratando tal fase sob o rótulo controverso do neoconstitucionalismo, o qual buscaria construir um novo paradigma de humanidade, por meio das constituições pós-guerra, juntamente com a universalização ou internalização dos direitos humanos. A força normativa das normas constitucionais, que incorporam temas antes não

²⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2015. p. 195.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Como já mencionado neste trabalho, o termo judicialização tem servido para designar, em seu viés quantitativo, a ampliação massiva de casos que são levados ao Judiciário, e, em seu sentido qualitativo, a gama de matérias que passaram a ser decididas pelos tribunais.

²⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La refundación del Estado en América Latina**. In: Coraggio, José Luis, Laville, Jean-Louis (orgs.) *Reinventar la izquierda en el siglo XXI: Hacia un diálogo Norte-Sur*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 2014, p. 299-315. Também publicado na Argentina, por Universidad Nacional de General Sarmiento/CLACSO.

²⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

previstos em seus textos e irradiam seus valores para a legislação ordinária, expande-se, assim como ganha ainda mais importância o papel do Poder Judiciário. Surgem as chamadas constituições democráticas, característica do Estado de Direito Democrático, tentativa de aprimoramento do Estado de Direito Social, agora contido juridicamente no constitucionalismo democrático, sem que se abandonasse os princípios cardeais que apoiaram a técnica liberal (liberdade e separação de poderes). No Brasil, esse processo se opera mais tardiamente, somente com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar²⁵⁰.

A distribuição de parcelas do poder político, tornando seu exercício difuso, é premissa do Estado de Direito. A questão remonta a Montesquieu²⁵¹, que já alertava para a necessidade de uma constituição balanceada, em que se estrutura um complexo sistema de freios e contrapesos, assim como a Rosseau²⁵², embora este, segundo Bercovici²⁵³, mais se aproxime da ideia do exercício direto pelo povo, sem a necessidade de representantes.

O constituinte brasileiro optou por um Estado Democrático de Direito (onde o democrático precede o “de Direito”. É o “de Direito” que adjetiva o democrático). Todo este esforço semântico será em vão, todavia, se não for garantido espaço de fala, inclusive e especialmente aos mais vulneráveis, sob pena de desaguar em uma garantia parcial, propícia à proteção de limitados segmentos da sociedade, problema não muito diferente, em sua natureza, daquele que se constatou já desde o Estado Liberal e a gênese do constitucionalismo.

Uma mudança nos valores que alicerçam o processo civil se verificou com o desenvolvimento das temáticas em torno do acesso à justiça, com cada vez mais preocupação com a justiça social, refletindo-se na busca de procedimentos voltados à proteção dos direitos das pessoas comuns, especialmente aquelas que se encontram em situação de desvantagem, o que, neste estudo, denominados de pessoas ou grupos vulneráveis, conforme a concepção exposta ao longo do primeiro capítulo.

No Brasil, verifica-se o alargamento da preocupação com o tema acesso à justiça durante os anos de 1980, focalizando e valorizando o acesso coletivo (conflitos coletivos com foco em direitos sociais, como a moradia), como forma de emancipação social. Segundo

250 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

251 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 169.

252 ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martina Fontes, 1998. p. 22.

253 BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 114.

Sadek²⁵⁴, o que se “convencionou chamar de ‘governo dos juizes’ resume essa diferente forma de aprender o papel político das instituições e dos integrantes do sistema de justiça”, relacionando-se com o chamado ativismo judicial:

A Constituição de 1988 e os papéis atribuídos ao Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Procuradoria Geral da República, à Advocacia Geral da União, às polícias, aos advogados, enfim, aos operadores do Direito, representam uma mudança radical, não apenas no perfil destas instituições e de seus integrantes, mas também em suas possibilidades de atuação na arena política e de envolvimento com questões públicas.²⁵⁵

Essas instituições, encarregadas de garantir os preceitos constitucionais e de aplicar a lei, que, em seu conjunto, formam o sistema de justiça, têm desempenhado, com o suporte da doutrina, relevante papel no âmbito do desenvolvimento da tutela coletiva.

Um dos eixos de movimento brasileiro de acesso à justiça se voltava à análise da relação entre as demandas sociais por direitos coletivos (*lato sensu*), que acompanhavam o processo de abertura política e um sistema de justiça estruturado para processar demandas envolvendo direitos individuais.

A cultura de caráter liberal individualista não foi capaz de lidar com o padrão de conflitualidade coletiva. Com efeito, a incapacidade do Poder Judiciário de equacionar as questões coletivas pode acabar, até mesmo, remetendo estes conflitos para espaços paralelos, informais ou ilegais, como no caso de resoluções de litígios decorrentes de invasões urbanas, por meio de negociações realizadas fora do sistema de justiça²⁵⁶.

A representação coletiva representou um aperfeiçoamento necessário do ideal democrático, devendo, contudo, ser constantemente aprimorada e carecendo de ainda maior fortalecimento.

Dentro dessa perspectiva, cabe uma crítica à ampliação de enfoques extremamente voltadas à atomização dos litígios, como é o caso dos juizados especiais. Embora se reconheça seus aspectos positivos, estes modelos se voltam para níveis individuais das demandas que não são capazes de atingir aspectos substanciais (não atacam a raiz do problema), além de se revelarem antieconômicos. Basta pensar, por exemplo, nas inúmeras ações repetitivas requerendo uma mesma medicação, que, em momento algum, passa a ser prevista na política de dispensação pública, apesar de haver a determinação do seu fornecimento para cada

²⁵⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Estudos sobre o sistema de justiça. **O que ler na ciência social brasileira**, v. 4, p. 233-265, 2002.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

indivíduo que o pleiteia em juízo. Segundo o “Diagnóstico dos Juizados Especiais”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça²⁵⁷, nos últimos anos foram tramitados cerca de oito milhões de processos, anualmente, neste âmbito da Justiça, como se verifica nos gráficos²⁵⁸:

Figura 5 – “Diagnóstico dos Juizados Especiais”

FIGURA 90 – PROCESSOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS NA SÉRIE HISTÓRICA DO JUSTIÇA EM NÚMEROS (2015-2019)

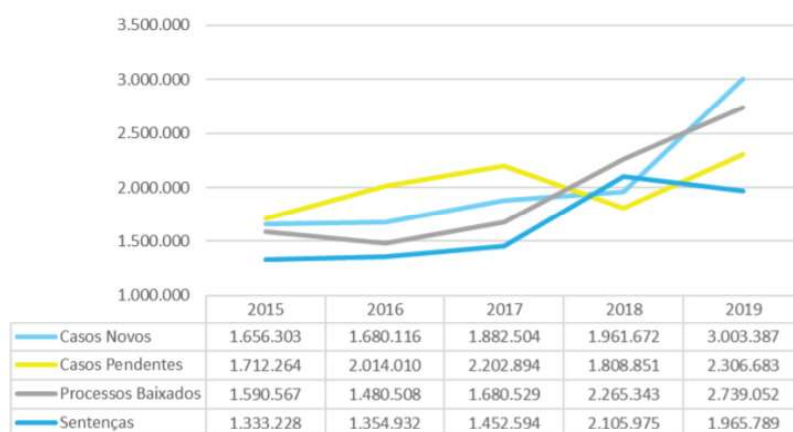
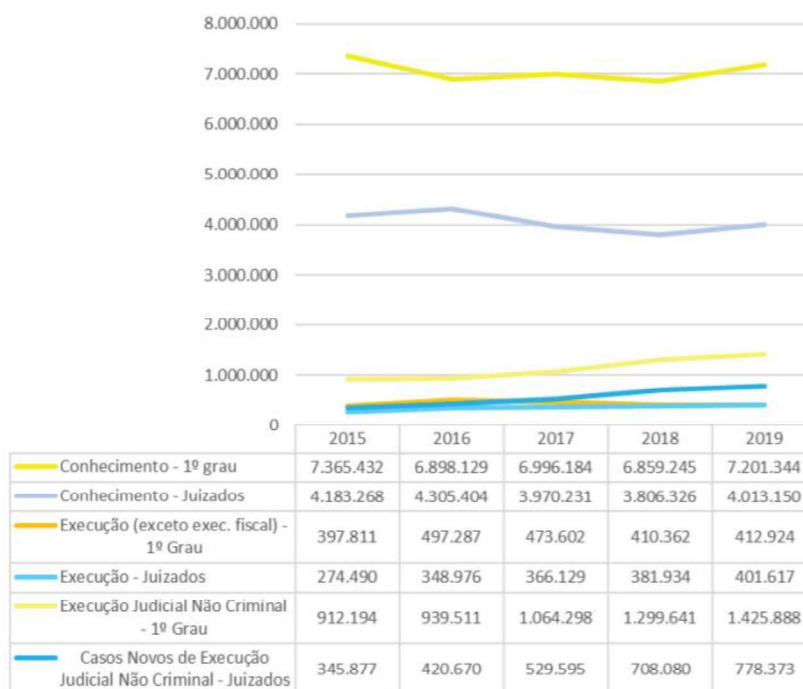


FIGURA 33 – SÉRIE HISTÓRICA DE PROCESSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS E NO 1º GRAU NO JUSTIÇA EM NÚMEROS (2015-2019)



Fonte: CNJ.

²⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico dos Juizados Especiais**. Brasília: CNJ, 2020.

²⁵⁸ Imagens extraídas do “Diagnóstico dos Juizados Especiais”, supramencionado.

O exemplo possui relevância, também, pelo fato de que, no âmbito dos juizados especiais, se reconhece a capacidade postulatória de indivíduos, que podem, sozinhos, sem representação por advogado ou defensor público, a depender do valor da causa, reclamar seus direitos em juízo, situação que também pode ser objeto de críticas se for considerado que, no Brasil, não se verifica uma cultura de educação em direitos, de forma a capacitar os sujeitos a defenderem, com alguma técnica e em certa posição de igualdade, seus pleitos, sem vedar ao acesso à sistemas de assistência jurídica.

A instituição dos juizados de pequenas causas, assim como o estímulo à solução extrajudicial e consensual dos litígios, de certa forma, se relaciona às perspectivas apontadas nos estudos do Projeto Florença de Acesso à Justiça. Parece um equívoco, contudo, encarar as chamadas ondas de superação aos obstáculos ao acesso à justiça como fases isoladas e ou como gerações que suplantam as anteriores. O próprio Bryant Garth, realizando uma espécie de interpretação autêntica, escreveu:

Quando trabalhei há muitos anos com Mauro Cappelletti, no Projeto Florença de Acesso à Justiça, a ideia de três ondas renovatórias do acesso à justiça foi interpretada por alguns como significando que o foco na resolução alternativa de conflitos seria “mais avançado” do que propiciar a representação em juízo para tutela de direitos individuais ou de interesses coletivos e difusos. Nosso ponto de vista, efetivamente, era de que a terceira onda envolveria a descoberta acerca do que funciona, individualmente ou em combinação, para tornar os direitos efetivos, incluindo, é claro, um importante papel a ser cumprido pelos serviços de assistência jurídica²⁵⁹.

Não se conclui, portanto, pela defesa da supressão destas soluções (ou ondas de superação aos obstáculos ao acesso à justiça), a exemplo dos juizados especiais, senão compreende-se que diversos subsistemas devem se integrar, visando o aprimoramento do sistema em geral, o que passa pelo fortalecimento das vias de tutela coletiva dos direitos, inclusive como forma de sobrevivência daquelas outras que se destinam à análise individualizada das questões, especialmente no que concerne ao aspecto quantitativo, que vem se tornando também um óbice ao funcionamento e ao acesso à justiça. Além disso, é plenamente possível combinar, por exemplo, meios de solução extrajudicial com o tratamento coletivo. Em qualquer caso, é possível viabilizar a participação dos interessados.

Na sequência, será realizada uma análise do acesso dos vulneráveis à tutela direta, assim como da necessidade ou não de que seja membro do grupo cujos direitos coletivos estejam sendo discutidos em juízo, com foco na ação popular, sem prejuízo da abordagem de

²⁵⁹ GARTH, Bryant. **Prefácio à pesquisa nacional da Defensoria Pública 2021**. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/prefacio/>. Acesso em: 8 jul. 2021.

temas correlatos e necessários, como os modelos de tutela coletiva e o necessário reforço à salvaguarda daqueles direitos por meio da assistência jurídica.

4 TUTELA COLETIVA, A QUESTÃO DA INICIATIVA DIRETA DO MEMBRO DO GRUPO OU POR REPRESENTAÇÃO E A AÇÃO POPULAR

A tutela coletiva envolve três perspectivas: quais direitos substantivos do grupo podem ser tutelados coletivamente, quais instrumentos podem ser utilizados para tanto e quem pode representar os interesses do grupo perante os tribunais.

Em tese, qualquer interesse coletivo (em sentido amplo) poderá ser reclamado. É o que se deduz, no modelo brasileiro, da parte final do artigo 1º, inciso IV, da Lei da Ação Civil Pública (LACP – Lei 7.347/1985), que traz uma cláusula aberta ao final do seu texto. Na mesma linha, as mais variadas espécies de instrumentos poderão ser utilizadas para a tutela coletiva (máxima amplitude da tutela jurisdicional), o que encontra suporte, no Brasil, no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor e, em sede constitucional, nos artigos 5º, XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judiciário), e 129, III, da Constituição Federal, que também traz uma cláusula aberta em seu texto, ao fazer menção a outros interesses difusos e coletivos. Aplica-se, então, o princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas, do qual decorrem as conclusões acima mencionadas²⁶⁰.

A questão de quem deve ter legitimidade (de quem pode representar um grupo de interesses em um tribunal), por sua vez, configura um dos mais importantes elementos de um sistema normativo que se volta à tal tipo de tutela.

Hodiernamente, no Brasil, embora não exista um código de processo coletivo, se reconhece um regime de complementariedade entre as leis que tratam das ações coletivas, que são aquelas manejáveis no plano da jurisdição coletiva, como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo, o que vem sendo nomeado de microsistema da tutela coletiva (um conjunto de diplomas legais que, mutuamente, suprem as carências uns dos outros, formando uma espécie de sistema normativo não codificado).

Uma ação é caracterizada como coletiva a partir de aspectos substanciais (e não meramente formais), é dizer, quando espraiar os efeitos de suas decisões no plano dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou, ainda, para aqueles que, mesmo sendo individuais, são agregados em decorrência de uma origem comum (direitos individuais homogêneos). A decisão, assim, projeta um efeito metaindividual atingindo interesses transindividuais em uma de suas espécies (difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo). Diz-se, daí, que

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, 4. v., p. 150-155.

aqueles interesses podem ser essencialmente coletivos (englobando os difusos e coletivos em sentido estrito) e acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). No primeiro caso, quanto ao aspecto subjetivo, são litígios que concernem a um número indeterminado de sujeitos. Do ponto de vista do objeto, são aqueles nos quais o objeto é indivisível. Não se trata, assim, da mera justaposição de litígios menores reunidos para formar o maior. O foco está na dimensão coletiva e não no problema isolado de cada pessoa. A satisfação do direito ou interesse de um dos membros satisfaz um interesse da coletividade e vice-versa, como no caso da mutilação de uma paisagem, na qual a solução será unitária e incindível caso o bem seja protegido ou deteriorado. No segundo caso (acidentalmente coletivos), não há a característica da indivisibilidade do objeto, sendo possível a consideração individual do prejuízo causado a cada uma das pessoas que foram vítimas. Todavia a solução pode não ser satisfatória, seja porque o prejuízo pode não ser suficiente para justificar a ida a juízo, seja em razão de que a simples atuação individual não irá responsabilizar adequadamente o autor da fraude²⁶¹.

A expressão “interesse coletivo” encontra três acepções, segundo a doutrina de Mancuso²⁶². De forma mais restrita, trata-se de uma entidade autônoma, distinta de seus membros, como exemplifica a situação de um sindicato que atua perante a Justiça no caso de invasão a sua sede. Em uma segunda acepção, significa a soma de interesses individuais, meramente justapostos para serem exercidos coletivamente. Em terceira possibilidade, representa uma síntese (não a soma) de interesses, superando o limite do interesse pessoal do grupo e a mera justaposição dos interesses de seus integrantes.

Dentro de uma abordagem de cunho mais filosófico, Ihering²⁶³ afirma que, em uma perspectiva ideal, o interesse e as consequências do ato de quem defende um direito alastra-se para além de sua pessoa, de forma que quem defende o seu direito defende, também, todo o direito em si. Além disso, seria estranho a alguém que não tivesse o hábito de defender seu direito se voltar à defesa de direitos da comunidade. Afirma, ainda, que a efetiva realidade desse sentimento ideal recebeu clara expressão nas chamadas ações populares (*actiones populares*) do direito romano, que “davam a todos que o queriam ocasião de se constituírem defensores da lei e de pedir contas àqueles que a afrontavam”²⁶⁴. Com efeito, desde os antigos, com o surgimento da cidade-estado, é comum a ideia de que, além da sua esfera de vida privada, o

²⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

²⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 44-45.

²⁶³ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 48-53.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 52.

cidadão se insere em um *bios politikus* (um ambiente político). Nesta perspectiva, pode (no sentido de faculdade, mas também como um dever) um sujeito atuar em benefício do todo, da mesma forma na qual pode uma coletividade beneficiar o indivíduo²⁶⁵.

O raciocínio parece refletir posteriormente no tocante à doutrina processual e mesmo especificamente com relação à ação popular, como se verifica em um artigo publicado por Rafael Bielsa, no ano de 1954, no qual defende que “A ação popular é um meio jurisdicional idôneo para defender, unido ao interesse pessoal, o interesse da coletividade referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município”²⁶⁶. Posteriormente, Barbosa Moreira²⁶⁷, em trabalho publicado em 1991, sustentou que uma das notas que caracterizam uma ação coletiva é o fato de que o litígio, embora capaz de interessar a uma pluralidade de sujeitos, pode ser levado à cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, seja física ou jurídica, sem que o foco esteja no problema isolado de cada uma delas, mas na dimensão coletiva do litígio. Ainda, Cappelletti, em publicação datada de 1997, dispôs sobre novos direitos e deveres, os direitos difusos, os quais “sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é ‘titular’, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares”²⁶⁸.

Antonio Gidi²⁶⁹ observa que os direitos coletivos de um grupo são conexos aos direitos individuais dos seus membros, usando como exemplo uma ação que objetive retirar do ar uma publicidade enganosa. Se for julgada procedente, serão verificáveis dois efeitos concomitantes: A publicidade enganosa será suprimida, tutelando-se o direito difuso; Todos os membros do grupo titular do direito difuso violado serão beneficiados em suas esferas individuais. A violação de um direito difuso ou coletivo, portanto, pode dar origem a violações de direitos individuais. Tendo esses direitos individuais origem comum, a partir da violação do direito difuso que proíbe a publicidade enganosa, eles serão homogêneos.

A ação popular, possuindo estatura constitucional, configura atualmente uma garantia fundamental de tutela coletiva do direito pelo membro do grupo. Inclui-se, aqui, o exercício da cidadania, na medida em que a *res publica* (coisa pública), como a própria

²⁶⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 31.

²⁶⁶ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

²⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

²⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

²⁶⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 284.

expressão já deixa evidente, é de interesse de todos que compõem certa sociedade. Embora possa também ser do indivíduo (estar inserido dentro de sua esfera jurídica subjetiva), o interesse é essencialmente da comunidade.

No campo processual, a experiência vem demonstrando que a tutela jurisdicional adequada aos conflitos plurisubjetivos não é idêntica àquela amoldável aos intersubjetivos (realizada através do processo individual). Por exemplo, no último caso prevalece a coincidência entre o autor da ação e o titular do direito material, o que não é verdadeiro com relação aos conflitos coletivos, nos quais o demandante colegitimado atua em substituição processual (nas ações coletivas), agindo em nome próprio, em defesa de direito alheio. Portanto, para que as cortes possam proteger os direitos dos grupos, o sistema legal necessita abandonar princípios do processo civil mais ortodoxos e individualistas, que se pautam, tradicionalmente, na ideia de que há um interesse direto e pessoal no resultado do litígio²⁷⁰.

Quanto à abrangência, restou popularizada no campo jurídico-processual brasileiro a distinção entre a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos. De acordo com esta doutrina, o processo será coletivo por duas razões: porque o direito a ser tutelado é transindividual (ou essencialmente coletivo, envolvendo os difusos ou coletivos em sentido estrito), falando-se em tutela dos direitos coletivos; quando o direito, embora seja individual, é tratado coletivamente (relacionando-se com aqueles direitos que não são coletivos por essência, ou seja, os acidentalmente coletivos). Neste último caso, fala-se em tutela coletiva de direitos²⁷¹.

No estado atual da arte, é possível defender que o direito processual coletivo constitui um novo ramo da ciência jurídica, com princípios e institutos próprios, cujo objeto se volta à tutela jurisdicional dos interesses ou direitos essencialmente ou acidentalmente coletivos. Com efeito, por meio do direito processual se fornece o instrumental para a efetiva tutela dos direitos. Bem por isso, para que seja efetivo, o processo, segundo José Carlos Barbosa Moreira²⁷², deve dispor de instrumentos adequados a todos os direitos; e estes instrumentos devem ser utilizáveis na prática, sejam quais forem os titulares e mesmo que sejam eles sujeitos indeterminados ou indetermináveis (como é o caso dos interesses coletivos em sentido estrito e difusos).

²⁷⁰ GIDI, Antonio. **Class actions in Brazil**: a model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003.

²⁷¹ A distinção é atribuída a Zavascki. Vide: ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, p. 197-208, jan./jun. 1995.

Uma perspectiva de tutela coletiva global deve envolver ações e instrumentos que tutelem direitos de indivíduos, de grupos organizados e de grupos desorganizados (neste último caso, só por isso, vulnerabilizados, atraindo a ideia de vulnerabilidade ou hipossuficiência organizacional). A representação, em juízo ou extrajudicialmente, poderá ser feita, em tese, por iniciativa da própria pessoa ou do grupo; ou por associações, autoridades ou instituições as quais seja reconhecida legitimidade para tanto. Esses diversos modelos de legitimação não são necessariamente excludentes. Pelo inverso, podem ser complementares e fortificam a tutela coletiva de direitos, especialmente no que diz respeito a indivíduos e grupos vulneráveis, que passam a ser empoderados e emancipam-se. Da relação entre a autônoma individual liberal e a atividade prestacional, característica de um modelo social, exsurge um sistema no qual não se dispensa um ou outro, a partir do paradigma de participação democrática²⁷³.

Alguns países atribuem legitimidade ao indivíduo para a tutela processual coletiva, a exemplo da Austrália, da Itália, do Chile, da Argentina e do Canadá, além dos Estados Unidos. Este último e os três primeiros possuem disposição expressa nas suas respectivas leis. Na Argentina, a atuação dos indivíduos foi admitida a partir da atuação (ativa) dos Tribunais. Naquela nação, o *leading case* ocorreu em 2019, no caso *Halabi, Ernesto v. Poder Ejecutivo*, no qual a Suprema Corte daquele país reconheceu a legitimidade dos sujeitos afetados para o manejo de processo coletivo (*acción de clase*), em caso no qual se discutia se uma legislação sobre interceptação das comunicações violava o direito à privacidade. No Canadá, embora houvesse legislação federal e em algumas poucas províncias, foi com o caso *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton* que a Suprema Corte, em 2001, decidiu que as *class actions* representam um direito fundamental do indivíduo ao processo legal²⁷⁴. São ainda exemplos de países que permitiram a iniciativa do indivíduo para a tutela de interesses coletivos a Baviera, a Suécia, a Alemanha, a Índia e a Tazânia²⁷⁵.

No Brasil, há (pelo menos aparentemente) um paradoxo, a partir da constatação de que o Estado de Direito surge dentro de uma Era que tem como um dos fundamentos a valorização da autonomia do indivíduo, em certos casos até levada a extremos²⁷⁶, porém, no

²⁷³ O novo modelo de Estado Democrático Constitucional fundado pela CRFB/1988, “caracteriza-se pela superação das fases liberais e sociais do Estado, propugnando uma democracia normativa calcada na metodologia deliberativo-procedimental, que representa a junção dos interesses do indivíduo e da comunidade em uma síntese dialética” (ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 824 ao 925. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 32).

²⁷⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, p. 33-47, jun. 2013.

²⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

²⁷⁶ A constatação é feita, entre outros, por: BAUMAN, Zygmunt; DONKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 79.

campo da tutela coletiva, as ações são centradas e hiper dependentes da atuação de instituições, havendo uma espécie de desconfiança em relação ao indivíduo.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a afirmar que o direito brasileiro se tornou um dos mais bem equipados em matéria de ações coletivas, que, na Carta constitucional, se expressaram de duas formas: a partir de figuras processuais de ações coletivas (mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção coletivo) e da manifestação genérica do fenômeno (qualquer ação, como aquelas que derivam da legitimação das associações e dos sindicatos, como previsto nos artigos 5º, XXI, e 8º, III)²⁷⁷. Nada obstante a ação popular preveja a legitimidade do cidadão, as demais leis, inclusive da ação civil pública e do mandado de segurança, não preveem indivíduo como legitimado coletivo, revelando um possível déficit democrático.

Um sistema completo parece passar por uma legitimação ampla, que inclua a capacidade: do sujeito, para agir sozinho, de forma autônoma e independente dos demais; dos grupos de indivíduos (aglutinados por interesse comum, associando-se); de instituições, com autorização para atuar de forma independente. Complementarmente a tudo isso, imprescindível é que se garanta apoio técnico, via assistência jurídica pública, sob pena de deixar de fora, excluídos do acesso à justiça, os grupos e membros dos grupos mais vulneráveis, ponto que será abordado com mais especificidade nos próximos tópicos. Tudo sofrendo o risco de desaguar em uma garantia parcial, propícia à proteção de limitados segmentos da sociedade, problema não muito diferente, em sua natureza, daquele que já se constatou desde o Estado Liberal e a gênese do constitucionalismo.

De forma geral (não só no Brasil), os argumentos contrários e favoráveis à atribuição da legitimidade coletiva individual giram em torno dos seguintes aspectos: primeiramente, a atribuição de tutela coletiva ao indivíduo afetado pelo dano geraria um desequilíbrio processual ao processo coletivo. Assim, indivíduos não estariam em condições de equilíbrio no processo diante das partes demandadas; as custas do processo coletivo podem ser elevadas e uma política de não condenação em verbas sucumbenciais poderia desestimular a atuação privada; se o dano for pequeno, particulares não teriam incentivos para litigar em nome do grupo; pode haver dificuldades em conferir contornos coletivos a uma demanda de uma classe quando os danos estão muito difusos no território; a legitimação pode resultar em uso exagerado das ações pelos indivíduos, gerando uma explosão de demandas sem relevância, além de um possível uso político-eleitoral de demandas coletivas. No Brasil, especificamente,

²⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

haveria um despreparo cultural, político e educacional da população, além de um desacordo com a tradição jurídica brasileira.

Os argumentos contrários não constituem barreiras insuperáveis. Trata-se mais de obstáculos ao acesso à justiça que, por isso, precisam ser superadas. Quando contraditadas, revelam os seguintes argumentos favoráveis: o equilíbrio processual pode ser superado com a possibilidade de intervenção no processo de instituições que salvaguardam direitos coletivos, especialmente naqueles casos em que a parte é vulnerável. Também não se deve desconsiderar que as ações coletivas podem incentivar a atuação de bons profissionais, exatamente em razão do prestígio que boas causas podem representar, o que também poderá contribuir para anular eventual desequilíbrio processual, em razão do bom assessoramento técnico com o qual a parte poderá contar. Neste ponto, reforça-se que uma legitimação ampla, envolvendo indivíduos e instituições, pode reforçar a atuação de uns e outros, salvaguardando com toda potência os interesses coletivos. Por exemplo, poderia a Defensoria Pública ou o Ministério Público intervir em ações ajuizadas por um sujeito, dentro de suas respectivas parcelas de atribuições.

O problema das custas do processo não é exclusivo do âmbito coletivo, apresentando-se também nos pleitos individuais, ponto já há muito objeto de enfrentamento pela doutrina e que precisa ser superado para que se efetive o acesso à justiça substancial. De mais a mais, uma ação coletiva pode resolver um problema que geraria centenas de ações individuais, elevando os custos. Nesta perspectiva, a situação seria de economia processual. Além disso, um processo coletivo pode possibilitar que haja divisão de custos entre eventuais interessados (o que não ocorreria em uma ação individual) ou maiores isenções legais, como ocorre no Brasil como os legitimados para a ação civil pública, salvo em caso de comprovada má-fé.

Quanto às dificuldades em conferir contornos coletivos a uma demanda de uma classe quando os danos estão muito difusos no território, isso tem relação com a chamada hipossuficiência organizacional. O tema não é novo e já fora referido pela doutrina, nada mais revelando senão uma das facetas da vulnerabilidade de um grupo:

Aos necessitados tradicionais, que eram - e ainda são - os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. [...] Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante

adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo²⁷⁸.

Sobre a crítica ao brasileiro, seria o mesmo que entender que o indivíduo não está maduro para votar, inclusive escolhendo mal os governantes, debate há muito superado, mas que pode servir de parâmetro para avaliar a questão da legitimidade coletiva. Demais a mais, o argumento relativo ao despreparo da população do Brasil, se mantido durante décadas, tem o potencial de perpetuar um estágio de exclusão social.

Não atribuir legitimação ao indivíduo equivale a negar o acesso à Justiça, especialmente sob a perspectiva de uma visão constitucional do processo. Aluísio Mendes²⁷⁹ traz o exemplo de um local no qual não exista associação de classe, sem Defensoria Pública instalada e com a Promotoria, ainda que temporariamente vaga, situação infelizmente ainda comum em diversos locais do país, em especial em cidades do interior.

No Brasil, a própria Lei 4.717/65 já trouxe instrumentos que visam atenuar eventuais riscos que possam advir da legitimidade concorrente disjuntiva do cidadão. Dentre elas a intervenção obrigatória do Ministério Público (artigo 6º, § 4º) e a possibilidade de que outros indivíduos legitimados possam intervir e até mesmo dar continuidade ao processo em caso de desistência ou abandono (artigo 6º, § 5º; artigo 9º). Some-se a isso, hodiernamente, a possibilidade de intervenção da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* nestas ações, sempre que a causa diga respeito a interesses de grupos vulneráveis, inserindo-se, portanto, dentro da missão desta instituição. Além disso, a própria lei prevê que a condenação dos responsáveis e beneficiados ao pagamento de perdas e danos reverterá em favor da entidade patrimonialmente lesada, mas não a favor do autor popular, conclusão que decorre especialmente dos artigos 11 e 17 da Lei 4.717/65.

Registra-se a existência de soluções intermediárias que procuram rebater os empecilhos, adotando regras no sentido de que apenas indivíduos que foram diretamente afetados pelo dano teriam interesse na causa e, portanto, legitimidade para agir; e que, a fim de evitar ações malsucedidas, a atuação deveria ser limitada a grupos pequenos e coesos, afastando-se questões que envolvem grandes coletividades. De outro lado, também há quem

²⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor**. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116-117.

²⁷⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, p. 33-47, jun. 2013.

defenda o inverso, que deveria haver um número mínimo de litigantes interessados, como ocorre no Chile, no qual o modelo adotado exige pelo menos 50 pessoas afetadas²⁸⁰.

À guisa de conclusão, importa pontuar que, coletivamente, a salvaguarda dos direitos não se resume às chamadas ações coletivas (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo etc.). O processo coletivo brasileiro atual é um gênero que comporta pelo menos duas espécies: as ações coletivas, que abrangem, entre outras, a ação popular e a ação civil pública; o sistema de julgamento dos casos repetitivos, que envolve o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (conforme o artigo 928 do Código de Processo Civil brasileiro). No primeiro caso (ações coletivas), vincula-se ao que se pode chamar de processo coletivo tradicional. No segundo (sistema de julgamento de casos repetitivos), há o denominado tratamento de demandas coletivizadas; além disso, existe ainda um terceiro eixo, denominado de processo coletivo especial, sendo aquele que diz respeito às ações de controle de constitucionalidade abstrato (ADI, ADC e ADPF).

Paralelamente – ou inserido dentro destes sistemas – são identificáveis formas de tutela jurídica coletiva por meio dos membros do grupo cujos interesses estão sendo discutidos. É o caso da própria ação popular, mas, também, das chamadas ações pseudoindividuais (nas quais uma pretensão individual terá repercussão sobre uma questão coletiva); da intervenção do indivíduo em ações coletivas que discutam direitos individuais homogêneos (caso do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor) ou no IDRDR e nos recursos repetitivos; da figura do *amicus curiae*; dos efeitos estruturantes em ações individuais; da aproximação entre o *non-mutual collateral estoppel* e o *stare decisis* (e sua relação com os artigos 503, 926 e 927 do CPC)²⁸¹. Tais exemplos não esgotam as possibilidades, sendo trazidos a título exemplificativo.

A ação popular, por sua vez, é, por excelência, tradicionalmente apontada como o instrumento de participação direta dos indivíduos na tutela coletiva de direitos, sendo certo que sua tradição remonta desde Roma²⁸². Com exceção da ação popular, não serão aquelas outras

²⁸⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, p. 33–47, jun. 2013.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

²⁸² Enquanto aprendizado social, crença, valor ou habilidades, persiste na linguagem, no costume e nos valores, sendo transmitido socialmente, a partir da tradição, do ensino, da observação, da imitação e por outras formas variadas. Assim também se forma e se perpetua o pensamento jurídico (ver, como já mencionado no primeiro capítulo: ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. As origens evolutivas da cooperação humana e suas implicações para a teoria do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, 9 (1), p. 243-268, jan./jun. 2013). Por meio da acumulação cultural, cada geração é capaz de agregar melhorias aos valores da anterior, assim como transmiti-las à seguinte. Neste cenário, a antiga *actio popularis* e o moderno conceito de ação popular devem ser levados em consideração para o estudo e o aprimoramento do instrumento processual.

possibilidades (apontadas no parágrafo anterior) objeto mais aprofundado deste estudo, considerando ainda que isto ampliaria significativamente o trabalho, sendo certo que poderão ser objeto de estudos futuros.

Não se deve desconsiderar que, muitas vezes, o mesmo dano pode gerar a pretensão coletiva e a individual. É dizer, em tese, um mesmo evento pode autorizar tanto a reclamação do indivíduo quanto ao seu direito quanto do representante coletivo, que, a depender do sistema adotado, poderão ser (ou não) legitimados para agir. Em certos modelos, apenas demandas individuais serão admitidas (como para o ressarcimento individual, ainda que se trate de direito de origem comum, como no caso dos individuais homogêneos). Em outros, apenas determinadas organizações públicas ou privadas poderão tutelar coletivamente os direitos, sendo certo que é possível atribuir também aos indivíduos, membros ou não do grupo, a legitimação para agir. Trata-se de uma opção de política legislativa, influenciada por diversos fatores.

No presente capítulo, será realizada a análise do acesso à tutela direta por meio de membro do grupo, com foco, em razão do recorte da pesquisa, na ação popular. Além disso, serão operadas, de maneira tangencial, outras abordagens cujas fronteiras tocam o tema central, a exemplo dos modelos gerais de tutela coletiva, do papel das instituições e da assistência jurídica.

4.1 Modelos-padrão (*standards*) de tutela coletiva: ações associativas e *class actions*

Alguns fatores são identificados como fontes de resistência ao desenvolvimento de formas de tutela de direitos de grupos, dentre elas, o próprio desconhecimento sobre a temática e o pensamento, produto de uma histórica tradição, ainda muito arraigado em um modelo no qual, fundamentalmente, indivíduos isoladamente considerados possuem proteção, quanto aos seus direitos, contra outros indivíduos, de forma que somente eles, assim considerados, estão revestidos do direito de ação, para proteger seus próprios e legítimos interesses. Ao cabo, isso representa um problema de efetivação constitucional²⁸³, já que, nada obstante o sistema da constituição garanta o direito de ação para todas as pessoas, naqueles ordenamentos em que o acesso à justiça coletivo é negado referida garantia fundamental é meramente formal, havendo uma considerável distância entre o acesso à justiça formalmente estabelecido a todos e a efetiva possibilidade de que cada pessoa esteja apta a perseguir a tutela para a proteção de seus direitos.

²⁸³ Como aponta: TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 11, n. 2, p. 405-422, 2001.

Essa vala entre o acesso teórico e o de fato se revela, no plano coletivo, nos ordenamentos que não conferem essa possibilidade ou colocam obstáculos a sua utilização. Com efeito, algumas constituições, de forma diversa da brasileira (que não diferencia entre direitos individuais e coletivos), estabelecem apenas a tutela de direitos individuais e particulares. Portanto, não estão, *a priori*, abertas à proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada, sendo esse modelo constitucional fechado um dos fatores que explicam a dificuldade europeia na aceitação da tutela coletiva²⁸⁴. De toda forma, é inegável que haja uma tendência à expansão da proteção coletiva. Mesmo na Europa, especialmente a partir de 2005 tem se verificado que vários países têm introduzido as ações coletivas em seu sistema doméstico, o que se intensificou desde que a Comissão Europeia publicou Recomendação sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva nos Estados-Membros, em 2013²⁸⁵. Antes disso, a Comissão já havia adotado um livro verde (documento publicado pela Comissão Europeia destinado a promover uma reflexão sobre um assunto) sobre indenizações por atos antitruste, em 2005, e, em 2008, outro sobre a tutela coletiva de consumidores. Em 2011, realizou uma consulta pública a respeito da abordagem europeia sobre a ação coletiva, que resultou tanto na adoção da Resolução Rumo a Uma Abordagem Europeia Coerente Sobre a Ação Coletiva pelo Parlamento Europeu no ano seguinte, quanto, posteriormente, em uma Comunicação da própria Comissão, no ano de 2013, com o inventário das medidas adotadas, pareceres das partes interessadas e o seu próprio posicionamento sobre questões centrais da tutela coletiva naquela região.

A recomendação de 2013²⁸⁶ versa sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva dos Estados-Membros. O documento é no sentido de que todos devem dispor de mecanismos de tutela coletiva a nível nacional, respeitando os princípios básicos nele enunciados, os quais necessitam ser comuns a toda a União Europeia, sem deixar de respeitar as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros. Considera a tutela coletiva como um mecanismo jurídico que garanta a possibilidade de duas ou mais pessoas, ou uma entidade com legitimidade para intentar uma ação representativa (expressão usada na recomendação, que de certa forma se aproxima do modelo brasileiro de legitimação

²⁸⁴ Como anota: ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. **Processo coletivo**, Porto Alegre, v. 5, n. 4, 2014.

²⁸⁵ Hodges, Christopher; VOET, Stefaan. **Delivering Collective Redress: New Technologies**. Oxford: Hart Publishing, 2018. p. 283.

²⁸⁶ EUROPEAN. Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law. Brussels: **European Union**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013H0396>. Acesso em: 24 jan. 2022.

extraordinária), pedirem coletivamente a cessação de um comportamento ilegal (tutela coletiva inibitória) ou uma indenização coletiva (tutela coletiva indenizatória). Adota, portanto, um conceito amplo, que envolve tanto a atuação de indivíduos quanto de entidades. Reconhece que a legitimidade para intentar uma ação coletiva nos Estados-Membros depende do tipo de mecanismo de tutela coletiva adotado, sendo que, em certos tipos, como as ações de grupo, a ação pode ser interposta conjuntamente por quem alegue ter sofrido um dano.

No tocante à legitimidade para as ações representativas (tema central do documento), recomenda que os Estados-Membros devem designar entidades representativas, ou seja, aquelas com legitimidade para intentá-las, que devem observar os seguintes requisitos: não ter finalidade lucrativa; possuir relação direta entre seus objetivos e os direitos em relação aos quais a ação é intentada, ou seja, haver pertinência temática; dispor de capacidade (financeira, de recursos humanos e conhecimento jurídico) para representar os interesses dos titulares do direito, adotando um critério de representatividade (representação) adequada. Essas entidades podem ser designadas oficialmente ou *ad hoc* pelas autoridades ou tribunais, neste último caso, para uma ação específica. Ainda, não afasta a possibilidade de serem habilitadas autoridades públicas como legitimadas para as ações coletivas. Os requisitos devem ser demonstrados em uma fase inicial do processo, de forma que, neste ponto, a recomendação adota a ideia de certificação (do modelo das *class actions*).

De forma geral (não somente na perspectiva europeia), a tutela coletiva pode envolver alguns propósitos, como: 1) a indenização por danos aos indivíduos membros do grupo (*damage oriented*); 2) determinar que se deva fazer ou se abster de realizar algo; 3) provocar mudanças em certas estruturas (públicas ou privadas) ou práticas, a fim de adequá-las a (novos) padrões considerados apropriados, a exemplo daquelas que dizem respeito a políticas públicas ou práticas comerciais (*regulatory or policy oriented*). Essas dinâmicas se relacionam com os modelos adotados em sistemas de *common law* (no modelo das *class actions* norte-americanas, a principal função quando este remédio foi criado era a compensação por danos a membros de grupos que não estavam aptos ou não encontravam condições de buscar indenização por meio de ações individuais) e *civil law* (que se voltavam para atacar práticas comerciais abusivas, mas não visam indenizar as partes mais vulneráveis, como os consumidores), respectivamente. Ocorre que tais sistemas têm sofrido modificações, movendo-se um em direção ao outro, de maneira que, sem abandonar seus propósitos iniciais, incorporam novos instrumentos e tendências. Exemplo disso é o caso brasileiro, que adotou, de forma dominante, o modelo das *class actions*, porém, com diversas adaptações.

Há dois modelos (*standards*) fundamentais de tutela de interesses supraindividuais, que emergem do cenário internacional e inspiram outras variações, servindo como pontos de referência. Um é aquele que existe, sobretudo, nos Estados Unidos (*class action*), regulado pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja redação original, já modificada, é de 1938²⁸⁷. Este modelo foi adotado, com alterações e adaptações, em outros países, incluindo aqueles de sistema *civil law*. Como anota a doutrina:

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum²⁸⁸.

O outro padrão é aquele adotado em parte dos países europeus (*Verbandsklage*²⁸⁹ – associativo ou de ação associativa), na Europa continental, ainda que não de forma absoluta, que não seguiram o modelo das *class action*²⁹⁰.

Parcela da doutrina²⁹¹ defende que o modelo brasileiro, denominado de “processo coletivo”, se distanciou do das *class actions*, tendo uma característica híbrida, uma ponte entre os modelos da *common law* e *civil law*, adquirindo autonomia e permitindo o reconhecimento de situações jurídicas passivas como direitos fundamentais. Este modelo tem como atributo a atipicidade das ações e a não taxatividade dos direitos materiais que podem ser tutelados²⁹², assim como a presença do interesse público primário. Assim, admite todas as espécies de ações capazes de propiciar a efetiva tutela: condenatórias, reclamatórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*. Diversamente, o modelo europeu (*Verbandsklage* – associativo ou de ação associativa) se caracteriza pela tipicidade das formas de tutela, geralmente não permitindo a ampla tutela ressarcitória, assim como pela taxatividade dos direitos a serem tutelados.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. **Revista de Derecho Privado**, v. 9, 2005. p. 23.

²⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92-151.

²⁸⁹ Uma ação voltada para se anular judicialmente cláusulas ilegais em contratos de massa. Em outros países, dispositivos similares visavam proteger consumidores contra cláusulas ilegais e abusivas impostas em contratos por grandes empresas.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 11, n. 2, p. 405-422, 2001.

²⁹¹ ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. **Processo coletivo**, Porto Alegre, v. 5, n. 4, 2014.

²⁹² Relevante pontuar que, no modelo das *class actions* norte-americanas, não se fala (não consta na Rule 23) em espécies abstratas de direitos subjetivos, como faz a classificação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, adotadas no Brasil. (GIDI, Antônio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil (Class actions in Brazil: a model for civil law countries). **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, v. 151, 2004, U of Houston Law Center No. 2006-A-14.).

Em outros termos, o modelo brasileiro aproxima os dois sistemas tradicionalmente apontados. Segundo essa corrente, que parece acertada, o Brasil adaptou as premissas da tutela coletiva das *class actions*, permitindo se considerar a existência três modelos coletivos no direito comparado: *class actions*, ações associativas/litígios agregados e modelo brasileiro (Processo Coletivo).

O modelo associativo (da expressão alemã *Verbandsklage*²⁹³), portanto, se caracteriza por atribuir legitimidade às associações. Por outro lado, não confere ao indivíduo, enquanto particular, legitimação para atuar em posição jurídica que envolva interesses ou direitos de dimensão coletiva. Trata-se do modelo que foi adotado, por exemplo, pelas legislações alemã, onde é relevante papel das associações (*Verbandsklage*), francesa, com as *association agréée* (entidades associativas credenciadas pelo Estado), e italiana, conforme aponta a doutrina²⁹⁴.

Isso significa que, desde a posição do indivíduo, pouco importa se um direito, ainda que também seja exigível subjetivamente e integre sua esfera de interesses particulares, possua uma dimensão coletiva. De certa forma, isso pode estimular o desinteresse das pessoas para a tutela de interesses que sejam comunitários, criando uma espécie de sentimento de que se trata de algo que não lhes compete ou com o que não deva se preocupar.

Tradicionalmente, esse modelo só leva em consideração certas instâncias de interesses coletivos, como aquelas envolvendo direitos dos consumidores ou proteção ambiental. Além disso, geralmente não se permite o uso da tutela coletiva para reparações individuais²⁹⁵. É limitado, portanto.

Por sua vez, o modelo das *class actions* confere legitimação individual para fazer valer os direitos de um grupo de pessoas (de uma classe). Emerge daí a necessidade de conferir se aquele que age em nome da coletividade possui a capacidade de represar os interesses dos membros (e não os seus), sendo necessário que o tribunal verifique a representação adequada (dos interesses da classe), o que envolve, no caso americano, inclusive, a capacidade financeira para arcar com os altos custos que processos desta natureza podem gerar²⁹⁶. Concluindo-se pela

²⁹³ Em tradução literal, *verband* significa associação e *klage* uma ação legal, ou seja, ação legal de associação que, no contexto da tutela coletiva, relaciona-se com a ideia de representação.

²⁹⁴ TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. **Revista de Derecho Privado**, v. 9, 2005. p. 23; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 64-67.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁹⁶ Sendo os custos um obstáculo ao acesso à justiça uma das soluções pode ser a adoção de um regime especial com relação às ações coletivas. É o caso da legislação brasileira, como se conclui da leitura da Lei 7.347/85: “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

ausência de representatividade a causa poderá continuar somente como ação individual dos sujeitos que a ajuizaram, de forma que seu resultado não vinculará o grupo (*The class*).

De se notar que os membros do grupo são pessoas materialmente ausentes da relação processual (presentes somente por uma ficção), de forma que se prevê a notificação dos indivíduos sobre a propositura e a certificação de uma ação coletiva ajuizada para a tutela de seus interesses, sob pena de não vinculação da sentença coletiva, possibilitando que possam intervir, controlar a atuação do representante, contribuir com provas e informações ou mesmo exercer o direito de autoexclusão, para que não sejam afetados pela coisa julgada coletiva.

De maneira geral, os membros de um grupo podem ser considerados fictamente presentes em um processo coletivo por meio de três técnicas: sua presença obrigatória; o direito de inclusão (*right to opt in*); e a técnica de exclusão (*right to opt out*). Através da primeira, todos serão, fictamente, considerados presentes em juízo, sem que exista a possibilidade de o indivíduo excluir-se do grupo e, assim, não ser afetado pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Através da técnica *opt in*, apenas aquele que expressamente solicite sua inclusão será atingido pela decisão (e, portanto, considerado presente em juízo). Por outro lado, pela *opt out*, há uma presunção de que todos os membros do grupo estão presentes e desejam participar do litígio, porém, é possível que sejam excluídos caso se manifestem expressamente neste sentido.

É regra importante do modelo das *class actions* aquela por meio da qual se determina que, quando da propositura de uma ação coletiva, justamente porque a sentença terá efeito vinculante a todos, deve haver a comunicação dos demais membros do grupo, o que pode ser feito de várias formas, como através da publicidade em periódicos ou na televisão. Além disso, é permitido ao indivíduo que considere mais vantajoso se valer de uma ação individual se excluir do alcance da decisão coletiva, adotando-se o mecanismo *opting out*. Também se viabiliza a possibilidade de o indivíduo que não propôs a ação intervir no processo, com a finalidade de reforçar a tutela dos interesses dos membros (aqui considerados enquanto grupo). Esses aspectos, de certa maneira e ainda que com adaptações, também são verificáveis no modelo brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, integrante do microsistema processual coletivo, dispõe, em seu artigo 104, que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias (*opt in – opt out*), a contar da notificação nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Além disso, dispõe que, proposta a ação que verse sobre direitos individuais homogêneos, será publicado edital, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de

ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor (artigo 94)²⁹⁷.

No procedimento americano, o juiz tem poderes muito amplos, podendo, por exemplo, repartir a ação em várias ou reunir ações diversas, reformular os objetivos iniciais da ação, considerar que a defesa técnica não foi suficiente, determinando a troca do defensor, controlar a representação (considerando adequada ou não), controlar a validade de acordos realizados entre as partes, a partir da verificação de se a proposta é vantajosa para o grupo substituído etc. Trata-se de um contexto processual particular, diferente do processo civil norte-americano voltado às demandas individuais, tendo, como pano de fundo, a eficiência da solução ao problema, a tutela efetiva dos interesses em jogo²⁹⁸.

As *class actions* podem envolver desde a reparação de danos aos membros do grupo até a amplas reformas institucionais, cujos resultados não são obtíveis, na via judicial, em outros países que não adotam sistemas como este. Com efeito, muitas ações estruturais (*institutional injunctions*) são *class actions*. A própria sentença do caso *Brown x Board of Education* nasce de uma²⁹⁹. Brown era pai de uma criança negra que não foi admitida em uma escola para brancos. Naquele caso, o grupo (ou classe) se constituía por todos os norte-americanos em igual situação (pessoas com filhos negros que eram discriminados em escolas dos Estados do sul daquele país).

4.2 Representação (adequada) do legitimado

Há (pelo menos aparentemente) um paradoxo, a partir da constatação de que o Estado de Direito surge dentro de uma Era que tem como um dos fundamentos a valorização da autonomia do indivíduo, em certos casos até levada a extremos, porém, no Brasil, a tutela coletiva é centrada e hiper dependente da atuação de instituições. Nada obstante tenhamos a ação popular prevendo a legitimidade do cidadão, as demais leis, inclusive da ação civil pública,

²⁹⁷ Para parcela da doutrina o dispositivo do artigo 94 do CDC é insuficiente, de forma que “melhor seria se o Código obrigasse a entidade autora a promover uma notificação adequada sobre a propositura da ação” (GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 241). Ainda, anota que “se a extensão da coisa julgada à esfera jurídica dos membros do grupo se dá *secundum eventum litis* como acontece no direito brasileiro, não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do (ou se incluírem no) grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá do que se excluir” (*Ibid.*, p. 306).

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. **Revista de Derecho Privado**, v. 9, 2005. p. 23.

²⁹⁹ *Ibid.*

do mandado de segurança e do mandado de injunção, não preveem o membro da coletividade como legitimado coletivo, revelando um possível déficit democrático.

A questão de quem deve ter legitimidade, é dizer, de quem pode representar um grupo de interesses em um tribunal configura um importante elemento de um sistema normativo que se volta à tal tipo de tutela. Essa prerrogativa pode ser conferida a um indivíduo (que pode ser ou não membro do grupo), a uma associação privada (que pode ser ou não previamente autorizada pela lei, pelo tribunal ou por seus membros) ou ao poder público (por meio de autoridades, órgãos ou instituições, como a Defensoria Pública e o Ministério Público). Essas opções não são necessariamente excludentes umas das outras.

Limitar a representação a apenas uma das alternativas pode resultar em mais prejuízos do que benefícios, de modo que um sistema ideal poderá resultar da combinação daquelas possibilidades, permitindo que tanto indivíduos como entidades públicas e privadas atuem, o que resultará na promoção de aspectos positivos de cada abordagem e na mitigação dos problemas e riscos inerentes de cada uma delas.

Além disso, exigir que o sujeito legitimado seja titular do interesse é seguir a lógica do processo tradicional (individualista), desconsiderando a complexidade da sociedade atual. Essa observação foi feita, entre outros, por Cappelletti³⁰⁰, em estudo no qual apontou que também é inadequado atribuir legitimidade exclusiva ao Ministério Público, como ocorre (ou já ocorreu) em alguns ordenamentos. Do mesmo modo (no tocante a inequação exclusiva) ocorre com a instituição de entidades governamentais especializadas, em razão da inerente burocracia e rígida centralização hierárquica a que podem estar submetidas. Assim, é insuficiente a legitimação do indivíduo direta e pessoalmente prejudicado e, igualmente, há insuficiência nos modelos que preveem um legitimado oficial “do interesse público”, caso no Ministério Público e seus equivalentes. A solução apontada passa por um sistema que integre a ação de organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e grupos privados, direta ou indiretamente interessados, que possam iniciar ou intervir nos procedimentos que versem sobre direitos difusos. Essa ampla legitimação possui também o potencial de eliminar privilégios, igualando todos a partir da possibilidade de manejo do instrumento processual de acesso à justiça coletiva, incluindo o Terceiro Estado de Sieyès³⁰¹ ou o Quarto Estado de Bonavides³⁰², ou seja, a parte da população que, mesmo modernamente, apesar de poder ser

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

³⁰¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

³⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 188.

numericamente superior, se mostra, muitas vezes, qualitativamente inferiorizada, sem voz na formação da vontade pública e, por consequência, socialmente inferiorizada, especialmente nos estados periféricos.

Como aponta Gidi³⁰³, o modelo adotado no Brasil é plural, por conferir legitimação a uma série de entidades, incluindo associações privadas ao lado dos legitimados governamentais. De forma geral, a legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, no Brasil, é conferida pela lei, que lista quem pode manejar tais instrumentos processuais. Assim ocorre, portanto, na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)³⁰⁴, na Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016)³⁰⁵, na Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)³⁰⁶ e na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65)³⁰⁷. O próprio texto da Constituição Federal dispõe sobre alguns destes legitimados, por exemplo, ao mencionar que é função do Ministério Público promover a ação civil pública, o que não impede a legitimidade de outros atores (artigo 129, inciso III e parágrafo primeiro); que compete à Defensoria Pública a tutela dos direitos coletivos dos necessitados (artigo 134); ao tratar do mandado de segurança coletivo e da ação popular dentro

³⁰³ GIDI, Antonio. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003.

³⁰⁴ “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; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). 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”.

³⁰⁵ “Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

³⁰⁶ “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

³⁰⁷ “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, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 5º, incisos LXX e LXXIII). Nos termos da Carta de 1988, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular³⁰⁸.

Fora do âmbito da ação popular, todavia, indivíduos, sejam ou não membros da coletividade afetada, não possuem legitimidade para processar em nome dos interesses do grupo. O papel atribuído ao membro, nas ações que estão inseridas no gênero Processo Coletivo, ainda é, portanto, tímido.

Diversamente ocorre nas *class actions* americanas, na qual não há um rol de legitimados, como acontece no caso brasileiro (que legitima instituições públicas – Defensoria Pública, Ministério Público, entes federados, órgãos e entidades da administração pública – e associações privadas, conforme o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor). No modelo norte-americano, a regra é que, dentro de certas condições, a ação seja proposta por um ou mais representantes em benefício deles e do grupo ao qual pertence (*plaintiff class actions*), sendo também possível a chamada ação coletiva passiva (*defendant class actions*, que são propostas contra um grupo, o qual será igualmente representado pelos seus membros)³⁰⁹. Não há, portanto, legitimidade para entes públicos ou associações na lei americana.

Gidi³¹⁰ esclarece que, somente de forma bastante restrita e limitada, têm sido reconhecida legitimidade aos Estados para propor algumas ações coletivas em defesa dos interesses de sua comunidade, com base em antigas teorias jurisprudenciais (*parens patriae doctrine*: o Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar de seus cidadãos em questões de interesse pessoal). No tocante às associações, autoriza-se somente que possam propor ações individuais em nome de seus filiados, em defesa de seus interesses (*associational, representational* ou *derivative standing*, é dizer, uma legitimidade por representação, ligada à legitimação ordinária). No Brasil, vem se entendendo que as associações podem atuar: por representação processual (ligada à ideia de legitimação ordinária), necessitando de autorização de seus membros, quando poderá ajuizar o que se denomina de “ação coletiva de rito ordinário”, em nome alheio na defesa de direito alheio, com base no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; ou por substituição processual, sendo desnecessária a autorização dos associados, caso

³⁰⁸ “Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”.

³⁰⁹ Nos termos da *Rule 23*: “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if” [...]. Em livre tradução: “Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes representativas em nome de todos os membros somente se [...].”

³¹⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.124-127.

em que poderá promover uma ação coletiva por legitimação extraordinária, atuando em nome próprio para a defesa de direito alheio (artigo 5º, inciso V da Lei da Ação Civil Pública)³¹¹.

Atuando o representante como substituto dos membros da coletividade substituída, seus requerimentos devem ser tipicamente aqueles dos componentes do grupo, coletivamente considerados. No sistema das *class actions* isto recebe a denominação de tipicidade (*typicality of claims or defenses*), também prevista na *Rule 23*. Para tanto, é necessário que o representante tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais, ou seja, que sua pretensão se origine do mesmo evento, sendo ele próprio um dos integrantes daquele grupo e possuindo, portanto, o mesmo interesse. Diante disso, proporá a ação coletiva em seu nome e em nome de todas as pessoas em situação similar, sendo que a decisão visará solucionar também a questão na perspectiva de todo o grupo³¹².

Em síntese, para uma ação ser reconhecida como coletiva no sistema das *class actions* americanas, além de subsumir-se a algum dos tipos ou categorias de ações coletivas previstas no ordenamento jurídico norte-americano (*types of class actions*), deve apresentar alguns requisitos, como previsto na *Rule 23*, que envolvem: uma questão comum; a tipicidade; e a representação adequada. A parte que requer que seja dado tratamento coletivo ao litígio deve demonstrar em juízo que, naquele processo, os requisitos estão presentes. Tanto o autor como o demandado ou aquele que se apresenta como representante pode realizar tal requerimento³¹³.

No sistema dos Estados Unidos, portanto, para que uma ação possa prosseguir como coletiva, necessita ter este *status* reconhecido pelo juiz, o que se dará através da certificação (*certification*), ou seja, de uma decisão de cunho processual, que atesta se a ação pode ser processada na forma coletiva. Se negada, impede-se a tramitação coletiva (não impedindo, todavia, que o processo continue enquanto demanda individual). Além disso, a *certification* pode servir também como certificação do próprio grupo (*certification of a class*), mediante a qual uma coletividade tem seus contornos delineados e obtém reconhecimento jurídico enquanto entidade, de forma que sua pretensão passa a ser autônoma com relação a do indivíduo.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.649.087/RS**. Relator: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em: 02 out. 2018.

³¹² GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88-98. Além dos requisitos da *tipicidade e adequação*, pressupõe-se a existência de uma tutela uniforme (*questão comum*), significando que uma ação coletiva somente terá cabimento se o caso que esteja sendo discutido permitir uma decisão unitária para os membros do grupo, havendo um núcleo formado por questões comuns de fato e de direito (*common questions of law or fact*) para pessoas que se encontram em situações semelhantes. Como se verifica, adequação, tipicidade e o requisito da questão comum se relacionam e entrelaçam e possuem relação com a possibilidade de tutela por membro do grupo.

³¹³ Por todos, ver: *Ibid.*, p.192-213.

No tocante à representação adequada³¹⁴, mostra-se necessário que o candidato a representante (aquele que se declara como representante dos interesses do grupo) tenha a capacidade de proteger justa e adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo, cujos membros estão ausentes e serão vinculados pelo julgamento (pela coisa julgada). A representação adequada será analisada pelo juiz e visa assegurar que cada indivíduo que pertence ao grupo seja, ainda que indiretamente, ouvido em juízo, como corolário do devido processo legal.

O representante, portanto, terá a função de ser um porta-voz dos membros do grupo afetado, que têm o direito de serem ouvidos através daquele, considerando-se que, desta forma, estaria assegurado o direito de participação. Vale observar ser possível que o juiz solicite a intervenção de membros para que informem se o representante é adequado ou até mesmo para substituí-lo ou auxiliá-lo. Após a certificação, o representante atua independentemente de autorização e de controle pelos representados, o que reforça a necessidade de controle judicial.

Teoricamente, o representante e seu advogado³¹⁵ (ou escritório de advocacia), previamente selecionados e certificados pelo Juízo, asseguram levar ao processo todos os (reais) interesses dos membros, de forma que o resultado a ser obtido será o mesmo que se obteria caso os próprios indivíduos estivessem pleiteando, direta e pessoalmente, seus direitos. O controle da adequação, que será realizada diante das circunstâncias do caso concreto, visa garantir que não haja antagonismo entre os interesses do grupo e do representante, garantindo a plena e ampla tutela.

A crítica fica por conta de ser “indiscutível que no sistema americano o verdadeiro representante do interesse do grupo no tribunal e, em última análise, o *dominus litis*, acaba sendo o advogado, não os membros da classe ou o representante”³¹⁶, a ponto de se defender que seria mais honesto conferir legitimidade diretamente aos advogados.

Isso pode levar a alguns abusos, gerando uma resistência contra litígios de classe, já que, em certos casos, a ação coletiva pode ser considerada uma oportunidade de negócio

³¹⁴ De certa forma, a noção de um “representante inadequado” é uma contradição em termos, já que um representante inadequado é um não representante, como anota: GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³¹⁵ Em geral, “o juiz simplesmente se utiliza do seu poder discricionário, implícito na *Rule 23*, para escolher o advogado (*rectius*, o escritório de advocacia) mais adequado para representar o grupo. Essa é uma escolha até certo ponto arbitrária” (*Ibid.*, p. 252).

³¹⁶ Livre tradução. No original: “It is indisputable that in the American system, the true representative of the group’s interest in court and, ultimately, the *dominus litis*, is the class attorney, not the class members or the representative” (*Ibid.*).

privado dos causídicos, que atuam como mero empreendedores (necessitando, todavia, da representatividade para adquirir acesso coletivo aos tribunais).

A adequação do advogado, em tese, deve ser determinada em relação aos interesses do grupo (de seus membros) e não do representante. Atua, portanto, para a coletividade, ainda que surja algum tipo de conflito entre os interesses desta e do representante. É ele, o advogado, que, em muitos casos, arca com os custos da ação, que serão ressarcidos apenas ao final, o que pode gerar um interesse econômico que acabe por suplantar os interesses do grupo representado, daí a necessidade de maior controle.

No modelo brasileiro, a lei não dispõe expressamente sobre uma fase formal de certificação, por meio da qual o tribunal analise se a ação coletiva pode prosseguir ou não. O maior controle de adequação com relação ao indivíduo (representante) das *class actions* poderia servir, a nosso sentir, como parâmetro para a ampliação da participação dos membros do grupo nas ações coletivas brasileiras, de *lege ferenda*, até mesmo os incluindo como legitimados para a ação civil pública – mormente quando se tratar de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos, prevendo-se, para estes casos, maior controle quanto a capacidade de atuação, diante das peculiaridades do caso – e outras ações coletivas, como o Mandado de Segurança Coletivo, naqueles casos em que o cidadão estaria autorizado a propor ação popular³¹⁷.

Como já mencionado, no modelo brasileiro, a lei prescreveu *a priori* quais demandantes podem representar os interesses do grupo. De forma implícita, infere-se que o legislador considerou que certas entidades, previamente indicadas e selecionadas por uma opção político-legislativa, estão aptas para, por meio das ações coletivas, defender os interesses do grupo de maneira mais adequada do que alguém que seja membro da classe afetada, com exceção daqueles casos cujo objeto é abarcado pela ação popular, na qual é conferida legitimidade ao cidadão.

O fato de a legitimação coletiva ser limitada às organizações e entidades apontadas em uma lista legal reduz a necessidade de o tribunal realizar ativamente um controle adequação (de representação), posto que já fora, em tese, feito pelo legislador. De acordo com essa visão, é suficiente que o representante seja uma das entidades indicadas como legitimadas pela lei.

Esta posição, contudo, não é tranquila, sendo possível defender que mesmo no modelo brasileiro o controle judicial da adequação não pode ser totalmente afastado, embora não ocorra da mesma forma ou na mesma intensidade com a qual isso é feito no sistema americano.

³¹⁷ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432-433.

A legitimação coletiva, no modelo brasileiro, é concorrente e disjuntiva, considerando que são vários os legitimados e tendo em conta que qualquer deles pode isoladamente propor a demanda, sem necessidade de atuação ou concordância dos demais. Os titulares do direito (decorrente de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos) são os substituídos, ou seja, a coletividade, de forma que o representante atua como substituto processual, em legitimação extraordinária.

No tocante à representação adequada, ou seja, à apropriada representação dos interesses em jogo pelo autor que pretende ingressar com uma ação coletiva (à análise dos requisitos que determinam se há ou não condições de se assumir o polo ativo da ação), como os titulares dos direitos (substituídos) poderão ser atingidos pelo resultado da demanda conduzida por um terceiro (substituto), a questão se volta a verificar se ele está plenamente e concretamente apto à realização da defesa do direito da melhor forma possível, reunindo as condições que façam do legitimado um representante adequado para buscar a tutela jurisdicional do interesse pretendido na respectiva demanda coletiva, embora já previsto em lei como apto ao manejo do instrumento coletivo (a exemplo da ação civil pública).

Com efeito, associado tradicionalmente aos países da *civil law*, no sistema *ope legis* cabe ao legislador determinar, de forma abstrata, na lei, os requisitos relativos à representação. Destarte, não caberia ao Judiciário controlar o que já foi objeto de controle pelo Legislador, que já realizou uma seleção prévia daqueles que podem propor as ações, gerando uma presunção absoluta (*iuris et de iure*). Já na lógica do *ope judicis*, ligada tradicionalmente a sistemas jurídicos da *common law*, compete ao juiz analisar, no caso concreto, os elementos e as condições que indiquem a adequada representação. Parcela da doutrina pátria, entretanto, defende ser possível o controle da adequação do legitimado no Brasil.

Nesse sentido, entre outros, posicionou-se Ada Grinover³¹⁸, para quem, em certas situações, seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle de legitimação diante de cada caso concreto, impedindo a admissibilidade da ação coletiva quando o legitimado se demonstrasse inadequado, observando ainda que, embora o sistema brasileiro não afirme expressamente essa possibilidade, também não é avesso a ela. Diante da ausência de norma impeditiva ao controle de legitimação *ope judicis* no ordenamento jurídico brasileiro, “se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da ‘representatividade adequada’ (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero-América, Uruguai e Argentina) pode ser

³¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista forense**, v. 361, n. 98, p. 3-12, 2002.

tranquilamente adotado no Brasil”³¹⁹. Com efeito, não se pode olvidar que “a ‘tradição’ do Brasil é única e tem influência das tradições da Europa e dos Estados Unidos sendo, portanto, híbrida”³²⁰.

Entendendo-se possível o controle de idoneidade do representante, a presunção legal de adequação trazida pela legislação pátria seria apenas relativa (*iuris tantum*), sendo admissível, portanto, a análise pelo juiz, no caso concreto, quanto à efetiva condição do autor para conduzir o processo, ainda que nos sistemas *ope judicis*. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.213.614/RJ³²¹, decidiu ser possível, ainda que excepcionalmente e de modo devidamente fundamentado, que o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade/*adequacy of representation*) para aferir ou afastar a legitimidade de uma associação.

O tema retornou ao debate da Corte, no Recurso Especial 1.405.697/MG³²², decidindo-se que o magistrado poderia avaliar, no específico caso das associações, se a demandante efetiva e adequadamente representa os interesses da respectiva coletividade, de modo a viabilizar a consecução de direitos que alegadamente guardariam relevância pública e inequívoca repercussão social. No Recurso Especial 1.978.138/SP³²³, a Quarta Turma STJ entendeu que, da mesma forma que as associações – pessoas jurídicas de direito privado –, as pessoas jurídicas da administração pública indireta, para serem consideradas partes legítimas no ajuizamento de uma ação civil pública, devem demonstrar, entre outros, o requisito da pertinência temática entre suas finalidades institucionais e o interesse tutelado na demanda coletiva, circunstância que não é estabelecida especificamente na lei para as entidades públicas, o que revela um controle do tribunal sobre a representação adequadamente.

Em relação aos demais legitimados – entidades públicas, como a Defensoria Pública e o Ministério Público -, segundo a decisão proferida no Recurso Especial 1.405.697/MG, o controle de idoneidade também seria admissível, todavia, naturalmente atenuado ante as próprias finalidades institucionais do autor coletivo, decorrentes de seu respectivo regime jurídico legal. Consta ainda no *decisum* ser possível que outro legitimado,

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*, v. 361, n. 98, p. 3-12, 2002.

³²⁰ ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 33.

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.213.614/RJ**. Quarta Turma Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 1 out. 2015.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.405.697/MG**. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Belezze. Julgado em: 15 set. 2015.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.978.138/SP**. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em: 22 mar. 2022.

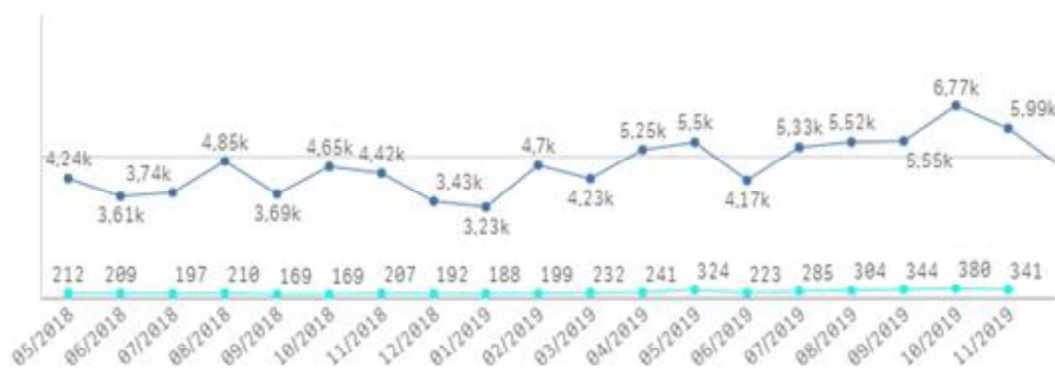
que guarde uma representatividade adequada com os interesses discutidos na ação, assuma o polo ativo em substituição ao não adequado, no curso do processo coletivo, evitando-se sua extinção.

4.3 Ação Popular

Em 2019 foi publicado, na *Civil Procedure Review*, o artigo “Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção?”³²⁴. Como o título já sugere, ali se fez uma análise, retrospectiva e em perspectiva, de questões relacionadas às ações coletivas no Brasil, concluindo-se que embora ainda longe de uma tutela coletiva perfeita, já se verificam muitos avanços, sendo que os estudos empíricos em desenvolvimento e a contínua crítica aos resultados por meio deles obtidos vêm propiciando uma melhor gestão e controle dos processos coletivos, sendo exemplos deste potencial avanço as tabelas unificadas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Cadastro Nacional de Ações Coletivas (PAINEL CACOL), do Conselho Nacional de Justiça³²⁵, aponta que, entre maio de 2018 e abril de 2021, foram ajuizadas 10.545 ações populares. No mesmo período, foram sentenciadas 5.500 ações populares:

Figura 6 – Cadastro Nacional de Ações Coletivas



³²⁴ ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção? *Civil Procedure Review*, v.10, n. 2, p. 11-40, mai./ago. 2019.

³²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Ações Coletivas – PAINEL CACOL**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 2 mai. 2021.



Número de ações no Brasil. Gráfico extraído do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (PAINEL CACOL), do Conselho Nacional de Justiça.

ACP (— ACP) - Ação Civil Pública.

AP (— AP) - Ação Popular.³²⁶

Fonte: CNJ.

A evolução mensal dos números permite concluir que a utilização do instrumento ação popular é, numericamente, inferior, quando comparada à ação civil pública. Todavia, a quantidade de ações populares não é baixa. Comparativamente, estima-se que cerca de dez mil novas *class actions* são propostas a cada ano nas cortes estaduais e federal dos Estados Unidos³²⁷, país no qual as ações coletivas possuem relevante destaque no sistema jurídico e que envolvem reparações na casa dos bilhões de dólares³²⁸. Com relação a países da Europa, onde não há uma cultura e mesmo verifica-se sérias resistências às ações coletivas, o número de ações populares no Brasil é expressivo mesmo quando comparado ao total de ações coletivas naquelas estados, no qual os casos são extremamente reduzidos, como na Bélgica, onde de setembro de 2014 até novembro de 2017 só foram contabilizadas cinco ações, e na Finlândia, onde nenhuma foi contabilizada no período que vai de 2007 a 2017, além da França, em que somente doze ações tramitaram entre outubro de 2014 até novembro de 2017. Por outro lado, Itália, com mais de cem ações entre 2005 e 2017, assim como Polónia, com mais de duzentas, entre 2010 e 2017, apresentam números considerados mais expressivos no contexto europeu, nada obstante, cerca da metade dessas ações não tenha superado a fase de certificação. Inglaterra e País de Gales (mais de cem ações entre 1999 e 2017) também apresentam um número mais largo de ações, com a ressalva de que neles tem-se mais tecnicamente não um modelo de ação coletiva, mas

³²⁶ Em abril de 2021, na data da consulta, o sistema havia computado 253 ações civis públicas e vinte e duas ações populares. Considerando o histórico dos meses anteriores, é provável que o ainda não houvessem sido catalogadas todas as ações ajuizadas naquele mês.

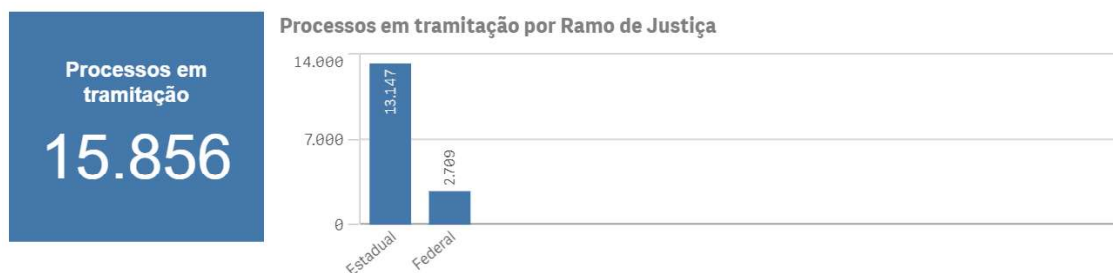
³²⁷ LENDER, David. POLKES, Jonathan. **Class Actions**: 2020. Lodon: Law Business Research, 2019. p. 98.

³²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 220, p. 33–47, jun. 2013.

uma ferramenta de gerenciamento coletivo de casos (possibilitando que casos individuais sejam gerenciados como de grupo)³²⁹.

No mês de maio de 2021, nova consulta ao sistema (CACOL) revelou que havia 15.856 ações populares em tramitação no território nacional, sendo 13.147 na Justiça Estadual e 2.709 no Ramo Federal:

Figura 7 – Ações populares em tramitação

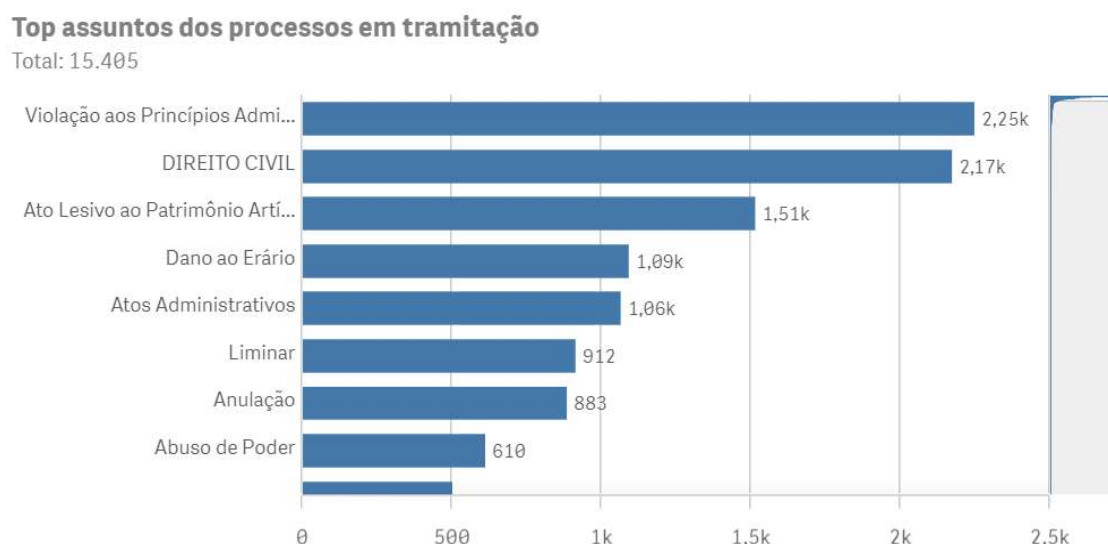


Número de ações populares em tramitação no território nacional. Imagem extraída do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (PAINEL CACOL), do Conselho Nacional de Justiça.

Fonte: CNJ.

Ainda, verifica-se que o principal tema das ações populares é catalogado como “violação aos princípios administrativos” (dois mil, duzentos e cinquenta processos), seguido da classificação genérica “direito civil”, “dano ao erário” e “atos administrativos”, nesta ordem:

Figura 8 – Assuntos de ações populares



Número de ações populares por assunto em tramitação no território nacional. Imagem extraída do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (PAINEL CACOL), do Conselho Nacional de Justiça.

Fonte: CNJ.

³²⁹ HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. **Delivering Collective Redress: New Technologies**. Oxford: Hart Publishing, 2018. p. 283-286.

Objetivamente, os números permitem relevantes análises, por exemplo, por meio da taxonomia (descrição, identificação e classificação, individualmente e em grupos) e da jurimetria (estatística aplicada ao direito). Algumas questões, todavia, necessitam de abordagens que vão além da numérica. Uma delas diz respeito à boa e correta utilização das ações populares. Não se trata de uma tarefa fácil, envolvendo grandes esforços no estudo crítico de diversos processos (quantidade) e seus conteúdos (qualidade), em número suficiente para que se obtenha certezas ou probabilidades quanto às conclusões a serem obtidas através de um método pré-definido e cientificamente válido, afastando-se, ao máximo e dentro do possível, a subjetividade (em alguma medida presente em qualquer investigação).

Dessa ordem são os problemas apontados pelo professor e processualista Juvêncio Vasconcelos Viana, durante a audiência de qualificação deste trabalho. Com efeito, é relevante a preocupação no que diz respeito ao uso da ação popular como instrumento de vingança política (constatação que, para ser confirmada ou afastada, todavia, demandaria, além da análise quantitativa e qualitativa de cada ação, a verificação do perfil dos peticionantes, em trabalho hercúleo e quiçá inviável). Pontua-se, contudo, que para coibir tais tipos de atitudes o próprio ordenamento prevê a condenação por litigância temerária³³⁰. Com efeito, o próprio texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXIII, “visando evitar o chamado denunciismo irresponsável, com o objetivo de obter promoção pessoal ou visando à perseguição política, admitiu a cobrança de custas judiciais e ônus de sucumbência quando seu autor agir de má-fé”³³¹.

O aprimoramento do sistema de custas (verbas sucumbenciais) e maior controle da legitimidade do representante são pontos que poderiam aprimorar o instrumento, inclusive ampliando seu âmbito de cabimento (vide, na sequência, tópico sobre um controle de representação em dois filtros). Os debates em curso no Congresso Nacional, em torno de uma nova lei da ação civil pública, podem ser uma boa oportunidade para que se aperfeiçoe o sistema como um todo, incluindo aí também a tutela coletiva pelos indivíduos.

Não se deve perder de vista, ainda, que a participação da sociedade no processo político deve ser incentivada pelo ordenamento e que o argumento de sua utilização para fins políticos deve ser analisado com parcimônia, já que, embora deva ser levado em consideração, pode ser levantado como subterfúgio para sustentar posições antidemocráticas, como ocorrera

³³⁰ Conforme artigo 18 da Lei 7.347/85 e artigo 12 da Lei 4.717/1965, integrantes do microsistema processual coletivo.

³³¹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

outrora. A exemplo disso, relembra-se os debates ocorridos já na constituinte de 1934, durante as quais se levantaram vozes contrárias à inserção da ação popular no texto constitucional, sob o argumento de que poderia ser utilizada, maliciosamente, por “homens de palha”³³². Este ambiente hostil à ação popular teve reflexos negativos, que impediram sua regulamentação por lei e culminou na ausência de menção a esta ação na Carta de 1937.

Por contraditório que pareça, é a mais ampla utilização de instrumentos como a ação que fará com que as pessoas se interessem e melhorará a garantia constitucional. Essa participação direta “é requerida para romper o círculo resultante da passividade política e da continuidade da subordinação”³³³, com a “transformação dos indivíduos em cidadãos com mente cívica e a expansão do ato de votar”³³⁴.

A má utilização do instrumento em certos casos (que julgamos ser pontuais) têm gerado críticas generalizadas, que visam colocar em xeque a própria ação constitucional. Dois exemplos ilustram a questão. O primeiro diz respeito a uma ação popular³³⁵ ajuizada perante a 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória/ES, na qual se questionava Decreto estadual e objetivava que decisão judicial obrigasse a retomada de aulas presenciais nas redes pública e privada de ensino daquele Estado durante o período da pandemia da covid-19, desconsiderando as condições sanitárias e o alto risco de contaminação dos estudantes. Com base na essencialidade do direito à educação foi deferida liminar na ação pelo juízo de origem, decisão posteriormente questionada por meio de Pedido de Suspensão no qual foi deferida a contracautela para, portanto, suspender seus efeitos até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na ação principal.

A ação (e a liminar) veio em momento no qual uma nova onda de contaminação pelo vírus se alastrava pelo país, com número de óbitos pela covid chegando a quatrocentos mil mortos, alcançado milhares de mortes diárias³³⁶, já tendo o Supremo Tribunal Federal decidido uma séria de ações em casos relacionados à pandemia, suficientes para a configuração de uma

³³² A expressão e o registro histórico são trazidos em: SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36. Segundo o dicionário Priberam a expressão Homem de palha significa “homem fraco ou sem préstimo, física ou moralmente”. (PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (DPLP)**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/homem-de-palha>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³³³ CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Armed, 2009. p. 160.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ ESPÍRITO SANTO. **Ação Popular 0007031-68.2021.8.08.0024**. 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória/ES.

³³⁶ Os dados podem ser acompanhados no site oficial governo (https://qsprod.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html) e também através de notícias veiculadas a partir do consórcio de veículos de imprensa com informações das secretarias de Saúde.

espécie de “direito do desastre”, envolvendo entendimentos e precedentes do tribunal que não poderiam ser ignorados por decisões isoladas de juízes singulares (artigo 927, CPC).

Na segunda situação, foi manejada ação popular por deputada integrante do parlamento federal, perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal³³⁷, sendo deferida liminar pelo juízo de primeiro grau com vistas a impedir que senador assumisse a função de relator de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI da Covid-19), com fundamento no princípio da moralidade pública. A decisão foi posteriormente cassada pelo Tribunal Regional Federal (TRF1), por violação ao princípio da separação dos poderes, considerando a possibilidade de o Judiciário, por meio da decisão, interferir indevidamente nas funções inerentes ao Poder Legislativo, já que, segundo o Regimento Interno do Senado, cabe ao presidente de uma CPI designar os relatores, ato, portanto, *interna corporis*, cuja apreciação está fora do âmbito de alcance do *judicial review*.

Casos isolados, como os dois acima mencionados, contudo, não podem servir de justificativa para condenar o todo (a ação popular). Não se retira uma fruta podre cortando a árvore pelo tronco. Fosse assim, até mesmo os processos individuais estariam ameaçados, considerando o grande número de ações temerárias ajuizadas diariamente, assim como algumas ações civis públicas, manejadas por instituições como a Defensoria Pública, o Ministério Público ou os entes federados.

Existem, por outro lado, diversas situações nas quais a ação popular foi corretamente utilizada, como em situação na qual se questionou a elevação das tarifas de transporte público³³⁸; voltando-se contra a construção de monumento público sem a devida previsão orçamentária³³⁹; resguardando a proteção ao meio ambiente³⁴⁰ ou o patrimônio histórico e cultural; ou ainda, combatendo situação nas quais haja excesso do gestor, como na utilização de veículos de luxo³⁴¹, na criação ou manutenção de sistema de saúde próprio para

³³⁷ DISTRITO FEDERAL. **Ação popular n 1022047-33.2021.4.01.3400**. 2º Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (RG) 824781 RG / MT**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli Julgado em: 8 out. 2015, DJE-203 09/10/2015.

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.130.754-RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques Julgado em: 11 mar. 2014., DJe 17/03/2014.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Popular 1023852-89.2019.4.01.3400**. 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal.

³⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Popular n. 0802206-97.2015.4.05.8100**. Utilização de veículos de luxo. 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

parlamentares³⁴² ou em eventos de luxo realizados pelo poder público³⁴³. Com relação aos últimos exemplos, é digno de menção estudos desenvolvidos pelo professor Felipe Braga Albuquerque junto à Universidade Federal do Ceará, que deram origem a algumas destas ações supramencionadas.

4.3.1 Definição

Em sentido amplo, o termo ação popular pode ser usado para se referir a quaisquer ações cuja legitimidade está sendo deferida a qualquer do povo. Neste sentido, englobaria, por exemplo, o *habeas corpus* (escrevia Pontes de Miranda, versando sobre esse remédio voltado à liberdade de ir e vir: “Trata-se, além disso, insofismavelmente, de *actio popularis*³⁴⁴). Como se vê, neste caso é levada em consideração a possibilidade de ser intentada inclusive por quem não é titular do direito ou interesse ofendido. A nota caracterizada está na legitimação (qualquer do povo).

Ainda em um sentido alargado, até mesmo ações movidas por instituições, objetivando resguardar interesses públicos relevantes, podem receber a alcunha de populares, como as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público visando a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (artigo 25, IV, *b*, da Lei 8.625/93 ou mesmo a ação por ato de improbidade, com fulcro na Lei 8.429/1992). Neste caso, a nota característica centra-se na finalidade do instituto, voltada à proteção da coisa pública.

Não passa despercebida a íntima relação entre a ação popular e outras ações coletivas. Tal entrelaçamento fica ainda mais evidente diante da aplicação do microsistema da tutela coletiva, o que nos faz refletir se não seria melhor um tratamento unificado entre essas ações, atribuindo-se legitimidade aos indivíduos (cidadãos; membro do grupo), associações e instituições públicas, o que poderia ser feito, por exemplo, através da aprovação de um código de processo coletivo, sem desconsiderar a necessidade de alteração ou interpretação do texto constitucional, neste último caso, para entender que a previsão da Constituição que menciona o cidadão como legitimado trata de uma garantia mínima, sem prejuízo de que haja a expansão,

³⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação popular n. 0808480-77.2015.4.05.8100**. Sistema de Saúde dos Senadores. 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

³⁴³ CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Ação Popular nº. 0862850-27.2014.8.06.0001**. Festa de inauguração de Centro de Eventos do poder público estadual. 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

³⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Tomo II. Campinas: Bookseller, 1999. p. 44.

por lei, do objeto e dos legitimados para a ação, sempre que isso servir para alargar a participação do membro da sociedade, fim último da garantia processual.

Em sentido restrito, assevera Mancuso³⁴⁵ que:

No vigente direito positivo brasileiro deve-se considerar popular a ação que, intentada por qualquer do povo (observada ainda a condição de cidadão-eleitor, no caso da ação popular constitucional), objetive a tutela judicial de um dos interessados metaindividuais previstos nas normas de regência.

A doutrina específica ainda que:

A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural³⁴⁶.
A ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.³⁴⁷

E arremata: “É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros”³⁴⁸.

O elemento central parece estar ligado à possibilidade de participação do membro da sociedade na “gestão” de questões afetas à comunidade em que está inserido, cujas resistências são evidentes e se intensificam quando o indivíduo é por algum fator vulnerabilizado, o que o coloca em posição de desvantagem social. Ampliar a capacidade de influência nas decisões públicas, por todos, representa, assim, forma de inclusão, como realização do ideal de liberdade e igualdade. A ação popular é, por natureza, um desses instrumentos que permite a participação do membro, servindo mesmo como termômetro que mede a efetiva vivência democrática.

Em suas origens, no Direito Romano, a conotação conceitual das ações coletivas é dada pela conjugação de dois elementos: a defesa do interesse coletivo e a legitimidade *ad causam* a qualquer pessoa do povo (*cuivis e populo*). “A conclusão, portanto, há de ser: sempre

³⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 82.

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 100.

³⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 191.

³⁴⁸ *Ibid.*

que houvesse um interesse público; e fosse a ação *cuivis e populo*, aí se configuraria a ação popular”³⁴⁹.

Diante do regime jurídico atual, no qual a ação popular encontra previsão no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal brasileira e na Lei 4.717/1985 (naquilo que não contrariar a norma da Carta), possui ela, portanto, natureza de garantia constitucional, no sentido de configurar um instrumento processual voltado à salvaguarda de direitos fundamentais do cidadão. Inclui-se naquelas disposições assecuratórias previstas no texto da lei fundamental que, em defesa dos direitos, controlam o poder e protegem os direitos³⁵⁰. Demais disso, figura como cláusula pétrea, incluindo-se na regra do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB/88, que expressamente exclui do poder de emenda os direitos e garantias fundamentais, de modo que não pode sofrer supressão pelo poder reformador ou sequer ser restringida.

Decorre daquele direito de participação do membro da comunidade na condução das decisões que derivam do exercício da soberania estatal e que, por isso, pode afetar sua esfera de interesses. Visa, ainda, evitar o que Ulrich Beck³⁵¹ chama de “monarquia democrática” ou de um “monarca a prazo fixo”, à vista da monopolização de direitos decisórios políticos, é dizer, os representantes, uma vez escolhidos pela via democrática, assumem os postos e a prerrogativa de decidir em nome dos cidadãos, convolados em súditos democráticos, muitas vezes esquecendo-se de seus direitos. Se o voto possibilita a escolha, instrumentos como a ação popular têm o condão de possibilitar o controle posterior, para que a gestão pública não se desvie do seu caminho.

José Afonso da Silva³⁵² diferencia as expressões *garantia constitucional da ação popular* de *ação popular como garantia*. A primeira diz respeito ao fundamento constitucional do qual emana o direito de exercitar a ação. A segunda, a característica do instituto como instrumento voltado à proteção de outros direitos fundamentais. Enquanto garantia constitucional, a ação popular “Parece-nos tratar-se de uma garantia de natureza cívico-política (civil em termos amplos), pois, seu exercício é conferido ao cidadão em virtude de seu poder político de participar da coisa pública”³⁵³. Seu exercício encontra fundamento no artigo 5º,

³⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28.

³⁵⁰ BARBOSA, Ruy. **República**: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

³⁵¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 285-287.

³⁵² SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 79-80.

³⁵³ *Ibid.*, p. 83.

inciso LXXIII, do texto constitucional, servindo “de garantia constitucional ao direito democrático de participação do cidadão na vida pública”³⁵⁴.

Vê-se, daí, tratar-se de uma instituição de natureza político-jurídica que se afina com a essência democrática, mediante a qual realiza-se uma forma de participação do cidadão na vida pública. José Afonso da Silva³⁵⁵ assevera que a ação popular se revela como um instituto da democracia, da mesma natureza que a iniciativa popular ou o referendo, encontrando seu fundamento na expressão “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, constante no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal do Brasil de 1988. Seu exercício, por sua vez, é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta, servindo como garantia constitucional ao direito democrático de participação do cidadão na vida pública. No mesmo sentido, Mancuso³⁵⁶ ensina que não se pode negar que se trate de um instrumento da democracia, o qual se consubstancia em forma de participação popular na gestão da coisa pública por meio do Poder Judiciário. Cabível, aqui, as reflexões desenvolvidas em tópico no qual se tratou, nesta pesquisa, sobre “Processo, democracia e participação”.

A regra constitucional não impede que o instituto seja ampliado, por meio de legislação ordinária, é dizer, sem a necessidade de alteração do texto constitucional. Com base no artigo 22, I, da Constituição de 1988, “o legislativo federal tem o poder de instituir outras modalidades de ação popular”³⁵⁷. Com efeito, a previsão constante no texto da Constituição é a matriz, que pode, mantida a sua natureza, que se vincula à participação do cidadão na esfera pública e comunitária, ser ampliada, o que tem sido feito, por exemplo, pela aplicação do microsistema processual coletivo, que a insere dentro do gênero ações coletivas, buscando um tratamento sistematizado para o processamento de tais ações, mantidas as peculiaridades de cada uma delas. Considera-se, portanto, que, em seu sentido restrito (excluindo-se, portanto, aquele conceito mencionado no início deste tópico), não faz mais sentido diferenciar *ação popular constitucional* de *outras ações populares*, já que todas são igualmente ações populares com raiz e sustentação constitucional. Uma garantia mínima, que pode ter sua extensão ampliada (mas não reduzida) pela legislação ordinária.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 84-85.

³⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 187.

³⁵⁷ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 71.

4.3.2 Origem e história da ação popular

A origem da ação popular vem do Direito Romano e liga-se à ideia de conferir ao membro da comunidade legitimação para defender o corpo coletivo no qual estava inserido, ainda que, naquele período, a noção de Estado, como existente hoje, ainda fosse incipiente³⁵⁸. As *actiones populares* aparecem no Digesto, em várias passagens³⁵⁹. “Eram concedidas *cuivis e populo*, para a defesa daquilo que hoje denominaríamos de interesse pela causa pública”³⁶⁰. Havia os seguintes tipos de ações populares em Roma³⁶¹:

Figura 9 – Ações populares em Roma

TIPOS DE AÇÕES POPULARES EM ROMA	
<i>Ação de sepulcro violato</i>	Conferida para o caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa.
<i>Ação de effusis et deiectis</i>	Conferida contra quem atirasse objetos de sua casa às vias públicas.
<i>Ação de positis et suspenas</i>	Espécie de ação popular penal contra quem mantivesse objetos na sacada sem as cautelas para que não caíssem.
<i>Ação de albo corrupto</i>	Em face de quem alterasse o <i>álbum</i> (edito no qual o pretor, uma espécie de magistrado romano, declarava de que modo faria observar a lei e a administração da justiça).
<i>Ação de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris</i>	Visava evitar que animais perigosos (dentre eles cães, lobos, ursos) fossem levados a locais frequentados.
<i>Ação de termino moto</i>	Voltada contra quem retirasse pedras que assinalavam os limites entre as propriedades.
<i>Ação de tabulis</i>	Ação em face de quem abrisse testamento ou aceitasse herança antes de terminar um processo contra os servos tidos como culpados pela morte violenta que presenciaram (por não terem defendido a vítima, ainda que com o risco da própria vida).
<i>Assertio in libertatem</i>	Conferida para se requerer a liberdade de alguém.

³⁵⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

³⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Segundo levantamento não exaustivo feito por José Afonso da Silva, com base no qual foi elaborada a tabela constante nesta pesquisa (*Ibid.*, p. 21-25).

	Reconhece-se certa afinidade com o <i>habeas corpus</i> moderno.
<i>Interdictum de homine libero exhibendo</i>	Também voltada para a defesa da liberdade. Reconhece-se certa afinidade com o <i>habeas corpus</i> moderno.
<i>Ação de collusione detegenda</i>	Conferida a quem descobrisse que um escravo foi declarado nascido livre em conluio com seu antigo dono. Ao final, o escravo era adjudicado ao autor.
<i>Ação para legados (ad pias causas)</i>	Criada por Justiniano, para os casos em que os bispos ou arcebispos descuidassem de pedir o legado pio (parte de herança, objetos ou valores destinados aos encargos com a salvação da alma do testador).
<i>Ação para restituição de somas perdidas em jogo</i>	Também criada por Justiniano.
<i>Interditos proibitórios e restitutórios</i>	Podiam ser interpostos em defesa do uso das <i>res publicae</i> .

Fonte: Elaborada pelo autor.

Como se verifica, havia em Roma ações populares que podiam ser classificadas como penais e civis. Eram consideradas populares por serem exercitáveis por qualquer cidadão (romano), visando a proteção de algum interesse coletivo. Relevante, neste ponto, considerar o diferente paradigma dos antigos, especialmente no tocante à relação entre indivíduos e grupos (tema objeto do primeiro capítulo desta pesquisa). Os “Estados” e o cidadão são tidos como um amálgama indissociável. Os cidadãos mesmos são o Estado, o que levava naturalmente à conclusão de que o autor romano só poderia agir quando o interesse público envolvesse o interesse particular (dele próprio). Na própria Roma, todavia, o instituto evolui, passando a dispensar o interesse pessoal.

Não havendo distinção entre interesse público e privado, o autor da ação popular, ao agir, estaria naturalmente defendendo interesses que eram seu e, também, geral, como membro da comunidade que agia em função dos anseios daquele e desta, os quais se confundiam. Essa amálgama tornava a ação popular algo praticamente natural à organização societária de então e é capaz de explicar, ainda, certas resistências modernas à garantia, especialmente a partir da cisão entre o particular e o público (inclusive no campo do Direito). Com evolução política de Roma, “começa a surgir a separação entre o que é do indivíduo e o que é do Estado, donde deriva a distinção consequente entre interesse particular e interesse público. Mas também evoluem as ações populares”³⁶².

³⁶² SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27.

Tendo a lei e a constituição, mais modernamente, como elemento central, assumindo o Poder Judiciário um protagonismo não visto antes, a ação popular adquire ainda maior relevância, de caráter republicano e essencialmente democrático, por permitir ao cidadão participar e influir em relevante esfera de exercício do poder público.

Pode-se dizer que a *actio popularis* se voltava para a proteção do que hoje representam os direitos difusos, é dizer, um interesse que não é privado, tampouco propriamente público, encontrando-se em uma zona intermediária. Com efeito, as ações populares romanas voltavam-se para a defesa, pelo cidadão, dos bens da *gens*, aqueles de uso comum, considerados como componentes de uma universalidade na qual o próprio membro da sociedade se integrava. Atuava-se, portanto, não em defesa de direito próprio em nome próprio (legitimação ordinária), senão defendendo direito alheio, mas que também era seu. Mancuso explica que, mais tarde, em Roma, autorizou-se os particulares a agirem mesmo quando não houvesse interesse pessoal envolvido³⁶³, como já se pontuou acima.

As ações populares são obscurecidas no curso da Idade Média, apontando-se com um dos principais motivos para tanto o fato de que um instrumento que traz como pressuposto intrínseco a participação na gestão da coisa pública (como se fosse negócio da própria pessoa) não encontra terreno fértil no campo do absolutismo e do despotismo. Isto explica, ainda, seu ressurgimento na Era moderna, com a ascensão dos Estados liberais³⁶⁴.

No direito moderno, aponta-se como primeiras aparições da ação popular leis na Bélgica (lei comunal de março de 1936), na França (lei comunal de 1937) e Itália, berço do instrumento, com a lei eleitoral de 1859, além de outras que vieram na sequência naquele país, prevendo a possibilidade de ações populares em matérias diversas, como no tocante à tributação e ao direito urbanístico (Lei 765/1967), observando-se, todavia, que o instrumento foi suprimido no período fascista, fato que reforça sua incompatibilidade com regimes autoritários³⁶⁵. Pode-se afirmar, pela experiência histórica, que a ação popular é dependente de uma dose de democracia. Com efeito, ela tem seu aparecimento no direito moderno “como

³⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 56.

³⁶⁴ Sobre a relação entre os revolucionários modernos e as ideias romanas, Hanna Arendt, referindo-se à Revolução Francesa e a dos Estados Unidos, observa: “Antes das revoluções, esses homens nos dois lados do Atlântico eram chamados de *hommes de lettres* e é típico deles passarem seu tempo de lazer ‘vasculhando os arquivos da Antiguidade’, ou seja, voltando-se para a história romana, não porque estivessem romanticamente enamorados pelo passado como tal, mas com o propósito de recuperar as lições políticas, tanto espirituais quanto institucionais, que tinham sido perdidas ou em parte esquecidas durante os séculos de uma tradição estritamente cristã” (ARENDR, Hannah. **Liberdade para ser livre: condição e significado da revolução**. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*).

³⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 62-63. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30.

instrumento de caráter democrático”³⁶⁶, de forma que “só o retorno ao sistema de participação do povo na vida pública, poderia criar as condições necessárias ao ressurgimento desse instrumento de democracia”³⁶⁷.

Não se tratava, contudo, de simplesmente ressuscitar as velhas ações populares do direito romano, havendo diferenças de natureza e de finalidade, embora conceitualmente haja conotações idênticas, é dizer, manifestações diversas de um instituto conceitualmente único.

Em Portugal, mesmo quando não havia previsão expressa, defendia-se que constituíam reminiscência do Direito Romano, chegando-se a sustentar que, não havendo expressa lei revogando certos trechos do Digesto, permanecia a ação popular, pelo menos no que dizia respeito aquele objeto específico (defesa de logradouros públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo), sendo admitida enquanto vigiam as Ordenações. Considerando a ligação entre Brasil e Portugal, o entendimento era espelhado, de forma que se poderia falar em uma comunidade jurídica única entre os dois países³⁶⁸.

No país lusitano, atualmente, assegura-se a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, de promoção, de prevenção ou cessação das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural, assim como para assegurar a defesa dos bens públicos³⁶⁹.

A doutrina aponta que “a Constituição Portuguesa ampliou o conteúdo do direito de *acção popular* à tutela dos direitos difusos, indo muito além da ação popular prevista na Constituição Brasileira”³⁷⁰. Referido acréscimo ocorrera a partir da revisão constitucional de 1989 (regulamentada por legislação ordinária em 1995), passando a reunir, no texto do artigo 52 da Carta lusitana, que cuida do direito de petição e direito de ação popular, duas figuras: a) a ação popular como instrumento de tutela dos direitos difusos e coletivos; b) a ação popular clássica, como instrumento de reação à prática de atos ilegais na atividade administrativa.³⁷¹ O texto constitucional confere a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o

³⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 32; 56; 65.

³⁶⁹ MAZZEI, Rodrigo; DAL'COL, João Roberto de Sá. Ação popular no Brasil e em Portugal: alguns pontos de contato e de distanciamento. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 240, p. 317-344, fev. 2015.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: (a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais³⁷².

Na Itália, foi prevista no âmbito da legislação ordinária, figurando em leis desde a segunda metade do século XIX. Destaca-se, dentre outras, um tipo de ação popular destinada à tutela do direito patrimonial das instituições de caridade, na qual a legitimidade foi conferida a qualquer nacional que habitasse a circunscrição à qual se refere a beneficência, condicionada, todavia, à interposição prévia de recurso administrativo e ao depósito de caução (que será perdido em caso de sucumbência)³⁷³.

É válido observar que muitas dessas ações, todavia, são consideradas populares adotando-se um conceito amplo do instituto, sendo certo, ainda, que cada análise deve levar em conta as peculiaridades do ordenamento no qual estão inseridas. É o caso do recurso por excesso de poder, um remédio previsto para o contencioso administrativo francês, pelo qual qualquer pessoa, nacional ou não, pode provocar a anulação de uma decisão executória realizada pelo juízo administrativo, em razão de sua ilegalidade, o que leva parte da doutrina a defender que se trata de uma verdadeira ação popular na França³⁷⁴.

De toda sorte, a identificação de uma “ação popular” não ocorre somente através de seu nome jurídico, senão, por vezes, é assim identificada por sua finalidade e pela legitimação ativa, situação que não exime a ocorrência de equívocos, quando são mencionadas como populares ações ou procedimentos que se aproximam delas, mas cuja identidade como tal não é totalmente isenta de dúvidas.

No Brasil, com a independência do país em 1808, o cenário se desenvolve da seguinte forma:

- **Constituição do Império de 1824:** Menção à ação popular aparece na Constituição Imperial de 1824, quando, referindo-se aos juízes, previa que “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles *acção popular*, que poderá ser intentada dentro de

³⁷² PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 out. 2021. O texto foi adaptado para as regras ortográficas do português vigentes no Brasil.

³⁷³ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 43-38.

³⁷⁴ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (artigo 157).

Sua identificação como popular se dá a partir do próprio nome jurídico expresso no texto e pela legitimidade, conferida a qualquer do povo. Tinha, por outro lado, natureza jurídica criminal, cujo julgamento era realizado pelo imperador e se restringia à fiscalização e ao controle da atividade jurisdicional.

A ação popular penal pode ser conceituada como aquela que permitia a denúncia, ou seja, a instauração da ação penal, por qualquer do povo. O Código Penal atualmente em vigor prevê a ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, o que não configura, contudo, uma ação popular penal (considerando que, para esta, a legitimação é atribuída apenas ao Ministério Público, atuando o indivíduo apenas de maneira subsidiária e excepcional).

- **Constituição Republicada de 1891:** Não previu a ação popular, deixando de fora do seu texto até mesmo aquela prevista no Império. Justificava-se a ausência no argumento de que as ações populares só se justificariam nos Estados em que a organização política não fosse suficientemente desenvolvida, que seria o caso de Roma, mas não das Repúblicas modernas, nas quais formas de repressão de atos violadores do bem público já foram desenvolvidas nos códigos penais e nas legislações extravagantes³⁷⁵. À época, esse entendimento foi refletido no Código Civil de 1916, de cunho eminentemente individualista (que não deixava espaço para ações de tutela coletiva).

- **Constituição de 1934:** Embora as resistências ao instrumento, considerado perigoso, inclusive com a alegação, na constituinte de 1934, de que poderia ser utilizado maliciosamente, “por homens de palha”³⁷⁶, a ação popular retorna ao texto constitucional (artigo 113, §38), agora já não mais vinculada ao tratamento de questões de natureza criminal e voltadas à atividade judiciária. Todavia, permaneceu sem regulamentação e, até mesmo devido ao curto período de existência daquela Carta constitucional, não foi utilizada no período. “Ao que sabemos, não foi intentada uma única vez”³⁷⁷.

³⁷⁵ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

³⁷⁶ A expressão e o registro histórico são trazidos em: SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36. Segundo o dicionário Priberam a expressão Homem de palha significa “homem fraco ou sem préstimo, física ou moralmente”. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/homem-de-palha>. Acesso em: 3 jul. 2021.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 37.

Segundo Gomes e Queiroz³⁷⁸, além da falta de regulação havia uma realidade política hostil para a aplicabilidade da ação popular. Temia-se sua utilização para disputas meramente políticas. A jurisprudência tinha dificuldade de lidar com o novo instrumento. A doutrina, em grande parte, criticava a inserção da ação no texto normativo, “como Clovis Beviláqua, que considerava que instituições como o Ministério Público poderiam desempenhar melhor função do que o autor popular”³⁷⁹.

À evidência, as resistências ainda refletem atualmente, especialmente no tocante à crítica até hoje feita com relação ao uso deturpado do instrumento, tema sobre o qual nos debruçamos no início deste capítulo. Passadas várias décadas, o saldo do uso desta ação não parece ser negativo. Se é certo que pode ter se desvirtuado em alguns casos, não é menos seguro afirmar que essas ações temerárias não prosperaram e que extirpar sua previsão do ordenamento seria como retornar à Idade Média, ou seja, configuraria um retrocesso.

- **Constituição de 1937:** Foi diante daquele contexto que, na Carta do Estado Novo de 1937, considerada autoritária, a ação popular volta a desaparecer do texto constitucional. Não havia, portanto, lugar para a ação popular, que houvera retornado ao cenário jurídico nacional enquanto garantia do cidadão e instrumento democrático. O fato reforça sua incompatibilidade com regimes autoritários

- **Constituição de 1946:** Volta a ser prevista, com maior amplitude (envolve administração direta, indireta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), no texto constitucional (artigo 141, § 38), o qual, segundo enunciado no preâmbulo da Carta, pretende (re)organizar o regime democrático.

Em cotejo com a redação de 1934, verifica-se uma ampliação do objeto, que passa a alcançar também as autarquias e sociedades de economia mista, o que se justificava em razão do processo de descentralização da Administração Pública e do fenômeno do intervencionismo estatal que ocorriam à época, assim como em face do espírito de redemocratização do país, de forma que não houve sequer maiores oposições à reinstauração da ação popular na Carta de 1946³⁸⁰.

Discutia-se, contudo, se a disposição tinha aplicação imediata ou dependia de regulamentação. Várias foram as tentativas de regulamentar, começando com uma proposta do

³⁷⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 38.

Deputado Teotônio Monteiro de Barros, em 1936 (visando regular, portanto, o artigo 113, n. 38, da Constituição de 1934). Somente em 1965 foi editada a Lei 4.717, a Lei da Ação Popular (LAP), vigente até os dias atuais, que, à época, ampliou ainda mais o âmbito de controle dos atos das entidades públicas (acrescentando outras, além daquelas previstas na Constituição, que estariam sujeitas ao controle por meio da ação popular), o que gerou debates doutrinários quanto à validade de uma lei ordinária poder realizar tal acréscimo³⁸¹.

Diferentemente da situação vivida em 1934, com o texto da Constituição de 1946 (parágrafo 38 do artigo 141) o instituto foi aplicado, mesmo enquanto ausente a regulamentação, com a contribuição dos Tribunais, que formaram jurisprudência pela desnecessidade de regulação ulterior ao dispositivo constitucional, entendido, então, como de aplicabilidade imediata³⁸².

- **Lei 4.717/1965:** Em 1965 veio à lume a lei 4.717, a Lei da Ação Popular, como já se apontou acima:

A Lei da Ação Popular foi a primeira lei a tratar da tutela coletiva no ordenamento brasileiro, com significativas inovações propostas, tais como a diferenciada forma de legitimação ativa, a possibilidade de réu virar autor, a causa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de procedência, entre outras significativas novidades procedimentais para época.³⁸³

Antes, duas leis ordinárias haviam previsto outras ações populares supletivas, é dizer, sobre temas não constantes expressa e literalmente no texto constitucional. A primeira foi aquela prevista na Lei 818/1949 (artigo 35, §1º), versando sobre a aquisição e perda da nacionalidade e direitos políticos. A segunda, constante na Lei 3.502/1958 (artigo 5º, §1º), cujo objetivo dizia respeito a casos de enriquecimento ilícito e que veio a ser revogada, expressamente, pela Lei 8.429/1992, a lei da improbidade administrativa (artigo 25). No tocante à da lei 818/1949, há divergência sobre ter ou não ocorrido a revogação tácita desta lei pelo Dec-lei 941/1969³⁸⁴.

- **Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 01 de 1969:** Mantiveram a previsão da ação popular, mas com nova redação, utilizando-se a expressão “entidades públicas” no lugar de “entidades autárquicas e sociedade de economia mista”, o que acabou

³⁸¹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

³⁸² SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 40.

³⁸³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane, *op. cit.*, p. 265-288.

³⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 77.

atingindo o âmbito de alcance da ação, levando-se em conta que no conceito de entidades públicas não estariam enquadradas as empresas públicas, tampouco as sociedades de economia mista. A redação constante na Carta de 1967, vale pontuar, foi mantida pela Emenda Constitucional 01/1969 (que alterou de forma bastante ampla o texto da constituição, a ponto de se considerar que configurou uma nova carta).

Destarte, com o advento da Carta de 1967, passou-se a defender a não recepção parcial da Lei da Ação Popular pela nova Constituição, sob o fundamento de que o novo texto constitucional seria mais restrito, ao fazer menção somente às entidades públicas (dizia, em seu artigo 150, § 31, que qualquer cidadão seria parte legítima para propor ação popular que visasse a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas), restringindo, portanto, o alcance do artigo 1º da Lei da Ação Popular, que era mais abrangente³⁸⁵.

A doutrina³⁸⁶ alertava que o âmbito de cabimento da ação popular era bem mais vasto do que se poderia supor da simples leitura do texto constitucional que falava em “atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”, especialmente em razão de ter a lei (4.717/65) ampliado o alcance da ação, o que se mantinha válido, entendimento que vai se consolidar com o passar dos anos, dado que a norma legal continua vigente até os dias atuais.

Alguns exemplos ilustravam essa amplitude do instrumento, como aqueles levantados por Barbosa Moreira³⁸⁷ em artigo publicado originariamente no ano de 1982, demonstrando casos reais de ações populares:

1. Na qual se pleiteou anulação do ato que aprovou projeto de construção do aeroporto de Brasília, com fundamento de que não se harmonizava com a concepção estética da capital projetada.

2. Na qual se impugnava atos administrativos relacionados com o Aterro da lagoa Rodrigo de Freitas, localizado no Rio de Janeiro, com objetivo de construir prédios destinados ao comércio, sob o argumento de que isso desfiguraria beleza paisagística do local.

3. Na qual se buscava impedir a demolição de edifícios de valor histórico e artístico localizado na cidade de São Paulo, local onde seriam instaladas estações de metrô.

4. A qual visou impedir a instalação de que quiosques destinados a atividades comerciais em gramado de praça pública utilizado para repouso e recreação dos habitantes locais e turistas.

³⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39.

³⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, p. 7-19, dez. 1982.

³⁸⁷ *Ibid.*

5. Na qual visou-se anular ato que permitiu a utilização de uma praça pública por uma associação carnavalesca, portanto, para fins privados e uso diferente daquele que era realizado pela população.

6. Na qual se pretendeu anular ato legislativo municipal que autorizou a extração, sem limites, de madeira em floresta que protegia nascente de água, sob o argumento de que a nascente era indispensável ao abastecimento da população da cidade, ou seja, imprescindível à satisfação de necessidades humanas vitais.

Embora tais casos tenham corrido ainda sob a égide do texto constitucional anterior, é certo que também fora na vigência da Lei 4.717/65. Com muito mais razão, seriam plenamente válidos diante do texto da Constituição Federal de 1988 e demonstram que uma leitura menos ortodoxa da norma pode propiciar a eficaz tutela de interesses da comunidade, atribuindo o sentido à ação popular condizente com sua função histórica. Não há como negar que, em todas as hipóteses narradas, tais atos atentam contra bens cuja salvaguarda interessa à coletividade e cuja apreciação judicial é possível, através do instrumento da ação popular.

Pode-se indagar como o instrumento de participação popular, verdadeira garantia fundamental que se liga ao exercício democrático, teve espaço dentro de um regime com contornos restritivos, já que a Lei da Ação Popular (1965) surge, no Brasil, durante a chamada ditadura militar brasileira, marcada por um caráter autoritário, que perdurou de 1964 até 1985. Algumas evidências podem ajudar a explicar a questão: a primeira se deve ao fato de que os denominados anos de chumbo, momento mais repressivo do regime, vão do fim de 1968, com a edição do Ato Institucional n. 5 (AI-5) até meados de 1974. A lei, portanto, é anterior a este período e reflete os anseios que advinham já de duas décadas atrás. Em segundo lugar, embora a constituição que adveio no período tenha mantido a previsão da ação popular, havia um descompasso entre o texto formal e a realidade subjacente, resultando em uma perda de efetividade da norma.

Como se verifica da análise dos diversos momentos históricos apontados neste tópico, a ação popular sofre diferentes influxos a partir do cenário que lhe é subjacente. É dizer, encontra o instrumento terreno fértil em ambientes republicanos e democráticos. De outro lado, verifica-se a incompatibilidade, por sua própria natureza, em períodos autoritários. É assim que “nos períodos de governos autoritários e não democráticos houve a sua supressão, como na

Carta Constitucional de 1937, ou a redução do alcance de seu objeto, como na Constituição de 1967 e na EC 1969³⁸⁸.

- **Constituição de 1988:** Previsão da ação popular, buscando aperfeiçoar o instrumento, como corolário da democracia e instrumento constitucional apto à defesa dos interesses da coletividade, para a tutela do patrimônio público em todas as suas dimensões (material e imaterial – cultural, moral, histórico etc.):

CRFB/1998. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...].

Trata-se de formulação superior aos textos precedentes nas constituições brasileiras, segundo Mancuso³⁸⁹, revalidando seus precedentes históricos, tendo em conta que a ação popular romana já envolvia o contexto da moralidade administrativa e que a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio cultural dizem respeito à gestão da *res publica*.

A ação teve seu objeto ampliado, aumentando-se sua abrangência e o âmbito de admissibilidade, especialmente porque o texto constitucional passou a mencionar expressamente o “meio ambiente”, o patrimônio cultural e a moralidade administrativa³⁹⁰, o que não constava literalmente no texto constitucional anterior e nem mesmo na Lei 4.717/65, embora se pudesse enquadrá-los em alguma medida por meio de uma leitura mais alargada e menos literal da texto da norma, por exemplo, com relação ao patrimônio cultural, na previsão dos bens e direitos de valor turístico e histórico, constantes da na Lei 4.717/65.

Trata-se de previsão inserida dentro do título referente aos direitos e garantias fundamentais. A posição topográfica do texto reforça a natureza de garantia fundamental à ação popular, resultando em maior proteção contra eventual tentativa de supressão ou restrição, ainda que por meio de reformas constitucionais, já que o artigo 60, § 4º, da Constituição veda a deliberação de propostas de alteração do texto constitucional tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

³⁸⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

³⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 59.

³⁹⁰ Neste sentido, entre outros: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

Conforme tem se verificado no curso do presente trabalho, trata-se de meio de participação do membro do grupo, que pode, por iniciativa própria, tutelar direito coletivo (da sociedade na qual está inserido), motivo pelo qual a amplitude da previsão e a possibilidade de efetiva utilização do instrumento representa forma de inclusão de pessoas e grupos vulnerabilizados no processo de formação e condução da coisa pública.

A lei brasileira que regula a matéria é de 1965, ou seja, anterior à Constituição de 1988, revelando certo anacronismo, sendo certo que seria bem-vinda uma nova regulação, com norte na perspectiva que se desenvolve a partir da década de 1980 no Brasil, plasmada no texto constitucional e nas normas que se seguem nas décadas seguintes, com ampliação do âmbito de alcance da tutela coletiva (neste sentido, vieram, dentre outras, o Código de Defesa do Consumidor, as leis do mandado de injunção e do mandado de segurança, e a alteração na Lei da Ação Civil Pública para ampliar o rol legitimados).

Nada obstante, a Lei 4.717/1965, que deve agora ser lida à luz do texto constitucional, continua em vigor, salvo no que conflite com o texto constitucional. Ainda sobre essa norma, para aqueles que entendem que seu texto não foi parcialmente recepcionado pela Carta de 1967, pode surgir o questionamento se, com o advento da Constituição Federal de 1988, sua vigência seria restabelecida na totalidade. A resposta é negativa. O fenômeno da recepção somente alcança diplomas que estejam vigentes ao tempo do nascimento da nova constituição, ou seja, se a lei estiver em vigor, portanto, no ordenamento jurídico, no momento da promulgação Carta. Caso não esteja, a restauração da lei somente é possível se o constituinte dispuser expressamente neste sentido, atraindo o fenômeno da reprivatização (que não pode ser tácita, conforme a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). Nada foi disposto com relação à Lei da Ação Popular neste sentido na Constituição de 1988. Inaplicável, também, o fenômeno do efeito reprivatatório, que diz respeito a normas que foram revogadas por outras, as quais posteriormente veem a ser declaradas inconstitucionais. Como a declaração de inconstitucionalidade, em regra, tem efeito *ex tunc*, de forma que a lei posterior é nula desde o seu nascimento, ela não chega a produzir efeitos e, por consequência, não houvera revogado a norma mais antiga. Não é caso da lei da ação popular, que não foi objeto de controle de constitucionalidade. Tudo isso, todavia, não diminui o âmbito de alcance da ação popular, tendo em vista que, qualquer que seja o entendimento acerca da manutenção da lei, o próprio novo texto constitucional é amplo. Demais disso, repise-se que a Lei 4.717/65 continua em vigor.

4.3.3 Objeto e legitimidade

A ação popular tem como característica ser um instrumento de participação ativa na vida pública. Isso é da sua própria natureza. Com efeito, “A *actio popularis* em Roma se dava a quem possuía aquilo que hoje denominaríamos interesse pela causa pública, que em Roma era, a princípio, considerada como vinculada à *gens*”³⁹¹.

Havia, portanto, uma particular relação de comunidade com o objeto a ser tutelado:

Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolavelmente ligado à qualidade de membro da coletividade³⁹².

Essa perspectiva, de certa forma, é preservada, inclusive por configurar a própria essência da ação, sem a qual restaria desvirtuada ou desfigurada. A ação popular, é certo, se volta à defesa de interesses que dizem respeito à comunidade, a uma coletividade, portanto. Como está posto na Constituição brasileira de 1988, trata-se um instrumento da democracia, que viabiliza a participação popular na formação e condução do Estado Democrático de Direito.

Em outros países, a ação popular é mais abrangente, a exemplo de Portugal, que assegura a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, de promoção, prevenção ou cessação das infrações contra a saúde pública, dos direitos dos consumidores, da qualidade de vida, da preservação do ambiente e do património cultural, assim como para assegurar a defesa dos bens públicos.

Como apontado em tópico anterior, referida ampliação ocorrera a partir da revisão constitucional de 1989 (regulamentada por legislação ordinária em 1995), passando a reunir, no texto do artigo 52 da constituição lusitana, que cuida do direito de petição e direito de ação popular, duas figuras: a) a ação popular como instrumento de tutela dos direitos difusos e coletivos; b) a ação popular clássica, como instrumento de reação à prática de atos ilegais na atividade administrativa. Além disso, o ordenamento jurídico português vai além da ação popular judicial (aquela processada perante o Poder Judiciário), prevendo diferentes formas de exercício: direito de participação procedimental (consistente no dever da Administração

³⁹¹ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

³⁹² SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 18.

Pública de ouvir a população previamente e durante a realização de obras ou de investimentos públicos); ação procedimental administrativa (que pode ser manejada quando as decisões tomadas nas audiências públicas contrariarem os interesses protegidos pelas ações populares); e ação popular civil (para a tutela dos direitos difusos e coletivos, em geral).³⁹³ Tudo isso permite que o indivíduo participe mais ativamente das decisões que envolvem a esfera comunitária.

Dal'col e Mazzei³⁹⁴ entendem que a ação popular portuguesa, de certa forma, engloba as ações previstas no microsistema coletivo brasileiro, embora a previsão brasileira ligue-se mais à ação popular portuguesa em sua vertente clássica. Se é assim, trata-se de um modelo que adota a legitimação do indivíduo, seja ou não membro do grupo, para a tutela coletiva em geral (cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos na legislação, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda, além de autarquias locais para interesses que guardem a devida pertinência à sua circunscrição territorial, como dispõe a Lei 83/1995 – Lei da Ação Popular Portuguesa). O indivíduo irá representar, “por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de autoexclusão” (artigo 14 da Lei portuguesa 83/1995³⁹⁵).

Mancuso³⁹⁶ classifica a ação popular constitucional brasileira (referindo-se à previsão constante na Constituição Federal do Brasil) como desconstitutiva (ou constitutiva-negativa) e condenatória, manejada através de um processo de conhecimento, descartando a existência de uma ação popular meramente declaratória³⁹⁷. Objetiva, portanto, anular o ato lesivo (desconstituir) e responsabilizar o agente (condenar), incluindo terceiros beneficiados. Essa condenação não se resume ao aspecto pecuniário, compreendendo esfera mais ampla. Por exemplo, pode envolver a restituição do anterior estado de área que sofreu dano ambiental ou evitar a demolição de um bem público, a fim de preservar o patrimônio cultural do espaço.

Afasta-se, portanto, a exegese que restringe a condenação ao conteúdo pecuniário, sob o fundamento de que seria necessário, para a propositura da ação, a ilegalidade do ato e a

³⁹³ MAZZEI, Rodrigo; DAL'COL, João Roberto de Sá. Ação popular no Brasil e em Portugal: alguns pontos de contato e de distanciamento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 317-344, fev. 2015.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ PORTUGAL. **Lei n. 83, de 11 de agosto de 1995**. Direito de participação procedimental e de ação popular. Assembleia da República. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/548464/details/normal?p_p_auth=e9qv3RbR. Acesso em: 18 out. 2021.

³⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 95-98.

³⁹⁷ Dentro da clássica divisão trinária as ações civis podem ser: meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias. Em uma classificação quintupla, defende-se mais duas categorias: executivas *lato sensu* e mandamentais. Embora o tema seja sedutor, ingressar nos meandros desta discussão fugiria do escopo deste trabalho.

lesividade de cunho econômico. Mancuso aduz que apenas o requisito da lesividade, não necessariamente de cunho patrimonial, se sustenta³⁹⁸. Assim, a ação poderia derivar mesmo de um ato legal (a mera ofensa à moralidade, por exemplo, autorizaria o desfazimento do ato) e a lesividade poderia ser de cunho não patrimonial, como são os prejuízos causados a bens imateriais, caso da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, mencionados expressamente no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Ou seja, em algumas hipóteses seria desnecessária a ilegalidade do ato impugnado.

Essa posição, embora conte com parcela considerável da doutrina, não é pacífica. Majoritariamente, vem se entendendo que deve estar presente o binômio ilegalidade (ou ilegitimidade)/lesividade ao patrimônio público, embora em geral não se discorde quanto ao ponto de que a condenação não necessariamente tenha que ser de cunho econômico e que a lesão possa ocorrer a bens não materiais, questão sobre a qual não recai maiores divergências. A tese de que não é necessária a presença da ilegalidade, portanto, além de não ser tranquila, não é a que vem prevalecendo³⁹⁹. Esse posicionamento, pela imprescindibilidade da presença da legalidade, foi defendido, entre outros, por Humberto Theodor Júnior⁴⁰⁰ e Barbosa Moreira⁴⁰¹. O último, analisando o então novo texto constitucional de 1988, sustentava que as hipóteses de cabimento da ação popular só seriam alcançadas em casos nos quais exista vício de legalidade, já que o ato só pode ser anulado quando tiver algum defeito jurídico. Por exemplo, não seria cabível impugnar um ato sob a alegação isolada de que viola a moralidade administrativa, sendo necessário apontar a violação de alguma disposição legal. A preocupação do autor, como fica claro no texto referenciado, é evitar subjetivismos: “do contrário cairíamos aqui num subjetivismo total, e isso, evidentemente, não é desejável, porque daria margem a aventuras judiciais. Bastaria que alguém dissesse: “esse ato, a meu ver, é imoral””, escreveu aquele processualista⁴⁰². Ainda, além de ilegal o ato deveria necessariamente atentar contra o patrimônio histórico e cultural ou se desviar da moralidade administrativa, ou seja, violar uma das premissas indicadas pelas disposições que tratam da ação popular, para que esta seja cabível. Para esta corrente, em suma, continuam a ser requisitos da ação popular a condição

³⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 99-100; 120-121.

³⁹⁹ Nesse sentido, na doutrina constitucionalista: CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 681. O autor, todavia, não deixa claro se entende que a lesividade deve ter cunho econômico, pontuando, todavia, que podem ser atacados quaisquer atos que tragam consigo vício em relação a algum dos elementos do ato administrativo.

⁴⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação popular e habeas data na nova Constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 33, p. 153-176, out. 1991.

⁴⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. p. 187.

⁴⁰² *Ibid.*

cidadão-eleitor, a ilegalidade e a lesividade. O que teria se alterado com a Constituição de 1988 seria que a ilegalidade não necessita ser verificável na origem do ato, mas na sua formação ou no seu objeto.

Além das correntes acima citadas, há quem adote posição entendendo que é imprescindível a existência de alguma ilegalidade no ato ou omissão impugnada via ação popular, mas que, quanto ao requisito da lesividade, esse seria inexigível nos casos de (i)moralidade administrativa⁴⁰³. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁴ já decidiu que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexista o dano material ao patrimônio público, de forma a lesão pode ser efetiva ou presumida. A Lei 4.717/1965 traz, em seu artigo 4º, um rol de presunções legais, pelas quais o ato ou a omissão administrativa serão presumidamente lesivos, bastando, assim, se provar a prática naquelas circunstâncias. A decisão do STJ considerou que a moralidade administrativa se inclui nestas previsões presumidas. Com efeito, a Constituição de 1988 erigiu a moralidade administrativa como categoria jurídica passível de controle jurisdicional e como fundamento autônomo da ação popular. Esse conceito jurídico envolve o abuso do direito, o desvio do poder e a razoabilidade da conduta. No mais das vezes, aparecerá subjacente a uma ilegalidade (afrontando uma disposição legal. No mínimo, afrontará o artigo 37 da Constituição Federal). Tratando-se de um conceito jurídico aberto, aplica-se o artigo 489, §1º, II do Código de Processo Civil, assim como depende da observância das orientações dos tribunais, sobretudo no que diz respeito às decisões vinculantes. É exemplo o enunciado 13 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, que trata sobre o nepotismo enquanto categoria que viola o artigo 37 supramencionado.

Tanto o texto da Constituição Federal de 1988 quanto o da Lei 4.117/65 falam em anulação do ato lesivo (que atente contra o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, a bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico). *A priori*, um ato pode ser lesivo sem que seja ilegal. Basta pensar em uma relevante lesão a determinado local utilizado para o turismo ecológico em razão de suas riquezas naturais (meio ambiente), causada pela construção de via pública nas proximidades seguindo-se todos os parâmetros legais, mas que acabasse afetando a área e alterando a fauna local (por exemplo, afastando os animais nativos do local). Esse ato poderia ser combatido através de uma ação popular? Parece que sim, e negar essa possibilidade equivaleria a ir contra a própria natureza da ação. O problema surge

⁴⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 321-322.

⁴⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.130.754-RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 11 mar. 2014. Publicado em: 17 mar. 2014.

porque, no direito administrativo, atos anuláveis são aqueles eivados de alguma ilegalidade. Tecnicamente, não se anula ato não ilegal, mas se revoga, por conveniência e oportunidade administrativa, não cabendo ao Poder Judiciária intervir no chamado mérito administrativo. Tentando solucionar esse impasse, parcela da doutrina⁴⁰⁵ chega a afirmar que a ilegalidade estará presente sempre que houver lesividade ao patrimônio público, de forma que o ato será nulo porque é lesivo, ou seja, sua nulidade decorre da própria lesividade dele projetada. A lesividade sempre trará em si a ilegalidade. A tese é interessante porque há várias situações que demonstram que os elementos do binômio repercutem mutuamente, fazendo parte de uma relação imbricada (por vezes indissociável) e não estanque.

A questão parece estar, portanto, no conceito de ilegalidade adotado para fins de cabimento da ação, que, a partir da leitura das cláusulas abertas trazidas pela norma (moralidade, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico) é amplo, não se restringindo à violação direta, mas englobando os efeitos que esse ato possa causar, ainda que reflexamente, nos valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Além disso, a lei e o texto constitucional não falam em ato administrativo, mas simplesmente em ato lesivo. Veja-se que um particular que não pratica ato administrativo pode figurar no polo passivo de uma ação popular (artigo 6º da Lei 4.717/65). No exemplo trazido, embora construída dentro de parâmetros legais, a estrada acabou por violar direitos e valores da coletividade, afetando-a negativamente. Assim, o binômio ilegalidade-lesividade se mantém, desde que, com relação à nulidade do ato, adote-se um conceito elástico (à luz das cláusulas abertas do próprio texto normativo). No tocante à eventual responsabilização pessoal do agente (ao ressarcimento por perdas e danos – artigo 11 da Lei 4.717/65), esse conceito deverá ser mais restrito, dado que não se pode penalizar alguém que agiu convicto de que atuava dentro dos parâmetros legais, embora os efeitos do ato violem os valores jurídicos da comunidade, desde que o fizesse com base em um entendimento razoável do determinado contexto. Ademais, em certos casos, caberia ao Poder Judiciário também avaliar o ato à luz da proporcionalidade (e seus elementos). No exemplo hipotético exposto acima, a situação envolveria a seguinte análise: a construção da estrada foi adequada, ou seja, atingiu o objetivo pretendido (por exemplo, facilitou a locomoção das pessoas que ali transitam)? Entre os meios existentes, a construção da estrada naquele local foi o menos restritivo (aos direitos envolvidos, como a questão turística e ambiental) ou haveria outras

⁴⁰⁵ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

formas? Houve proporcionalidade adequada entre o meio utilizado e os fins desejados? O mesmo raciocínio acima colocado pode ser aplicado no tocante à lesividade.

Registre-se decisão da Segunda Turma Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁶ no sentido de que, para que a ação popular seja proposta, há que se demonstrar o binômio ilegalidade-lesividade, embora nem sempre a falta de algum deles leve, por si só, à improcedência da ação. Por exemplo, nos casos de lesividade presumida (a Lei 4.717/1965 traz, em seu artigo 4º, um rol de presunções legais, pelas quais o ato ou a omissão administrativa serão presumidamente lesivos, bastando, assim, se provar a prática naquelas circunstâncias). Ou, ainda, nas hipóteses de ferimento à moral administrativa, seguindo o entendimento de parcela da doutrina. Embora a decisão mencionada não faça menção expressa, há que se fazer uma ressalva também com relação à ação popular preventiva, já que nela se busca evitar a prática do ato, não havendo que se perquirir a existência da lesão ou danos causados⁴⁰⁷. Esse tipo de ação, na qual a lesão não precisa estar consumada, se justifica tanto em razão do artigo 5º, XXXV da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito), quanto pelo poder geral de cautela. Não existe óbice também à aplicação do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista nos artigos 303 e seguintes do Código de Processo Civil (aplicável à ação popular em razão do disposto no artigo 1.046, § 2º, do CPC e artigo 22 da lei da ação popular).

O entendimento a favor da necessidade de comprovação do binômio se repetiu em outras decisões da Primeira Turma⁴⁰⁸ e da Primeira Seção⁴⁰⁹ da corte, não sendo açado afirmar a formação de jurisprudência do tribunal sobre o tema.

São mais tranquilas e uníssonas as afirmações de que houve a ampliação do objeto da ação com o novo texto constitucional e de que a lesividade não necessita ser de cunho patrimonial. Nestes aspectos, a doutrina parece não divergir. Com efeito, o artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e o artigo 1º, § 1º, da Lei 4.717/1965, ao definirem o patrimônio público como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, não deixam dúvidas de que é dada ampla abrangência à expressão, abarcando não apenas o aspecto econômico, senão o moral, o cultural e o histórico, dentre outros.

⁴⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 479.803/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 22 ago. 2006.

⁴⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 321.

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.447.237/MG**. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 16 dez. 2014.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.192.563/SP**. Primeira Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 27 fev. 2019.

O Supremo Tribunal Federal tem confirmado a desnecessidade de lesão ao patrimônio público material, considerando que a previsão constante na Constituição Federal tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico⁴¹⁰.

Estão incluídos até mesmo valores puramente espirituais como a liberdade de culto religioso, a ampla divulgação de ideias e a circulação de propostas filosóficas, especialmente quando a norma menciona o patrimônio cultural⁴¹¹. Com efeito, o interesse coletivo nem sempre poderá ser reduzido com facilidade a pretensões puramente monetárias, motivo pelo qual ressentem-se, na sistemática da Lei 4.717/85, da previsão de uma eficaz tutela específica para casos nos quais a mera invalidação do ato ilegítimo não seja suficiente, sobretudo quando já houver sido produzido dano material irreversível.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à necessidade de que a ação sempre se volte para a anulação de um ato. Por ato, deve-se entender qualquer ação ou omissão, capaz de causar lesão aos valores comuns da coletividade (por exemplo, ao patrimônio cultural), praticado por pessoas públicas ou privadas, não se restringindo, portanto, aos atos administrativos. A construção de um empreendimento privado, por exemplo, pode abrir margem para o manejo da ação? Seria necessário que este ato estivesse vinculado a um ato da administração? Parece haver uma falha legislativa na Lei 4.171/65, que se refere à anulação de atos que atentem contra o patrimônio público vinculando-se a atos administrativos, deixando descoberta a proteção dos mesmos bens quando violados por ato ilegal e lesivo de um particular, o que igualmente interessa ao cidadão e à coletividade. Neste aspecto, seria positivo um resgate das origens da ação, ligada à proteção de valores comunitários, além de sua extensão à proteção geral de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da comunidade, a partir da lógica do microsistema processual coletivo e à luz da amplitude da previsão constitucional (sendo certo que a lei deve ser lida à luz da atual norma constitucional). Neste aspecto, é relevante observar que o artigo 6º da Lei 4.717/65, ao dispor sobre o polo passivo da ação, indica que poderá ser intentada contra pessoas privadas. Se tanto o texto da constituição quanto da lei mencionam o “ato lesivo” (sem especificar se trata de ato público ou privado) e, ao tratar da legitimidade passiva, a legislação menciona pessoas públicas ou privadas (além de entidades,

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (RG) 824781 RG / MT**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 8 out. 2015.

⁴¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991.

autoridades, funcionários e administradores) que tenham praticado o ato ou dado oportunidade à lesão, resta evidente que este ato tem um sentido amplo, englobando até mesmo aquele praticado por um particular, não necessariamente se limitando a um ato administrativo, o que é consentâneo com a própria natureza da ação popular. De *lege ferenda*, andaria bem o legislador se fizesse menção, ao lado da anulação, ao *desfazimento* do ato, sem prejuízo de eventual reparação em caso de impossibilidade de retorno à situação anterior à lesão.

Não se impede que uma ação popular tenha como objeto lei de efeito concreto. Por outro lado, será incabível em face de lei em tese, fazendo às vezes de uma ação de controle constitucionalidade, é dizer, não pode substituir tais ações, sob pena de usurpação. Igual entendimento é aplicado a outras ações coletivas, a exemplo da ação civil pública. Não sendo sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade não é via processual adequada para a declaração abstrata de dispositivos de leis ou atos normativos de forma geral e abstrata. É possível, todavia, a impugnação visando anular o ato administrativo que se encontra nela calcado, sendo a análise da inconstitucionalidade, nestes casos, realizada de maneira incidental (*incidenter tantum*), por meio de controle difuso.

Possível, assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação popular, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas tão somente como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. Esta tem sido a posição do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina⁴¹². O mesmo raciocínio é aplicável aos processos em geral, inclusive coletivos, como é o caso da ação civil pública e da ação popular⁴¹³.

O *objeto* da ação popular, portanto, envolve qualquer ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, considerando-se como tal bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (Lei 4.717/65), o meio ambiente, o patrimônio cultural e a moralidade administrativa (Constituição Federal). Trata-se, como se verifica, de cláusulas abertas e bastante amplas. Pode envolver bens materiais e imateriais e a lesão pode ocorrer por ação ou omissão do agente. Sua previsão constitucional revela uma garantia mínima, que pode ser ampliada por meio de legislação ordinária. Demais disso,

⁴¹² Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.559.292/ES**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicado em: 23 mai. 2016. No mesmo sentido, ver a decisão do STJ no AgInt no REsp 1352498/DF. Primeira Turma. Publicado em: 8 jun. 2018. Na doutrina: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 193.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 8.605**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 17 out. 2013.

tratando-se de garantia constitucional, a interpretação que os tribunais devam dar ao alcance do instituto deve sempre ser a mais ampla, visando a maior salvaguarda dos direitos.

No que diz respeito à *legitimidade*, se é certo que a ação popular “se apresenta coletiva em sua finalidade, não é menos verdade que o seu exercício é assegurado ao indivíduo, embora de maneira concorrente-disjuntiva com os demais cidadãos eleitores”⁴¹⁴, havendo, portanto, uma congregação de interesses da coletividade e do sujeito. “O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”⁴¹⁵.

Desde suas origens, as ações populares se dignam a proteger a relação indivisa de uma comunidade de direitos, de forma que cada membro, individualmente, pode intentar a ação. Costuma-se afirmar que eram conferidas a qualquer do povo (*cuivis e populo*)⁴¹⁶. Essa afirmação deve ser vista com temperamentos. Os cidadãos, desde Roma, resguardavam, por meio dela, interesses de todo o grupo. Por certo, contudo, que o conceito de cidadão varia, sendo afetado pela época e pelo contexto no qual é analisado. Mesmo o *civitas* (cidadão romano) não foi o mesmo todo o tempo, verificando-se alteração nos critérios de identificação desta figura. Além disso, o conceito de cidadania pode ser excludente. O *status* era conferido aos membros da comunidade política (cidadãos da cidade - *civis romanus*), mas não a todos. Ainda, havia uma gradação de nível (entre *cidadania* e *cidadania ativa*). Escravos (pessoas que não eram livres) não detinham nenhum dos dois tipos. Mulheres não tinham a cidadania ativa, sendo que somente com este tipo alguém podiam participar de certas atividades políticas e ocupar algumas funções públicas. Desse debate não estão isentos os modernos⁴¹⁷.

A ação prevista no texto da constituição brasileira confere a legitimidade para qualquer cidadão. Trata-se de iniciativa concorrente e disjuntiva, não havendo impedimento para que mais de uma pessoa legitimada atue em litisconsórcio (facultativo), inicial ou ulterior, no polo ativo (artigo 5º, LXXIII, da CRFB/88 e artigo 6º, §5º da Lei 4.1717/65). A lei informa que a prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda (artigo 1º, §3º, da Lei 4.1717/65). Cumpre não confundir: não é necessário que o postulante possua residência no domicílio eleitoral onde a ação será proposta, já que a

⁴¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 193.

⁴¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 191.

⁴¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17-18.

⁴¹⁷ Essa relação entre participação e desigualdade (ou vulnerabilidade) foi abordada no capítulo inicial.

legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão. A condição de eleitoral é tão-só meio de prova documental da cidadania⁴¹⁸.

A condição é, portanto, de cidadania ativa, conferida aqueles que estão no gozo de seus direitos políticos. Parcela considerável da população (dos membros do grupo, considerado aqui a sociedade como um todo) está, *a priori*, excluída, como aqueles que não podem se alistar (os conscritos, durante o serviço militar; os não nacionais), conforme o artigo 14, § 2,º da CRFB/88 e as pessoas presas com condenação criminal definitiva transitada em julgado, assim como as condenadas em casos de improbidade administrativa (artigo 15 da Constituição Federal de 1988) com pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto durar. Além desses, há que se considerar impedimentos gerados por diversos fatores de vulnerabilidade, como a baixa escolarização, a pobreza, as origens sociais e outros tipos de situações vulnerabilizantes.

Não basta, portanto, ser brasileiro, porque a legislação exige a condição de cidadania ativa, ou seja, a prova da condição de eleitor, o que, inicialmente, se justifica sob o ponto de vista de que se trata de um atributo político e a ação popular é um instrumento dessa mesma natureza, do que seria natural tal exigência (que o autor esteja em gozo dos seus direitos políticos). Embora as restrições, *a priori*, justificáveis, não soem absurdas como aquelas dos antigos, que discriminavam mulheres e normalizavam a escravidão, é preciso fazer uma leitura com os olhos de alguém que, do futuro, analise o presente. Dentro de algumas décadas ou centenas de anos não olharemos para as restrições atuais e a conceberemos tão inaceitáveis quanto as de outrora?

Não é necessário aguardar o avanço do tempo. Estando a ação popular entre as garantias constitucionais fundamentais, a exigência do “cidadão-eleitor” não mais se sustenta, já que, enquanto garantia fundamental, não pode ser interpretada restritivamente. Neste contexto, o uso da expressão “cidadão” na Constituição Federal, ao tratar da ação popular, necessita ser encarado como algo de significado amplo, maximizando o alcance do instrumento. Interpretações restritiva não são recepcionadas pela Carta de 1988⁴¹⁹.

Talvez a ação popular pudesse ter seguido o mesmo rumo do *habeas corpus*, cuja legislação progrediu: antes, prevendo o remédio como um privilégio do cidadão (Código de Processo Criminal de 1932⁴²⁰), utilizável em seu favor. Depois, passando a prever que o

⁴¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.242.800/MS**. Segunda Turma. Publicado em: 14 jun. 2011.

⁴¹⁹ No sentido da ampliação do conceito do cidadão ou mesmo de sua substituição por outra expressão, referenciando outros estudiosos do tema: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 106; 184.

⁴²⁰ “Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor”.

impetrante poderia ser nacional ou estrangeiro, podendo ser o próprio paciente ou alguém em seu favor (Decreto 848 de 1890⁴²¹). E, por fim, que a legitimidade é atribuída a qualquer pessoa. A redação do Código de Processo Penal de 1941, vigente ainda hoje, dispõe que “o habeas corpus poderá ser impetrado *por qualquer pessoa*, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público” (artigo 654). A mesma sorte merecia a *actio popularis*.

Impende não olvidar que a legitimação está ligada ao direito de petição, que é um instituto processual ligado à condição de salvaguarda de um direito fundamental da pessoa, que é o acesso à justiça⁴²² (assegurado aos brasileiros e não nacionais residentes no país, conforme artigo 5º da CF/88), soando anacrônica a restrição quanto ao legitimado, por remeter ao outras discussões pretéritas e já superadas, hoje vistas como absurdas, como o debate em torno da condição da mulher como cidadã (que tinha reflexos, por exemplo, na possibilidade de uma mulher impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro)⁴²³.

Com efeito, a ação popular está prevista no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser lida de acordo com o *caput* do dispositivo, conferindo a legitimação a qualquer nacional (não apenas o eleitor) e, também, aos não nacionais (nos termos da constituição, aos estrangeiros que se encontrem em território nacional).

A desconfiança em relação aos membros da sociedade, no que diz respeito à legitimação para o manejo de ações coletivas, não é nova e se verifica através da análise do histórico da ação popular, que no Brasil sofrera resistências quanto ao próprio instituto no surgimento da República. Como anota José Afonso da Silva, Clovis Bevilacqua, durante os debates da constituinte de 1934, alegava, contrariamente à legitimidade do cidadão, certos “inconvenientes que a boa organização do Ministério Público evita. Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor desempenham do que qualquer do povo”⁴²⁴. Segue-se esse cenário pelas décadas seguintes, tema abordado quando se tratou, neste estudo, do histórico da ação, em outro tópico.

De toda sorte, já na sua origem romana, a legitimação para a *actio popularis* indicava, até certo nível, a participação popular na gestão da coisa pública. Segundo a doutrina

⁴²¹ “Art. 45. O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de habeas-corpus - em seu favor ou no de outrem”.

⁴²² Questões relacionadas ao acesso à justiça foram objeto de análise no segundo capítulo e voltarão a ser enfrentadas, em um dos seus corolários (a assistência jurídica pública), mais à frente.

⁴²³ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Tomo II. Campinas: Bookseller, 1999. p. 38; 45.

⁴²⁴ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

de Mancuso, isso ocorreria como realização do *status civitatis*⁴²⁵. Diante do Estado Constitucional (portanto, de Direito) aquela conclusão pode e necessita ser lida à luz do cenário moderno, é dizer, do paradigma atual (aquele formado a partir de realizações científicas, que, reconhecidas universalmente e durante algum tempo, fornecem os problemas e guiam as soluções de uma comunidade praticante de algum ramo da ciência⁴²⁶), sendo certo que, dos antigos aos modernos, operou-se uma verdadeira revolução científica (período no qual um paradigma é contestado e modificado⁴²⁷). Nesta missão, é de boa valia a teoria dos *status* desenvolvida por Jellinek⁴²⁸ e a leitura posteriormente feita, a partir dela, por Häberle⁴²⁹.

Segundo a classificação desenvolvida por Jellinek⁴³⁰, a que foi feita menção no início deste estudo (*vide* a introdução), é possível identificar quatro *status*: a) o negativo (*status libertatis*), relativo à esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, revelando uma esfera de não intervenção; b) o passivo (*status subjectionis* ou subserviente), esse concernente às obrigações do indivíduo face a sua sujeição ao Estado; c) o positivo (*status civitatis*), tido como a capacidade protegida juridicamente de exigir prestações positivas do Estado, ou seja, o direito do cidadão à atuação estatal positiva; d) o ativo (*status activus* ou da cidadania ativa), que se relaciona com os direitos que tenham como objeto a participação do cidadão na formação da vontade estatal. Diz respeito, portanto, à participação do indivíduo na construção e desenvolvimento da sociedade de que faz parte.

A ação popular, como se observa, seguindo esse arranjo moderno, se relaciona mais com o denominado *status activus* do que com o *status civitatis* (considerada a significação atual do termo). É relevante pontuar que essa classificação é determinada a partir das posições que a pessoa (aquele indivíduo a quem é reconhecida personalidade jurídica) ocupa em relação ao Estado (daí falar-se em *status*). Esta mesma relação também é válida para as associações de indivíduos as quais se reconhece personalidade jurídica.

O *status* ativo (*status activus*) é decorrência de uma posição mais ampla da personalidade, alcançando a participação na atividade do Estado. “Daí resulta, então, uma situação de cidadão ativo, que na concepção dos antigos equivale a dizer, simplesmente,

⁴²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 181.

⁴²⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado [Allgemeine Staatslehre]**. Tradução de Ferando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 388-391.

⁴²⁹ HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 55, p. 183-190, 2014.

⁴³⁰ JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 388-391.

cidadão”⁴³¹. A partir da abordagem de Jellinek, Peter Häberle desenvolveu derivações do *status* ativo, quais sejam: *o status activus politicus e o status activus processualis*⁴³². Essas ramificações se relacionam com a capacidade de participar dos procedimentos dos quais resultam a formação da vontade do poder público, manifestando-se, sendo ouvido e, mais do que isso, podendo influenciar realmente no destino destes processos.

O *status activus politicus* dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos de participação, também designados como direitos de configuração, decorrente da relação entre muitos direitos fundamentais e seu aspecto público, político e democrático, como é o caso da liberdade de reunião ou de manifestação. Inclui-se aí, tradicionalmente, o direito de participar da vida política por meio das eleições, exercitando o direito ao voto ou de ser votado. Por sua vez, o *status activus processualis* se refere à proteção dos direitos através da organização e do processo. A salvaguarda dos direitos de cidadãos e de grupos (*status corporativus*) exige a necessária atuação por parte do Estado neste aspecto. A ação popular situa-se inserida neste contexto do *status activus*, especialmente em seu viés *processualis* (embora a pessoa, quando exerça sua legitimidade, ajuizando a ação, também esteja atuando enquanto ser político, atraindo a face *politicus* do *status* em alguma medida).

Algumas legislações preveem a extensão da legitimação da ação popular para além do indivíduo-cidadão. É o caso, já mencionado, de Portugal, que a confere também às associações e fundações, assim como a autarquias locais. Na doutrina brasileira⁴³³, há quem defenda que isso deveria ocorrer também no Brasil, com a abertura da legitimação para associações privadas ou instituições públicas, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e partidos políticos, assim como a Ordem dos Advogados do Brasil. O texto da norma, atualmente, todavia, atribui apenas ao cidadão a capacidade de instaurar uma ação dessa natureza.

Paralelamente, questiona-se a ausência de legitimidade do cidadão na ação civil pública⁴³⁴, defendendo-se que poderia ser melhor a ampliação do rol de legitimados, já que, por vezes, quando uma ação é ajuizada por um indivíduo repercutirá coletivamente, sempre que a questão demande soluções uniformes. O tratamento coletivo, portanto, deriva da análise dos

⁴³¹ Livre tradução. No original: “De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano” (JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado [Allgemeine Staatslehre]**. Tradução de Ferando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 391).

⁴³² HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 55, p. 183-190, 2014.

⁴³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 182-186.

⁴³⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, p. 33-47, jun. 2013.

interesses em conflito. Com efeito, como nas ações coletivas em geral, um dos elementos caracterizadores de uma ação uma ação popular enquanto remédio processual vinculado à tutela coletiva são os interesses envolvidos, que se apresentam difusos, diferentemente das ações em geral, onde aparece individualizado.

O problema do interesse, que se relaciona com a legitimidade, no plano processual, é colocado da seguinte forma: a ação popular, pelo menos no caso brasileiro, é uma ação processual, não se diferenciando, neste ponto, das demais ações judiciais. Para que uma ação judicial seja admitida, é necessário que se demonstre a necessidade de proteção jurisdicional de um direito subjetivo, assim, há necessidade de haver um interesse legítimo do autor. Daí se dizer que o interesse deve ser pessoal e direto, pressuposto ao qual a ação popular não está subordinada, pois se ampara em fonte primária do poder político (plasmado na norma constitucional que reconhece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88), ligado à ideia de vivência em um Estado Democrático de Direito⁴³⁵.

Para Bielsa⁴³⁶, o autor da ação popular não necessita invocar a lesão de um direito subjetivo, tampouco um interesse legítimo. A lesão, para ele, existe, mas basta se apresentar como cidadão – nos casos em que essa condição é relevante – ou qualquer do povo. O direito subjetivo presente na situação é unicamente o de exercer a ação, que nasce com a decisão de se assumir, por esta via, a defesa da coisa pública. Não se trata de algo preexistente, mas que tem seu nascedouro quando se decide exercitar a ação⁴³⁷.

Embora essas teorias possam explicar a questão, ela pode ser melhor enfrentada através da diferença entre legitimação ordinária e extraordinária. Faz-se, na sequência, uma digressão necessária, para, em seguida, se chegar ao tema.

A escola clássica, imanentista ou civilista do processo não distinguia a ação do direito material. A ação, portanto, seria uma manifestação do próprio direito da parte, de modo que, segundo essa concepção, aquela não existe sem direito e não há direito sem ação. Esta

⁴³⁵ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75-78.

⁴³⁶ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

⁴³⁷ Bielsa entende que as ações populares modernas são produto do individualismo. A nosso entender, a expressão (individualismo) é por ele mencionada como referência à filosofia subjacente ao Estado Liberal, florescido no século XIX e início do século XX. Como se constatou nesta pesquisa, o ciclo que se inicia com as chamadas revoluções liberais segue no curso dos últimos séculos, sofrendo os influxos da história. Os fenômenos processuais hodiernos, ainda que com base ou já existentes outrora, precisam ser encarados levando-se em conta esse percurso do Estado de Direito, que vai da sua fase Liberal à Democrática, passando pela Social. No mesmo texto, o próprio autor observa que a ação popular se insere em um aspecto solidarista do fenômeno do individualismo.

segue a natureza daquele. Não era, assim, capaz de explicar situações como aquelas envolvendo julgamentos improcedentes (nas quais, portanto, não se reconhece a existência de direito material) e ações declaratórias. Através do reconhecimento da autonomia da ação, reconhece-se sua existência independentemente do direito material em litígio. Superada a fase imanentista, portanto, a ação, agora como direito autônomo, não pressupondo a existência de um direito material violado ou ameaçado e diverso dele, foi se desenvolvendo em torno de duas principais teorias: 1) como direito concreto à tutela jurídica; 2) como direito abstrato de agir. Tendo como uma de suas características que o autor mencione um interesse seu, que está, em abstrato, juridicamente protegido (portanto, um direito)⁴³⁸.

A lei estipula certas condições para que ação possa ser exercitada, é dizer, para que se exija um provimento jurisdicional. São condições da ação, segundo a legislação brasileira atual, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* (para postular em juízo é necessário possuir interesse e legitimidade, dispõe o artigo 17 do Código de Processo Civil). No campo da processualística civil, o interesse se liga ao trinômio necessidade- adequação-utilidade, é dizer, saber é necessário acionar o Poder Judiciário, como forma adequada para se obter um provimento jurisdicional que, ao final, irá propiciar ao sujeito uma situação melhor, considerando a sua esfera de direitos (portanto, que lhe será útil). Por sua vez, a legitimidade está ligada à qualidade necessária para estar em juízo, seja no polo ativo, como autor, ou no passivo, como demandado⁴³⁹. Segundo a doutrina, “a parte será legítima quando a tutela jurisdicional postulada se destinar a produzir efeitos diretos sobre sua esfera de direitos”⁴⁴⁰.

A princípio, assim, somente é legitimado para a ação aquele que se apresente como titular do direito (subjeto) material e que, portanto, pleiteará a satisfação para si (lhe será útil, no sentido acima exposto). Ainda, poderá ser aquele que possua a obrigação de satisfazer o direito, no caso da legitimidade passiva. Daí dizer-se que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio (ideia que se liga à denominada legitimação ordinária).

Sendo o membro do grupo interessado ainda sob o ponto de vista pessoal, nada obstante também defenda interesse da coletividade, sua legitimidade poderia, dessarte, ser justificada. No caso da ação popular, admitindo-se que o cidadão, legitimado que é, tem sua esfera de direitos afeada pela má condução da coisa pública.

⁴³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 309-311.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 323-324.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 177.

Ocorre que, ainda que de forma excepcional, o próprio Código de Processo Civil passou a admitir que alguém possa pleitear em nome de outrem, na qualidade de substituto processual (ideia que se liga à denominada legitimação extraordinária), é dizer, ainda que não possua interesse direito e pessoal, podendo atuar em nome próprio, mas em defesa de direito alheio, conforme parte final do artigo 18 do CPC.

Mesmo antes do advento da redação do artigo 18, que veio com o Código de 2015, a chamada legitimação extraordinária já era apontada como a fórmula adotada para a defesa dos interesses difusos e coletivos, por meio das ações coletivas, no Brasil, dentre as quais está inserida a ação popular. Dessarte, ainda que se entenda que não há interesse pessoal do cidadão, ele estará legitimado. Nesse sentido:

A caminhada para a ampliação dessa legitimidade já tivera início pela implantação legislativa da denominada *ação civil pública* em defesa do meio-ambiente e dos consumidores, à qual a Lei da Ação Civil Pública legitimou, além do Ministério Público e de outros órgãos do Poder Público, as associações civis representativas; e foi depois incrementado pela Constituição de 1988, que abriu a legitimidade a diversas entidades para a defesa de direitos supraindividuais (art. 5º, incs. XXI e LXX, art. 129, inc. III e §1º, art. 103 *etc.*). O Código de Defesa do Consumidor seguiu a mesma orientação e a Lei da Ação Civil Pública acrescentou ao rol dos legitimados a Defensoria Pública (art. 5º, inc. II). Também na *ação popular* se manifesta uma legitimidade extraordinária, pois ali figura no polo ativo um cidadão em defesa de um direito do ente estatal, do qual ele próprio não é titular (lei n. 4.717, de 29.6.1965, art. 1º- Lei da Ação Popular)⁴⁴¹.

Na legitimação ordinária, regra quando se trata de ações individuais, o autor atua em nome próprio, defendendo interesse seu. Existe coincidência entre a titularidade de direito material e a legitimidade para estar em juízo. Não tendo capacidade postulatória, a parte deverá ser representada por quem o tenha (por exemplo, um advogado ou defensor público). Já na legitimação extraordinária, regra quando se trata de tutela coletiva, o legitimado atua em nome próprio, defendendo interesse alheio, como substituto processual dos titulares do direito (que é a grupo ou os membros do grupo, coletivamente considerados).

Tanto é assim que, nas ações coletivas em geral, exatamente por agirem os legitimados por substituição processual (legitimação extraordinária), uma ação pode ser igual a outra, ainda que ajuizada por autores diversos. Dito de outra forma, é possível a litispendência entre ações coletivas ainda que o polo ativo não coincida. Basta pensar em duas ou mais ações populares ajuizadas por cidadãos diversos. Ou mesmo uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, a primeira ajuizada pelo Ministério Público e o segundo por uma

⁴⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 325.

associação. Ao cabo, o que se verificará é se a coletividade substituída, aquela que será atingida pelos efeitos da decisão e cujos interesses são discutidos em juízo, é a mesma (e, no caso de litispendência ou coisa julgada, se, além disso, há a mesma causa de pedir e o mesmo pedido). A identidade das partes, enquanto elemento da ação, fica relativizada nesses casos, não havendo que se preocupar com a tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedido).

Seguindo o entendimento, na ação popular, o cidadão-autor atua como substituto processual, agindo em legitimação extraordinária, em nome próprio, defendendo direitos da comunidade (ou dos membros da comunidade, em agrupamento) da qual faz parte. Age, portanto, substituindo a coletividade, titular do direito. Cumpre registrar, contudo, que essa posição, embora pareça ser a mais acertada, não é uníssona, havendo quem defenda que o cidadão-autor da ação popular atua em legitimação ordinária, em nome próprio na defesa de direito próprio, ou seja, de sua participação na vida política da sociedade⁴⁴².

Embora possa também ser do indivíduo (estar inserido dentro de sua esfera jurídica subjetiva), o direito é do grupo (portanto, alheio). Bem por isso, o só fato de pertencer igualmente ao membro da coletividade não parece afastar a tese da legitimação extraordinária, que bem explica a posição do autor coletivo e, ademais, aplica-se do mesmo modo a todas as ações do microsistema coletivo. A solução parece estar em compreender que o cidadão é membro do grupo, a quem é conferida a capacidade para representar os interesses da coletividade em juízo, como substituto processual. Defende interesse e direito da comunidade, conquanto também possam lhes ser próprios. Aqui, mais uma vez, fica clara a impossibilidade de se dissociar totalmente grupos e seus componentes.

Tentando solucionar o debate, surge uma corrente entendendo que tanto a legitimação ordinária quanto a extraordinária (substituição processual), as quais seriam pensadas para demandas individuais, não se adequariam ao processo coletivo, sendo, pois, necessário se acolher neste campo uma terceira modalidade, uma *legitimidade autônoma* para a condução do processo. Comentando o artigo 18 do Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁴³ defendem que dicotomia legitimação ordinária e extraordinária só tem pertinência no direito individual, no qual existe pessoa determinada a ser substituída. “Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir

⁴⁴² Sobre o tema, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 182-195.

⁴⁴³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 128-133.

coletividade ou pessoas indeterminadas”⁴⁴⁴. Haveria, assim, um fenômeno próprio do direito processual civil coletivo, por meio do qual o legislador atribuiria uma legitimação autônoma a uma pessoa, órgão ou entidade, para a condução do processo independentemente do conteúdo do direito material difuso ou coletivo a ser discutido.

Para esta corrente, quando se atribui legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos, o legitimado age como substituto processual, já que substitui pessoas determinadas, considerando que tais direitos, individuais em sua essência, apenas são tratados coletivamente por uma ficção, que a partir do tratamento como homogêneos permitem que sejam defendidos através de um processo coletivo⁴⁴⁵. A legitimação autônoma, portanto, diria respeito aos interesses difusos e coletivos em sentido estrito.

A legitimação extraordinária, enquanto substituição processual, parece, contudo, acolher bem a figura do autor da ação popular (e, em sentido mais amplo, das ações coletivas em geral), independentemente do tipo de interesse envolvido (difuso, coletivo ou individual homogêneo). No atual cenário jurídico brasileiro, não é necessário que o cidadão comprove interesse subjetivo na causa, embora se possa presumir que sempre estará presente, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, quando se defende um direito da coletividade no qual está inserido.

Com relação à execução do julgado proferido em ação popular, a norma (Lei 4.717/65, artigos 16 e 17) é menos restrita, conferindo legitimidade ao próprio autor ou a terceiro, no prazo de sessenta dias contados da publicação da sentença. Caso ninguém a promova, o Ministério Público deverá fazê-lo, subsidiariamente, nos trinta dias seguintes. Através do microsistema processual coletivo, parece viável estender essa legitimação subsidiária a qualquer dos colegitimados para a ação civil pública, aplicando-se o artigo 15 da Lei 7.347/85. A lei também atribui capacidade para executar o julgado às pessoas jurídicas, no que lhes possa beneficiar. Também aos próprios responsáveis pelo ato lesivo, na extensão que lhes aproveite, por exemplo, em eventual ação de regresso em face dos funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa (conforme permissivo constante no artigo 11 da Lei 4.717/65).

O polo passivo da ação, por sua vez, será composto por todos os responsáveis diretos pela lesão, aqueles que indiretamente tenham concorrido e terceiros que se beneficiaram, incluindo pessoas públicas ou privadas, entidades, autoridades, funcionários, administradores

⁴⁴⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 128.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 129-132.

(que tenham aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado; ou que com sua omissão tiverem dado oportunidade à lesão), o que se extrai da legislação de regência (artigos 6º e 11 da Lei 4.717/65). Os corréus estarão em litisconsórcio necessário, de modo que todos devam ser incluídos no polo passivo da ação popular (artigo 115, II, do Código de Processo Civil), tendo que integrar a lide.

O benefício decorrente do ato, para fins de configuração do polo passivo da ação deverá ser direto (artigo 6º, §1º, Lei 4.717/65). Com efeito, quem, pessoa física ou jurídica, tenha obtido algum proveito do ato ou omissão, ainda que circunstancialmente, deve integrar a ação. Por outro lado, não devem ser responsabilizados (e, portanto, processados) aqueles que apenas indiretamente tenha se beneficiado. O beneficiário indireto é aquele que não guarda relação de causalidade direta com o fato irregular. É o caso de um funcionário público que passou a ocupar uma vaga com maior remuneração, aberta em razão de ilegal assunção de nova função por seu antigo ocupante. Demais disso, nessa parte, a legislação deve sofrer os temperamentos a partir do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, no qual se estabelece a responsabilidade indireta do agente público quando houver danos causados a terceiros, que somente pode ser responsabilizado em ação regressiva pelo Estado.

Questão interessante é saber se um particular pode figurar sozinho no polo passivo de uma ação popular. A resposta é positiva. Basta imaginar situação na qual ocorre a migração da pessoa jurídica de direito público para o polo ativo, conforme autoriza o artigo 6º, § 3º, da lei, ficando apenas a pessoa (física ou jurídica) privada no polo demandado. Isso ocorre porque a ação popular, por envolver a proteção de algum bem de interesse público, sempre demandará a participação de algum organismo público no processo. A lei poderia ser melhorada nesse aspecto, prevendo que as pessoas jurídicas de direito público fossem notificadas no início da ação para integrarem o polo ativo e, apenas se não o fizessem, passassem a compor o polo passivo, evitando-se que tivessem que figurar inicialmente nessa condição (considerando que muitas vezes a proteção do bem jurídico em jogo é de interesse do próprio ente ou autoridade pública).

4.3.4 Outras questões processuais relevantes da Lei 4.717/65

O prazo para o ajuizamento da ação popular é de cinco anos (artigo 21 da Lei da Ação Popular – Lei 4.717/65). Para instruir a ação, a Lei 4.717/65 aduz que o autor pode requerer certidões e informações, conforme autoriza o artigo 1º, parágrafo 4º. O requerimento tem claro caráter de requisição e não pode, portanto, ser negado, salvo nos casos em que se

imponha sigilo, como resta disposto nos parágrafos 5º e 6º do mesmo artigo. O dispositivo fixa, ainda, o prazo para o fornecimento dos documentos ou da informação, que será de no máximo 15 dias, assim como indica que só poderão ser usados para instruir a própria ação. No caso de imposição de sigilo, a ação popular poderá ser proposta sem as certidões ou informações, cabendo ao juiz requisitá-las, o que só não será feito, nos termos literais da lei, em razão de segurança nacional. Com a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

A expressão segurança nacional, mencionada pelo dispositivo legal como exceção ao fornecimento das informações, deve ser lida com as ressalvas do tempo em que a lei foi elaborada e à luz do espírito da Constituição Federal de 1988, não bastando que a autoridade simplesmente a alegue genericamente. Com efeito, esse conceito jurídico aberto já foi usado para certos abusos, servindo mesmo para impedir a fruição de direitos com base em critérios discriminatórios contra grupos vulneráveis (no sentido que atribuímos no primeiro capítulo), como é exemplo a política migratória por muito tempo adotada no Brasil como questão de segurança nacional e *crimigração*, termo referido por Ana Luiza Zago⁴⁴⁶ para designar a relação entre política migratória e política criminal, ilustrada pelo Decreto-Lei 1.641/1907 (o estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranquillidade publica, pôde ser expulso de parte ou de todo o territorio nacional – artigo 1º); pelo Decreto-Lei 417/1969, que dispunha sobre a expulsão de estrangeiros “cujo procedimento o torne nocivo ou perigoso a conveniência ou aos interesses nacionais” (artigo 1º), fórmula repetida no Decreto-Lei nº 941/1969 (artigo 73); e pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80, artigo 65), revogado somente em 2017, com a Lei 13.445 (Lei de Migração).

O artigo 8º da Lei da Ação Popular diz que ficará sujeita à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado, a autoridade, o administrador ou o dirigente que deixar de fornecer, no prazo fixado, as informações, certidões ou documentos necessários à instrução da causa. Atualmente a desobediência é tipificada como crime pelo artigo 330 do Código Penal. Por esse motivo, a lei da ação Lei da Ação Popular deve ser lida no sentido de que, em caso de recusa quanto ao fornecimento das informações, certidões ou documentos, precisa ser notificado o Ministério Público, a quem cabe dar início à ação penal por meio de denúncia, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas, aplicação de meios coercitivos (por exemplo, aplicação de multa por descumprimento de decisão judicial) e punição por ato

⁴⁴⁶ MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração**: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, IV, do Código de Processo Civil), nos dois últimos casos, nos próprios autos da ação popular.

Nos termos da lei, a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (artigo 5º, § 3º). Trata-se de hipótese de litispendência. Teoricamente, à luz do microsistema do processo coletivo, poderá haver litispendência (também conexão ou continência) entre duas ou mais ações populares ou entre ela e outras ações coletivas (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo etc.). Com efeito, é plenamente possível que uma ação civil pública verse sobre o mesmo tema de uma ação popular.

A definição de qual juízo realiza o julgamento é feita pelo critério da prevenção, aplicável tanto às ações individuais quanto coletivas. Estará prevento aquele juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta. O Código de Processo Civil dispõe que se verifica a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e que ainda está em curso, sendo que a identidade entre as ações é constatada quando possuírem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (artigo 337, CPC). Portanto, quando houver a tríplice identidade. Note-se, contudo, que, em geral, havendo mais de uma ação popular, cada uma delas terá sido proposta por uma pessoa (um cidadão) diferente. Ainda, no caso de espécie diversa, por exemplo, uma ação civil pública, esta terá sido ajuizada por algum legitimado coletivo diverso (associação, Defensoria Pública, Ministério Público, ente federado). Disso resulta que, para esses tipos de ações, a verificação da litispendência não exige a identidade entre as partes autoras. Não é necessário que o mesmo legitimado tenha proposto as ações. Importa observar se a coletividade substituída, que é a titular do direito, é a mesma, assim como os fundamentos e o objeto da ação.

A reunião de ações no juízo prevento também deve ser observada no caso de conexão e continência. Nessa seara, há que se atentar para o caráter aglutinador das ações coletivas, considerando-se, na relação entre elas, o bem jurídico protegido e a possibilidade de julgamentos contraditórios sobre a mesma relação jurídica coletiva⁴⁴⁷. Exemplifica isso o caso da Companhia Vale do Rio Doce, na qual foram ajuizadas várias ações populares, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido pela reunião de todas, em razão do fundamento jurídico igual ou similar, em uma espécie de juízo universal da ação⁴⁴⁸. Além de evitar decisões discrepantes, a concentração teve como condão facilitar o exercício do direito de defesa em sua

⁴⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 240.

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 22.123/MG**. Primeira Seção. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em: 14 abr. 1999.

plenitude, em homenagem à garantia do devido processo legal, o que restaria dificultado no caso de ações difusas, espalhadas em vários locais.

O artigo 5º da Lei 4.717/65 aduz que a competência para o processamento e o julgamento da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado, a partir do que se verificará se a causa é de competência do ramo da Justiça Federal ou Estadual. A lei não traz disposição no que se refere ao foro. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴⁹ já decidiu que deve prevalecer o juízo em que houver menor dificuldade para o exercício da ação popular, que será concorrente entre o domicílio do autor popular e o local onde houver ocorrido o dano (regra geral adotada para as ações coletivas a partir das disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor – artigo 93 – e na Lei da Ação Civil Pública – artigo 2º –, ou seja, da integração e complementariedade dos textos normativos voltados à tutela dos interesses metaindividuais, formando o microsistema da tutela coletiva).

Em regra, a competência para o julgamento da ação popular será do primeiro grau de jurisdição, exceto nos casos em que houver competência originária do Supremo Tribunal Federal, encaixando-se o caso em alguma das expressas previsões do artigo 102, I, da Constituição Federal. Não há que se falar em foro por prerrogativa de função nessas ações. Mesmo quando seja ajuizada contra o presidente da república, segue-se a ação, em regra, na primeira instância. Também não poderá ter curso no âmbito dos Juizados Especiais, face ao regramento próprio destas instâncias, sendo certo que incidirá nas vedações legais que afastam dos juizados ações de interesse da fazenda pública, que limitam o valor da causa a um número de salários mínimos, aquelas ajuizadas contra as pessoas jurídicas de direito público (Lei 9.099/95, artigo 3º, I e § 2º; artigo 8º, *caput*), as populares e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (Lei 10.259, artigo 3º, § 1º, I; Lei 12.153/2009, artigo 2º, § 1º, I).

O ato impugnado poderá ser suspenso liminarmente (artigo 5º, § 4º, Lei 4.717/65). Ainda que a lei não trouxesse a previsão, a suspensão do ato poderia ocorrer mediante a aplicação das regras gerais da tutela de urgência do Código de Processo Civil (artigo 300 e seguintes), aplicável aos processos coletivos.

O artigo 7º da Lei 4.717/65 dispõe que a “ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil”. A doutrina brasileira vem buscando sistematizar um microsistema da tutela coletiva. Dentro disso, discute-se se haveria um

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 47.950/DF**, Primeira Seção. Relator: Min. Denise Arruda. Publicado em: 7 mai. 2007. No mesmo sentido se deu, naquela corte, o Conflito de Competência 107.109/RJ, relator Min. Castro Meira, Primeira Seção. Publicado em: 18 mar. 2010.

procedimento comum para as ações coletivas. Esse processo padrão para as causas coletivas decorreria da integração do núcleo duro do microsistema (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Popular). O artigo 19 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) também faz remissão ao CPC, aduzindo que será aplicável no que não contrariar aquela lei. Isso também se verifica no Código de Defesa do Consumidor (artigo 90) e na própria Lei da Ação Popular, na qual se dispõe, em seu artigo 22, que “aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”. O que se chama de procedimento comum configura a primeira etapa para a colmatação de lacunas procedimentais dos processos coletivos. Ou seja, não havendo regra específica para determinada ação em sua lei específica, deve-se buscar a solução nas demais leis do microsistema, inicialmente em seu núcleo duro, após, nos demais diplomas que o compõem e, por fim, aplica-se o procedimento do Código de Processo Civil. Embora essa aplicação subsidiária, o código, em certas situações, terá aplicação supletiva (artigo 1.046, § 2º, do CPC), por exemplo, quanto às normas fundamentais do processo civil, que se aplica aos processos em geral, individuais ou coletivos, incluindo a ação popular. Os incisos do artigo 7º da Lei da Ação Popular indicam que naquela ação algumas especificidades devem ser observadas: além da intimação do Ministério Público, comum às causas coletivas – também decorrente do interesse social (artigo 176 do CPC) –, deverá haver a requisição pelo juízo, já no despacho inicial, de documentos referidos pelo autor que não puderam ser a ele apresentados através de sua própria requisição sob alegação de sigilo, além de outros necessários ao esclarecimento do fato. Menciona ainda que o prazo para contestar é de vinte dias.

Nos termos do artigo 6º, § 3º, da Lei 4.717/65, a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado cujo ato seja objeto de impugnação poderá abster-se de contestar o pedido, podendo até mesmo passar a atuar ao lado do autor, ou seja, migrar para o polo ativo da ação, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Discute-se até que momento processual pode a migração ser realizada. A lei não traz limitação expressa quanto ao tempo em que pode ser requerida. O artigo 17, por sua vez, preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, o que fortalece o entendimento de que a pessoa jurídica poderá deslocar sua posição processual para atuar no polo ativo a qualquer tempo, sempre que isso se afigure útil ao interesse público (o que deve ser evidentemente atestado nos autos), não havendo

que se falar em preclusão. Foi nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 945.238⁴⁵⁰.

Ainda sobre o ponto, debate-se sobre a possibilidade de a pessoa jurídica alterar seu posicionamento processual em um segundo momento (ou seja, após já ter contestado o pedido, poderia migrar para o polo ativo? Ou, depois ter realizado a migração ao polo ativo, poderia retornar ao passivo?). Não parece razoável que seja obrigada a permanecer solidária a prática ilegal (no polo passivo) quando posteriormente se convença disso, mesmo que já tenha apresentado contestação. O inverso, é dizer, o retorno ao polo passivo, parece ser tema mais delicado. De toda sorte, parcela da doutrina também não vê óbice quanto a isso⁴⁵¹. Sendo assim, pode-se dizer que é possível a retratabilidade da pessoa jurídica, tanto em um caso como em outro. Nesse sentido foi a decisão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial 439.854/MS⁴⁵².

Conforme a Lei da Ação Popular, se o autor desistir da ação, o polo ativo poderá ser assumido por outro cidadão, bem como pelo Ministério Público dentro do prazo de noventa dias. Para tanto, serão publicados editais, iniciando-se, a partir do último, o prazo para promover o prosseguimento da ação (artigo 9º da Lei 4.117/65). O artigo 5º, § 3º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) dispõe que em caso de desistência infundada ou abandono da ação o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Há uma íntima relação entre a ação popular e a ação civil pública, da qual se erige uma espécie de legitimidade multilegitimária⁴⁵³. Favorece a participação democrática no processo coletivo a interpretação de que, com base na aplicação sistemática do microsistema processual coletivo, assim como ocorre na ação civil pública, qualquer legitimado coletivo (artigo 5º da Lei 7.347/85), não só o Ministério Público ou outro cidadão, poderá assumir o polo ativo na ação popular, sucedendo processualmente em caso de abandono ou desistência infundada⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 945.238**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 9 dez. 2008.

⁴⁵¹ MAZZEI, Rodrigo. Comentário ao art. 6º da Lei 4.717/65. *In*: GOMES JÚNIOR, Luís Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.). **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RSC, 2006.

⁴⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 439.854/MS**. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 8 abr. 2003.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 401.964/RO**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 out. 2002. Publicado em: 11 nov. 2002.

⁴⁵⁴ Em outro estudo, pontuou-se que “o raciocínio se aplica ainda com mais razão à Defensoria Pública, face a missão constitucional atribuída à instituição, voltada à defesa individual e coletiva dos necessitados, à promoção de direitos humanos e, especialmente, por ser instrumento e expressão do regime democrático” (GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 428-429).

Dispõe a Lei 4.117/65 que das decisões interlocutórias tomadas na ação popular cabe agravo de instrumento. Não há qualquer limitação ou lista de situações passíveis de recorribilidade. Diversamente, o Código de Processo Civil, ao prever o cabimento de agravo de instrumento, em seu artigo 1.015, o fez traçando um rol de possibilidades. Sem adentrar no debate acerca de ser esse rol taxativo ou não, certo é que além de a lei da ação popular ter natureza de regra especial, o próprio dispositivo do CPC aduz que caberá o recurso contra as decisões interlocutórias fora dos casos ali previstos quando expressamente referidos em lei (inciso XIII). Na ação popular, portanto, toda decisão interlocutória é recorrível por agravo de instrumento.

O artigo 10 da Lei da Ação Popular dispõe que as partes só pagarão custas e preparo a final do processo. Esse dispositivo necessita ser lido à luz da Constituição Federal, que no artigo 5º, LXXIII, dispensa o autor de custas judiciais e do ônus de sucumbência, salvo em caso de comprovada má-fé. Sendo assim, com relação aos autores, o dispositivo legal claramente não foi recepcionado pela carta de 1988. Com relação aos réus, a lei diz que poderão ser condenados ao pagamento das custas e despesas judiciais e extrajudiciais que o autor dispendeu com a ação, quando comprovadas, bem como ao pagamento de honorários de advogado (artigo 12). Se a lide for julgada manifestamente temerária, o autor será condenado ao pagamento do décuplo das custas (artigo 13). O Superior Tribunal de Justiça possui algumas decisões tomadas em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou pela União no sentido de que não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários em favor do *parquet* ou do ente público, salvo na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do demandado. As decisões levam em conta dois fundamentos: primeiro, que deve haver isonomia entre autor e réu, os quais necessitam receber o mesmo tratamento. Em segundo lugar, que é vedado aos membros do Ministério Público a percepção de honorários (artigo 128, §5º, II, a, Constituição Federal)⁴⁵⁵. O segundo fundamento é inaplicável à ação popular, na medida em que não é vedado ao cidadão a percepção da condenação em verbas sucumbenciais. Em verdade, as verbas honorárias de sucumbência são devidas ao seu advogado, para o qual também não há vedação. No caso de ser representado por um defensor público, tais verbas não poderiam ser destinadas

⁴⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial 962.250/SP**. Corte Especial. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em: 15 ago. 2018. Publicado em: 21 ago. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial 895.530/PR**. Primeira Seção. Relator: Min. Eliana Calmon. Publicado em: 18 dez. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.386.342/PR**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Publicado em: 2 abr. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.422.427/RJ**. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 10 dez. 2013.

ao membro, porém, podem ser pagas à instituição – Defensoria Pública (artigo 4º, XXI; 46, III, 91, III; 130, III; todos da Lei Complementar 80/1994).

Quanto ao primeiro fundamento, se por um lado pode servir para desestimular ações populares que visem unicamente retornos financeiros, fugindo, portanto, de seu escopo, de outro pode gerar o desinteresse de bons profissionais para patrocinarem a ação. Sob a fundamentação de que não se pode equiparar ou tratar como simétricos grandes grupos econômicos ou instituições do Estado com organizações não governamentais (de moradores, de consumidores, de pessoas com necessidades ambientais, de idosos, ambientais, entre outras), sob pena de afetar o acesso à justiça, o STJ decidiu⁴⁵⁶ que, em ação civil pública ajuizada por associação privada, pode o réu ser condenado a arcar com as custas e com os honorários advocatícios, ou seja, que não se aplica o princípio da simetria utilizado em benefício demandado às ações civil públicas propostas por associações e fundações privadas, diversamente do que ocorreu em situações nas quais analisou ações ajuizadas pelo Ministério Público e pela União, acima mencionadas. O raciocínio, com mais razão, é aplicável ao cidadão que ajuíza uma ação popular. É também relevante levar em conta que na Lei da Ação Popular há expressa disposição acerca da condenação dos réus, diversamente do que ocorre na Lei da Ação Civil Pública, que é omissa.

O pedido na ação popular se desenrolará em dois aspectos. O primeiro, condenatório, envolvendo o ressarcimento ao erário e a restituição de bens e valores. O segundo, desconstitutivo, voltado à nulidade do ato. Paralelamente, a sentença na ação popular terá duplo efeito: decretar a invalidade do ato e condenar os responsáveis e beneficiados em perdas e danos, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano (artigo 11 da Lei 4.171/65). A segunda implicação, contudo, deve ser vista com cautela quando se tratar de lesão presumida. A Lei 4.717/1965 traz, em seu artigo 4º, um rol de presunções legais, pelas quais o ato ou a omissão administrativa serão presumidamente lesivos, bastando, assim, se provar a prática naquelas circunstâncias. A condenação em perdas e danos pode não ser cabível nesses casos. A afirmação é feita por parcela da doutrina, embora também ela deva ser vista *cum grano salis*. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁵⁷ já decidiu que a moralidade administrativa se inclui nestas presunções lesivas. Isso poderia levar à equivocada conclusão de que, em qualquer situação envolvendo a violação à moralidade não caberia a condenação em

⁴⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.974.436/RJ**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22 mar. 2022. Publicado em: 25 mar. 2022.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.130.754-RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 11 mar. 2014. Publicado em: 17 mar. 2014.

perdas e danos. Não nos parece correto esse raciocínio. Assim, no caso de presunção, em geral, deverá ser afastada a condenação em perdas e danos, mas isso exige a análise do caso concreto e não se trata de uma regra absoluta.

Os efeitos da sentença são independentes. A invalidação do ato impugnado não acarreta a automática condenação dos agentes. Demais a mais, deve haver proporcionalidade entre a penalidade aplicada com a extensão do dano e o eventual proveito econômico obtido. Além disso, a legislação deve sofrer os temperamentos a partir do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, no qual se estabelece a responsabilidade indireta do agente público por danos causados a terceiros, que somente podem ser responsabilizados em ação regressiva pelo Estado.

Dispõe o artigo 19 da lei que a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição. O reexame necessário, nada obstante encontrar-se previsto em lei federal, não é um recurso, por lhe faltar o requisito da voluntariedade. Com efeito, algumas sentenças devem obrigatoriamente ser novamente examinadas por um tribunal, a fim de que possam produzir efeitos, impedindo-se o trânsito em julgado. O Código de Processo Civil lista casos em que a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição no artigo 496, dispositivo claramente voltado à proteção da Fazenda Pública. Diferentemente, a regra da ação popular se presta a proteger os interesses coletivos discutidos na demanda (reexame necessário inverso). Encontramos no Superior Tribunal de Justiça decisões no sentido de que tanto o dispositivo da lei da ação popular quanto a previsão do CPC devem ser aplicados (na sentença de improcedência e terminativa, protegendo o interesse da coletividade; na decisão de procedência, salvaguardando a pessoa jurídica de direito público demandada)⁴⁵⁸.

A prolação de sentenças terminativas na ação popular (por exemplo, por faltar alguma das condições da ação) somente deve ocorrer em razão de deficiências processuais graves e insanáveis, privilegiando-se, sempre que possível, o aproveitamento do processo coletivo e buscando-se pronunciamentos judiciais que resolvam o mérito da controvérsia, pacificando o conflito e conferindo maior utilidade ao provimento jurisdicional⁴⁵⁹.

Ainda no caso de exame do mérito, o artigo 18 da lei informa que a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de provas, caso em que qualquer cidadão poderá intentar outra

⁴⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.220.667/MG**. Primeira Seção. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicado em: 30 jun. 2017.

⁴⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 162.

ação com idêntico fundamento valendo-se de nova prova (*secundum eventum probationis*). O dispositivo necessita ser lido conjuntamente com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que lhe é posterior, afinando-se às regras gerais do microsistema processual coletivo. Este dispositivo vincula o modo de produção da coisa julgada à natureza do direito material discutido, e não ao tipo de ação. Sendo assim, relativamente aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito a coisa julgada operará *secundum eventum probationis*. Isso significa que, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas, poderá ser intentada nova ação por qualquer legitimado (aquele que propôs o primeiro processo ou outro), com idêntico fundamento, desde que se valha de nova prova, aquela que, por motivo justificável, não foi levada ao conhecimento do Judiciário, independe de ser superveniente (pode ter sido produzida antes, durante ou após o primeiro processo) e que seja capaz de levar a um resultado diferente do primeiro julgamento. A coisa julgada, nesse caso, só se forma em caso de esgotamento das provas (artigo 103, I e II, do CDC; artigo 16 da Lei 7.347/85; artigo 18 da Lei 4.717/65).

Já no caso dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada irá operar *secundum eventum litis* (artigo 103, III, CDC). Isso significa que somente no caso de julgamento procedente da demanda coletiva os indivíduos estarão vinculados ao resultado. Se improcedente, os sujeitos, titulares do direito material, não se vinculam e podem ingressar com suas ações individuais, independente do fundamento da decisão na ação coletiva. A única decisão tomada em âmbito coletivo que vincula, nesse caso, é a de procedência, aquela que beneficia e que, portanto, poderá ser liquidada e executada por cada indivíduo, por meio do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual (artigo 103, § 3º, CDC).

Registre-se que parcela minoritária da doutrina⁴⁶⁰ entende que se deve aplicar também aos direitos individuais homogêneos o modelo vigente para os direitos difusos e coletivos, ou seja, a técnica da improcedência por insuficiência de provas. Esse entendimento pode encontrar acolhida especificamente na ação popular por meio do artigo 18 da Lei 4.717/65, acima citado. Assim, nessa ação, seja qual for a natureza do direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo), aplicar-se-ia também a lógica *secundum eventum probationis*.

⁴⁶⁰ A exemplo de: GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 287.

4.3.5 Suporte institucional ao indivíduo: o papel do *custos iuris* e do *custos vulnerabilis* nas ações populares

Uma vez que a legitimação para o manejo da ação popular (em sentido estrito) é conferida ao indivíduo (no caso da previsão constitucional brasileira, ao cidadão), cumpre analisar qual o papel desempenhado pelas instituições e se há algum espaço de atuação para elas.

Em termos gerais, às entidades privadas – associações, sindicatos, Ordem dos Advogados etc. – não é conferida legitimidade para o ajuizamento da ação popular. A atuação delas é apenas indireta: por exemplo, uma associação que presta assistência (material e técnica, através de serviços de advocacia, contábil, pericial, pagamento de custas entre outros) a um associado, que, como cidadão, ajuíza a ação, a qual terá o condão de beneficiar todos os associados (e, não obrigatoriamente somente eles, podendo repercutir na esfera de direitos de não associados, também). Sobre a temática, a súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal dispõe que “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”⁴⁶¹.

Isso se pode dizer, no tocante à ausência de legitimidade, sobre as instituições públicas, que também não detêm, em nome próprio, legitimação, embora deva-se dar certa atenção ao papel desempenhado por duas delas: a Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*) e o Ministério Público (*custos iuris*).

Como já mencionado neste estudo, há quem defenda o alargamento da legitimidade na ação popular brasileira⁴⁶², lamentando que não tenha sido feita por ocasião da Constituição de 1998. Parece assistir razão aos que se filiam a esta possibilidade, desde que, obviamente, seja mantida a legitimação do cidadão de forma ampla (ou seja, que as entidades e instituições não anulem ou fragilizem o papel do cidadão, senão fortifiquem). Neste aspecto, *de lege ferenda*, pensa-se que seria positivo a fusão dos legitimados da ação civil pública e da ação popular. Tratar-se-ia de um reforço à proteção do patrimônio público (conceito amplo, que envolve bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, ou seja, material e imaterial), considerando, inclusive, que, por vezes, é difícil ao cidadão entrar em confronto com grandes detentores de poder político ou econômico.

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 365**: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁴⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 182-186.

O Superior Tribunal de Justiça já chegou a decidir que seria possível o ajuizamento do que chamou de Ação Popular Multilegitimária, proposta por um legitimado para a ação civil pública. Segundo a decisão, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública, por um de seus legitimados, fazendo as vezes de uma ação popular⁴⁶³. Não se tem notícias de decisões no sentido inverso, possibilitando que o cidadão ajuíze uma ação civil pública.

A restrição da ação popular ao cidadão é, por outro lado, justificada com fundamento na própria legitimação ampla prevista para as ações civis públicas, a qual também se presta à tutela de interesses metaindividuais e cujo objeto se relaciona com o da ação popular. A própria lei da ACP (Lei 7.347/1985) faz, inclusive, remissão à lei da ação popular (Lei 4.717/1965). Demais disso, a legitimidade para a ação civil pública conferida ao Ministério Público pela Lei 8.625/93 (art. 25, IV, b) tem objetivo análogo ao da ação popular.

Com efeito, o manejo de outras ações coletivas, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, em grande parte, fazem às vezes do que seria realizado através do ajuizamento de uma ação popular (e vice-versa), o que não afasta, senão reforça a possibilidade de cingir os legitimados coletivos, bastando, para tanto, um dispositivo legal que mencionasse expressamente a possibilidade de interlocução direta entre os artigos 5^a da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 1^o da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), os quais indicam os legitimados para cada uma delas.

Independentemente do debate sobre a ampliação do rol de legitimados para ação popular, há algumas questões relevantes a serem analisadas. A primeira delas diz respeito às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado cujo ato seja objeto de impugnação, as quais poderão deixar de contestar o pedido e passar a atuar ao lado do autor, figurando junto ao indivíduo que a propôs, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente, conforme autoriza a Lei 4.717/1965 (artigo 6^o, § 3^o), questão abordada no tópico anterior.

Com relação ao Ministério Público brasileiro, prevalece que sua posição na ação popular é de parte pública autônoma, embora exista alguma divergência sobre isso (entendendo-se que seria litisconsorte do autor)⁴⁶⁴. Exerce uma atividade multifacetária, como é de sua própria essência: assume a titularidade caso o autor desista ou abandone a ação (art. 9^a da Lei

⁴⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 401.964/RO**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 out. 2002. Publicado em: 11 nov. 2002.

⁴⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 207.

4.717/65 c/c artigo 5º, § 3º, da Lei 7.347/85); atua como fiscal do ordenamento, acompanhando a ação (artigo 6º, § 4º, da Lei 4.171/65); impulsiona a produção probatória (artigo 6º, § 4º, da Lei 4.117/65); deve realizar a execução do julgado caso o cidadão não execute (artigo 16 da Lei 4.171/65); pode recorrer de sentenças e outras decisões proferidas na ação (artigo 19, § 2º, da Lei 4.171/65). Não pode, entretanto, assumir a atribuição de defesa dos autores do ato impugnado (artigo 6º, § 4º, da Lei 4.117/65). “Essa restrição, todavia, refere-se ao mérito da causa, de maneira que o Ministério Público não está inibido de opinar, em questões preliminares, contra o autor, por exemplo, na hipótese de carência da ação ou de nulidade processual”⁴⁶⁵.

A legislação portuguesa que trata da ação popular atribui ao Ministério Público titularidade ativa para a ação, além dos poderes de representação e de intervenção processual que lhe são conferidos por lei, podendo substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa (artigo 16 da Lei portuguesa 83/1995, com redação pelo Decreto-Lei nº 214-G/2015)

No Brasil, não possui o *Parquet* legitimidade ativa para a ação popular. A doutrina costuma mencionar que não há impedimento a que o órgão do Ministério Público (o promotor de justiça) ajuíze ação popular como cidadão⁴⁶⁶. Nesse caso, contudo, atua enquanto indivíduo, em nome próprio, sem qualquer ligação com a instituição, assim como faria qualquer outro membro da sociedade dotado da condição de cidadania ativa.

As funções do Ministério Público, incluindo sua atuação coletiva, estão ligadas à defesa de bens ou valores essenciais à sociedade (meio ambiente, educação, cultura, saúde), assim como à tutela de direitos de vulnerável, como o consumidor, o portador de necessidade especial, o indígena, o idoso⁴⁶⁷. Daí a importância de sua participação na ação popular, embora lhe seja conferida legitimidade para ajuizar algumas ações com finalidades que se aproximam da ação popular, envolvendo a defesa do erário e a moralidade administrativa (a própria Ação Civil Pública, Lei 7.347/85; a Ação de Improbidade, Lei 8.429/1992; a ação com base na Lei 8.625/93, artigo 25, IV, b). Tem como principal missão, na ação popular, velar pela regularidade do processo.

No que diz respeito à Defensoria Pública, sua função é de reforço ou de salvaguarda ao cidadão vulnerável. Discute-se se teria legitimidade para ajuizar, em nome próprio, uma ação

⁴⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação popular e habeas data na nova Constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 33, p. 153-176, out. 1991.

⁴⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 104.

⁴⁶⁷ No sentido exposto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.585.794-MG**. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em: 28 set. 2021. Publicado em: 1 out. 2021.

popular. No Brasil, diante do atual regramento jurídico, a Defensoria não possui legitimidade ativa neste caso. Essa posição não é pacífica. Leis de alguns estados federados, que organizam a instituição, a exemplo da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais e da Lei Complementar distrital 828/2010, dispõem competir à Defensoria Pública o patrocínio da ação popular. Parece, entretanto, que, mesmo nestes casos, o legislador ordinário estadual apenas pretendeu deixar evidente que a instituição tem atribuição para ajuizar a ação popular como representante do cidadão, leitura que se alinha à previsão constitucional e preserva a unidade do ordenamento, por meio de uma interpretação conforme a Constituição, conferindo às leis sentido harmônico com a Carta de 1988.

Se, diversamente, a leitura for feita no sentido de que as disposições legais atribuem legitimidade extraordinária à Defensoria Pública para atuar como parte autora de uma ação popular, a exemplo do que ocorre na ação civil pública, dispositivos legais daquele tipo serão de constitucionalidade duvidosa.

Há, todavia, duas importantes posições que podem ser ocupadas pela Defensoria Pública em uma ação popular. Primeiramente, pode ajuizar uma ação popular como representante processual do cidadão vulnerável, que é legitimado. Nesta hipótese, age em nome alheio em defesa de direito alheio e, portanto, não atuando como substituto em legitimação extraordinária. Realiza o papel que poderia ser feito por um advogado, caso a parte tivesse condições de contratá-lo ou se aquele resolvesse assumir a causa a título *pro bono*.

Ainda, existe a possibilidade de intervir em uma ação popular, por meio do que vem sendo denominado de *intervenção custos vulnerabilis*⁴⁶⁸. Essa modalidade de participação reforça a salvaguarda dos vulneráveis via ação popular, na medida em que permite que a instituição atue complementarmente, ainda que a parte esteja representada por advogado, visando promover sua própria finalidade institucional, por meio da defesa dos direitos de grupos necessitados e a promoção de direitos humanos (conforme artigo 134 da Constituição Federal). Na luta entre Davi e Golias, como costumam ser as ações movidas por um indivíduo frente a grandes adversários (sob o ponto de vista processual), a Defensoria Pública se apresenta para tornar a disputa mais justa. No plano coletivo, interpretação teleológica do artigo 5º, § 6º, da Lei 4.717/65 reforça a abertura para a intervenção *custos vulnerabilis* na ação popular, uma vez que, se um cidadão, sozinho, ou vários deles, podem atuar como litisconsortes de outro que propôs a ação, não há razão para se vedar que tenham seus interesses representados

⁴⁶⁸ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. **Custos vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

coletivamente pela instituição cujas funções envolve a defesa de direitos dos necessitados em juízo, sempre que a ação afete os interesses deste grupo ou promova direitos humanos.

A participação do Ministério Público, vale frisar, não dispensa, por si só, a da Defensoria Pública e vice-versa. Isto porque as instituições não se anulam e não se substituem; antes, se complementam, já que possuem finalidades diversas. Uma atua como *custos iuris*, voltando-se para a defesa do ordenamento como um todo e do regular processamento da ação; outra desenvolve seu papel como *custos vulnerabilis*, assumindo uma posição parcial, de defesa de uma parcela de interesses, que são aqueles pertencentes à coletividade vulnerável envolvida. Ilustra a questão o fato de que o *Parquet* pode, ao final, se posicionar pelo julgamento procedente ou improcedente da ação. Sua atuação é pautada pela imparcialidade. A Defensoria, em tese, deve apresentar argumentos em favor dos direitos de um dos polos envolvidos no processo. Sua participação, neste aspecto, é parcial.

A título de exemplo, menciona-se o caso no qual se discute danos que podem ser causados a remanescentes de quilombos por força da instalação de bases de lançamento espacial na região, sem que haja consulta livre, prévia e informada às pessoas que serão afetadas, como dispõe a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Neste caso real, ocorrido no município de Alcântara (Maranhão), foi ajuizada uma ação popular, vindo a Defensoria Pública a ingressar nos autos como *custos vulnerabilis*, observando que esta posição processual se constitui em modalidade interventiva que ocorre em razão de seu próprio interesse institucional, com o objetivo de permitir a salvaguarda dos interesses dos necessitados, ou seja, das pessoas vulneráveis que podem ser afetadas quando da resolução da demanda⁴⁶⁹.

Um dos objetivos das ações coletivas, ao lado da econômica processual e da aplicação do direito material, é propiciar o acesso à justiça. A ação coletiva pode propiciar proteção para os interesses de pessoas vulneráveis, que podem até mesmo não saber da existência de seus direitos, não saber que foram violados ou não possuir organização, iniciativa ou legitimidade para defendê-los em juízo⁴⁷⁰, exatamente por se encontrarem em uma posição de subalternidade social, também denominada de hipossuficiência ou, simplesmente, necessidade (o necessitado ou hipossuficiente é, ao cabo, vulnerabilizado).

⁴⁶⁹ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Intervenção *custos vulnerabilis* e o fim do debate sobre a legitimidade da Defensoria Pública para as ações populares. In: MAIA, Maurílio Casas. **(Re)pensando custo vulnerabilis e Defensoria Pública: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 508-514.

⁴⁷⁰ GIDI, Antônio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil (Class actions in Brazil: a model for civil law countries). **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, v. 151, 2004, U of Houston Law Center No. 2006-A-14.

Estando a ideia de democratização do processo intrinsicamente ligada à participação e à efetiva possibilidade de influência nas decisões judiciais (sejam elas coletivas ou individuais), um modelo adequado pressupõe a existência de um sistema de assistência jurídica que possibilite o acesso às camadas mais vulneráveis da sociedade, seja sob o aspecto econômico, organizacional, informacional ou qualquer outro que seja capaz de obstaculizar o acesso à justiça.

Com efeito, ao lado do garantismo individual, é preciso, na sociedade moderna, observar o garantismo social ou coletivo, que diz respeito às garantias processuais (em particular o direito de defesa) nas ações coletivas, inclusive o direito de ter voz nos processos, o que, segundo exemplo trazido por Cappelletti, pode se materializar quando todos os membros da classe, ainda que não individualizados ou notificados pessoalmente, “em suma, não individualmente ‘ouvidos’, haviam, todavia, tido seu *fair hearing* através das garantias de defesa e do contraditório, assegurado ao representante ideológico”⁴⁷¹.

Embora tradicionalmente pensada – como o processo em geral – na perspectiva das demandas individuais, a assistência jurídica necessita de novos contornos, mormente de um aparato instrumental que possibilite adequadamente representar e tutelar os interesses dos membros do grupo cujos interesses estarão sendo discutidos em juízo, situação verificável no caso do modelo de Defensoria Pública adotado pelo Brasil, cuja instituição é dotada da função de tutelar os direitos tanto individuais quanto coletivos dos necessitados, por expressa disposição constitucional (artigo 134 da Constituição Federal de 1988).

Somente quem está duplamente liberto (da indigência/necessidades e da opressão/medo) têm condições de desenvolver o gosto pela liberdade e igualdade inerentes à liberdade pública. É necessário, então, que primeiro haja a libertação, para depois se alcançar a liberdade⁴⁷², problema que atinge, em especial, os países que ainda não passaram por um estágio de desenvolvimento social, ditos subdesenvolvidos, nos quais o pouco interesse por participação na esfera pública pode, dentre outros motivos, decorrer da premência no tocante à superação das necessidades materiais, considerando as condições precárias de boa parte da população. A superação das necessidades, portanto, é um pré-requisito para se alcançar a liberdade.

⁴⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997. Acerca da ideia de representante ideológico, ver o primeiro capítulo deste trabalho.

⁴⁷² ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.

Tais questões encontram-se diretamente relacionadas com a assistência jurídica. O ponto assume especial relevância por se ligar a outro: o acesso à justiça coletivo por pessoas e grupos vulneráveis. Sem assistência jurídica, conferir legitimidade para o manejo da ação popular (ou qualquer outra) será letra vazia para grande número de pessoas, criando-se um obstáculo e disparidade fática quanto à real possibilidade de participação. Sem que exista um sistema de assistência jurídica eficiente e com amplitude suficiente para alcançar os que dela necessitam, a legitimação conferida pela lei para o manejo da ação popular será meramente formal, não exercitável pelos seus titulares, que estarão, por isso, em um contexto de subcidadania. Haverá, assim, que se falar em duas categorias: de um lado, os cidadãos, aqueles com a previsão formal e as possibilidades fáticas para seu exercício. Do outro, os subcidadãos, que não possuem a mesma condição fática e, portanto, encontram-se em desvantagem. Por este motivo, este tema será objeto de análise na sequência.

4.4 Assistência jurídica aos vulneráveis

O processo de intensa ampliação formal dos direitos por meio da legislação, reflexo da estrutura idealizada pelos delineamentos do Estado de Direito, que encontra a consolidação prática de sua teoria a partir do final do século XVIII⁴⁷³, traz a necessidade de se encarar o acesso à justiça como um direito essencial do ser humano⁴⁷⁴. Como seu corolário, apresenta-se a imperiosidade de garantir-se assistência jurídica aos que dela necessitem, sob pena que esvaziamento do próprio acesso à justiça como um direito universal⁴⁷⁵.

Uma breve análise dos sistemas adotados pelos países ocidentais permite concluir que existem diversos modelos de assistência jurídica, que podem ser resumidos na seguinte classificação: a) *pro bono*; b) *judicare*; c) *salaried staff model*; d) híbrido ou misto. Esses tipos trazem um panorama geral e genérico das variáveis examináveis. Como qualquer classificação, seus elementos podem ser desmembrados em subespécies, a partir de determinado critério adotado por quem classifica. Demais disso, na prática, nem sempre se adotará um modelo puro, motivo pelo qual: a) indica-se o sistema híbrido como própria espécie do gênero, o que colabora no sentido de abarcar todas as possibilidades, tornando a classificação útil especialmente para

⁴⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43.

⁴⁷⁴ AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 95-100.

⁴⁷⁵ O tema do acesso à justiça e seu desenvolvimento foi tratado em capítulo anterior, no tópico “O acesso à justiça no Estado de Direito”.

fins teóricos; b) se fará menção ao enfoque para assinalar as características do modelo que prevalece em determinado contexto.

O primeiro (*pro bono*) se caracteriza pela prestação dos serviços por advogados (profissionais liberais), sem contraprestação monetária. Daí se afirmar que é exercido em regime de caridade, por razões humanitárias. No segundo, sistema *judicare*, a assistência é, por sua vez, prestada por profissionais que podem ser remunerados pelos cofres públicos. Enquadra-se neste modelo a figura dos denominados advogados dativos, ou seja, aqueles nomeados para a defesa de um caso específico no qual a parte é economicamente necessitada, sendo posteriormente remunerados pelo Estado em razão da prática do ato (processo, audiência, apresentação de defesa etc.). Este modelo possui origens na Alemanha, onde se reconheceu aos advogados o direito de cobrar do Estado o reembolso pelos gastos realizados com a prestação do serviço, em 1919, estabelecendo-se, em 1923, a possibilidade de receberem uma remuneração para tanto. Trata-se de um sistema evidentemente ligado ao chamado *Welfare State*, que, portanto, predominou durante certo período em muitos países da Europa, mas foi afetado sensivelmente em razão dos elevados custos que, com as repressões econômicas, resultaram na redução de beneficiários, assim como pelo surgimento de outros modelos, como os de pessoal assalariado e os seguros jurídicos vendidos pelo mercado.

Já o sistema *salaried staff model* (ou de pessoal assalariado) tem origem nos Estados Unidos, a partir da experiência vivenciada nos anos sessenta e setenta do século XX. Possui como característica o fato de a prestação da assistência ser realizada por profissionais que recebem remuneração fixa pelo desempenho da função globalmente considerada (e não caso a caso, como ocorre no *judicare*). Assim, um corpo de profissionais é remunerado para atuar em todas as causas. Neste modelo, o serviço tanto pode ser prestado por entidades privadas, geralmente sem fins lucrativos, a exemplo dos *Neighborhood Law Offices* existentes nos Estados Unidos, subvencionadas com orçamento público, quanto pode ocorrer através de instituição pública, por meio de seu próprio corpo de servidores. É o caso da Defensoria Pública. Além do Brasil, o modelo *staff* é predominante em países da América Latina. Nada obstante, em alguns estados que o adotam, somente se reconhece a obrigação de prestar assistência jurídica pública gratuita em causas criminais.

Por fim, verifica-se a existência de modelos que se caracterizam por mesclarem os demais sistemas, acima apontados, denominados de híbrido ou misto.

Este tópico terá como objetivo analisar algumas experiências envolvendo essas propostas, confrontando certos institutos, a fim de se apontar caminhos para a construção de modelos ideais de assistência jurídica.

4.4.1 Assistência jurídica como dever jurídico e o enfoque *judicare* na experiência francesa

No tocante à assistência jurídica pública, mesmo com o surgimento do Estado de Direito, entendia-se, em geral, como decorrência das ideias liberais e do avanço dos direitos civis, especialmente a partir do século XVIII, que as pessoas detinham capacidade de, por si próprias, proteger seus interesses, de forma que aquelas desprovidas de recursos ficavam dependentes de ações caritativas e humanitárias. Isso se inseria no contexto de valorização do indivíduo e hiper atomização da sociedade, concorrentemente à ideia de não intervenção do Estado, questão abordado no primeiro capítulo.

Quando muito, se admitia a isenção do pagamento de taxas judiciais. Foi o que ocorreu na França⁴⁷⁶, quando, após a Revolução de 1789, se aboliu a cobrança de taxas judiciárias, estabelecendo-se, por meio da lei 16-24 de agosto de 1790 que os juízes farão justiça gratuitamente (*Les juges rendront gratuitement la justice*), fixando-se a gratuidade universal da prestação jurisdicional, independentemente da condição econômica da parte, como decorrência da busca pela implementação de igualdade civil efetiva.

Naquele país, em 1810, foi expedido um Decreto estabelecendo que a representação dos réus deveria ser realizada por advogados, atuando gratuitamente, é dizer, sem qualquer contraprestação e como forma de contrapartida colaborativa ao poder público, na medida em que o estado reservava aos causídicos o mercado privado da advocacia. Em 1851, com o advento do código de assistência judiciária, confirma-se a imposição aos advogados, o que revela que a questão passa a ter contornos de ônus jurídico e não mais simplesmente de dever ético-moral. Com efeito, de forma pioneira, verificava-se a superação da ideia de que os serviços jurídicos assistenciais deveriam ser efetivados por caridade, rumando à construção de um conceito moderno de assistência jurídica.

Na prática, diversos problemas ainda se apresentavam, todavia. O sistema dependia da designação de profissionais privados para representar gratuitamente os clientes carentes⁴⁷⁷. Ainda como dever humanitário (e não mais liberalidade caritativa ou religiosa), o ônus recaía sobretudo em jovens advogados (*stagiaires*) em início de profissão, o que é criticável tanto em razão de que a carga era demasiadamente pesada para eles quanto considerando que os necessitados (de assistência jurídica) receberiam assistência de profissionais menos

⁴⁷⁶ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137-226.

⁴⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. **Toward equal justice**: a comparative study of legal aid in modern societies. Milan: Giuffrè, 1975. p. 21.

experientes. Outra crítica ficava por conta de que código vinculava o deferimento da assistência à comprovação, pelo próprio interessado, de que havia viabilidade quanto ao mérito de seu pleito, ou seja, a um teste de mérito.

Como se verifica, na França, deu-se enfoque ao modelo *judicare*. Nada obstante houve uma série de reformas que se sucederam, promovendo, por exemplo, em certa fase, a ampliação do público beneficiário, que passou a abarcar não nacionais residentes no país e pessoas jurídicas sem fins lucrativos e em estado de necessidade. Uma análise retroativa permite concluir que o país não evoluiu a contento o seu sistema de assistência judiciária, apesar de seu pioneirismo quanto ao reconhecimento jurídico do direito de acesso à justiça, com a assistência e representação gratuita de advogado aos necessitados, notadamente aos pobres.

Com efeito, as alterações legais que ocorreram naquele país ao longo dos anos são impulsionadas pela tentativa de melhoria do sistema para abranger mais pessoas, assim como pela insatisfação dos advogados com o modelo vigente, o que gerou, inclusive, movimentos grevistas, argumentando-se que o ônus do serviço deveria ser suportado pelo poder público, o qual deveria remunerar os profissionais integralmente. O alcance do benéfico foi sendo progressivamente reduzido.

4.4.2 Enfoque no modelo *salaried staff*: um caminho diferente, mas, não isento de obstáculos

Alguns dos problemas verificados na França são também identificados em outros países, como nos Estados Unidos, embora o enfoque, neste último caso, historicamente tenha visado a implementação de serviços baseados no modelo *salaried staff model*. O mais evidente obstáculo, comum aos dois modelos (*judicare e staff*), relaciona-se com o financiamento, o qual, por sua vez, traz à luz o debate sobre os deveres e limitações do poder público quanto à implementação do direito à assistência jurídica.

No caso americano⁴⁷⁸, o acesso universal e igualitário ao Poder Judiciário (e, mais amplamente, à justiça) foi historicamente encarado como direito básico. Todavia, a assistência jurídica não. Dessa forma, havia a garantia de direitos no plano formal, porém a sua materialização, que dependia de se garantir um profissional capacitado para realizar a defesa, não era reconhecida como direito subjetivo da parte que dela necessitasse, fosse no âmbito civil ou criminal. A questão remete a outro desafio: a necessidade de se garantir a amplitude do

⁴⁷⁸ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 51-117.

acesso, seja do ponto de vista territorial, seja quando às matérias atendidas (civil, criminal, administrativa, trabalhista etc.).

Atualmente, o direito da pessoa desfavorecida de contar com assistência técnica de um advogado para promover sua defesa em Juízo nos Estados Unidos somente é, com poucas exceções, reconhecida em causas de natureza criminal, ou seja, não existe, como regra geral, para os processos civis. Diferentemente do que ocorre em boa parte dos países da Europa Ocidental e outras regiões, como no Brasil e na Colômbia, ainda não se reconheceu em terras norte-americanas o direito à assistência jurídica, seja no âmbito federal, seja nas unidades federativas, de forma que parcela relevante do serviço fica dependente de atividade *pro bono*, é dizer, fica sob a responsabilidade do trabalho voluntário de advogados.

Esse entendimento parece ser reflexo das ideias liberais com enfoque na autonomia do cidadão, com raízes na construção do próprio Estado americano, berço das chamadas revoluções liberais, ao lado da França e Inglaterra. De acordo com esta linha de pensamento, não existiria restrição à capacidade postulatória do cidadão perante tribunais, já que todo jurisdicionado, mesmo o que não possua recursos, não estaria efetivamente privado do acesso à Justiça, podendo litigar em causa própria, o que se permite na maioria dos casos naquele país. Apenas em circunstâncias especiais seria essencial a representação da parte por um profissional.

Outro país que seguiu o sistema de pessoal assalariado *salaried staff model* foi o Brasil, embora com diferenças em relação ao modelo norte-americano. Diferentemente dos Estados Unidos e de outros países onde a assistência jurídica pública é restrita às causas criminais, no Brasil, não há, atualmente, restrição quanto ao âmbito de atuação por matérias (cível, criminal, administrativa, trabalhista etc.). O que não quer dizer, contudo, que haja plena atuação em todas elas. Isso porque o desafio nacional se apresenta no que diz respeito à efetiva instalação de unidades e à lotação de defensores públicos e serviços auxiliares em todo território nacional, especialmente para atuar em cidades distantes dos grandes centros urbanos (que são, em geral, as capitais dos Estados e seu entorno).

4.4.2.1 A experiência dos Estados Unidos: um modelo construído a partir de processos estruturais

A estruturação do sistema de assistência jurídica nos Estados Unidos decorre das denominadas decisões estruturais levadas à efeito pela Suprema Corte americana a partir da década de trinta do século XX.

O processo estrutural pode ser definido como aquele que veicula um litígio estrutural e pretende alterar um estado de desconformidade (o problema estrutural). Parte, portanto, do reconhecimento do problema (no caso, a organização dos serviços de assistência jurídica) para que se estabeleça um programa de reestruturação, visando a transição entre o estado de desconformidade e o considerado ideal.

De forma objetiva, o processo estrutural caracteriza-se pela multipolaridade, ou seja, por admitir a possibilidade de envolver diversas posições, inclusive conflitantes, sobre o tema, indo além da visão binária do processo individual tradicional. Dentro desta lógica, admite diversas soluções, ou seja, em razão da complexidade o problema pode ser resolvido de várias formas, motivo pelo qual diz-se que é complexo⁴⁷⁹. Embora, em geral, seja um processo coletivo, é possível que também uma demanda individual envolva um problema estrutural, especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência, ou seja, quando o fato litigioso envolve situações jurídicas que atingem, ao mesmo tempo, esferas individuais e coletivas, caso das chamadas ações pseudoindividuais, quando se tem uma ação individual cujo resultado tem alcance coletivo, ou seja, nas quais há impressão de tutela individual, porém, na realidade, se tutela direito de uma coletividade. Nestas situações, a tutela do direito do indivíduo, enquanto membro da comunidade, possui reflexos nos direitos da coletividade, como aquela em que um cadeirante ingressa com uma ação contra o poder público para que se instale equipamentos de acessibilidade em determinado trajeto ou via. O caso *Gideon v. Wainwright*, que será novamente mencionado, com mais detalhes, na sequência, é exemplo de petição individual que, ao ser acolhida, afetou o direito de todos aqueles que necessitam de assistência jurídica.

A decisão estrutural, exatamente por buscar sair de um estado de desconformidade e alcançar uma situação ideal, prescreverá uma norma jurídica para o caso, estruturando o modo como deve se alcançar o resultado. A sentença, contudo, não esgota a função jurisdicional, senão dá início à segunda fase, de implementação de um novo estado de coisas, por exemplo, fixando-se o tempo, o modo de reestruturação e fiscalização, enfim, o regime de transição entre os estados desconforme e o almejado. Também neste segundo momento procedimental, deve-se possibilitar a ampla participação das partes e dos terceiros interessados, além de se exigir a do próprio magistrado. Nos Estados Unidos, as decisões da Suprema Corte resultaram na reestruturação do sistema, a partir do reconhecimento do direito de todas as pessoas

⁴⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Elements for a Theory of the Structural Process Applied to Brazilian Law. *Revista de Processo*, v. 303/2020, mai. 2020, p. 45–8.

necessitadas acusadas em processos criminais contarem com assistência jurídica pública e gratuita.

A solução do problema estrutural, ou seja, do estado de desconformidade, no mais das vezes, exigirá mais do que uma decisão que imponha uma obrigação, certificando o direito. A partir disso, visualiza-se a possibilidade de que haja alguma intervenção mais duradoura e o que se denomina de decisões em cascata. A duração e a intensidade da intervenção se relacionam com o grau de estruturalidade do problema, de forma que será maior quanto maior for o estado de desconformidade e vice-versa. Após a primeira decisão, “normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais”, de maneira que pode suceder-se uma série de decisões em cadeia, manifestando avanços – por vezes também retrocessos – na proteção inicialmente informada, visando-se adequar a tutela judicial ao que seja efetivamente possível de se alcançar no caso concreto. Esses provimentos poderão envolver, inclusive, técnicas de negociação e de mediação⁴⁸⁰.

Com efeito, o estímulo à consensualidade é nota que pode marcar um processo estrutural, de forma que os próprios sujeitos do processo podem, visando atingir o fim ideal, a qualquer tempo, atuar cooperativamente, realizar audiências, negociações, apresentar propostas nos autos, inclusive quanto ao tempo, modo e grau de estruturação etc. Não se impede, portanto, que a própria meta estabelecida seja revista, até que se alcance o estado de coisas ideal. É dentro desta perspectiva que as decisões da Suprema Corte geraram uma expectativa de avançar quanto à universalização da assistência jurídica para além dos processos criminais, ou seja, também para o âmbito dos casos civis o que, todavia, até hoje, não ocorreu (embora ainda possa ocorrer).

A tudo isto liga-se a necessidade de certa flexibilização procedimental, permitindo-se certas adaptações que possibilitem a proteção necessária, de acordo com o objeto da ação, o que pode ser alcançado pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, visando assegurar que as providências para a efetivação do estado ideal de coisas sejam cumpridas. Com efeito, na etapa da efetivação das decisões estruturais, defende-se a possibilidade de que se altere os rumos da tutela executiva, com base nas necessidades que se apresentem durante o processo⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 225, 2013. p. 389-410.

⁴⁸¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Elements for a Theory of the Structural Process Applied to Brazilian Law. **Revista de Processo**, v. 303/2020, mai. 2020, p. 45–8.

Decisões da Suprema Corte americana são diretamente responsáveis pela estruturação do sistema público de defesa (criminal) nos Estados Unidos. Em 1932, no caso *Powel v. Alabama – The Scottsboro Boys case* – decidiu-se que os tribunais estaduais estariam obrigados a nomear advogado para os réus que não possuíssem condições de realizar sua autodefesa e de contratar defensor privado, quando o processo pudesse resultar em pena de morte.

Em 1942, a Corte avançou e decidiu, no caso *Betts v. Brady*, que mesmo em situações que não envolvesse pena de morte haveria a obrigação estatal de designar advogado para o réu indefeso, desde que fossem constatadas “circunstâncias especiais”, analisadas no caso concreto, como idade, maturidade, nível intelectual do acusado, complexidade do caso etc.

Em 1963, ocorreu o mais famoso deles, *Gideon v. Wainwright*. Earl Gideon foi acusado de furto, mas teve negada a assistência por um defensor público em razão de seu caso não apresentar “circunstância especiais” que autorizassem a designação. Após ter sido condenado, fez um requerimento de próprio punho à Corte Suprema, reabrindo o debate. Neste processo, ficou estabelecido que qualquer pessoa acusada em uma ação criminal perante um tribunal tem direito a um julgamento justo, o que só é possível se tiver direito a um profissional designado para assisti-la. Ou seja, a partir deste *leading case*, fixou-se o entendimento de que, em qualquer situação que possa resultar na pena de prisão do acusado, deve ser assegurada a defesa técnica gratuita.

O raciocínio se baseia nas garantias da XIV Emenda (*due process of law / fair hearing*). Com efeito, a Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana dispõe que ninguém pode ter violada a prerrogativa de se fazer assistir por advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal. Este dispositivo, segundo a interpretação estrutural da Suprema Corte, passou a ser interpretado em harmonia com o que consta na Décima Quarta Emenda, para se considerar que se trata de efetivo direito, não simples prerrogativa (não ser julgado em processo criminal sem a assistência técnica de um advogado, de forma que o réu necessitado deve contar gratuitamente com a assistência de um causídico).

No ano de 1972, a Corte consolidou o entendimento, firmado no processo *Gideon v. Wainwright*, o que ocorreu no julgamento do caso *Argersinger v. Hamlin*, passando, portanto, a ser a regra obrigatória tanto para os tribunais federais como para todos os Estados da Federação. A partir destes precedentes, foi se delineando o atual estágio de organização da assistência jurídica nos Estados Unidos.

Diferentemente do Brasil, apesar do reconhecimento pela Suprema Corte do dever de o Estado prover assistência jurídica gratuita para todos os cidadãos acusados de crimes a

partir de interpretações das disposições das Emendas Constitucionais, não há determinação, seja na própria constituição ou nas decisões da Suprema Corte, sobre o formato que deve ser adotado para a efetivação do direito. Subsiste, portanto, como é da tradição e organização do Estado americano, a plena autonomia para que os estados federados definam como a assistência jurídica será organizada, sendo que certa harmonização decorre de parâmetros (*standards*) e diretrizes (*guidelines*) publicados por organizações de abrangência nacional, como a *American Bar Association* (ABA), que corresponde, com as devidas diferenças, à Ordem dos Advogados no Brasil (OAB); e a *National Legal Aid and Defender Association* (NLADA). Além disso, apesar de se verificar investimentos do governo visando financiar programas de assistência jurídica na área cível, não se reconhece, como já anotado, que a assistência jurídica na seara civil seja direito do cidadão, nada obstante se reconheça que se trata de serviço importante e necessário ⁴⁸².

No âmbito legislativo, na década de 1960, foi implantado, nos Estados Unidos, um programa denominado Guerra contra a Pobreza (*War on Poverty*), nome extraoficial que servia para designar a legislação voltada a ajudar os pobres e atacar as causas da pobreza naquele país. Naquele contexto, verificou-se que serviços de assistência jurídica, sobretudo aqueles voltados para uma perspectiva coletiva (ou seja, não somente os que avançassem contra as dimensões individuais dos problemas) poderiam resultar em considerável impacto em face das dificuldades vivenciadas pelos mais pobres e miseráveis. É desta época a Lei 88-455/1964, chamada de *Criminal Justice Act* (CJA), que, na esfera federal, tratou da assistência jurídica. Em 1970, esta lei foi alterada, para autorizar os Distritos Judiciais a criar Defensorias Públicas para prestar o serviço de representação aos acusados pobres. Em 1974, criou-se a *Legal Services Corporation*, uma entidade com o encargo de gerir o programa federal de assistência jurídica na área cível. Tratava-se de organismo de direito privado, com natureza de fundação, sem fins lucrativos e que gozava de imunidade de tributos, contando com contribuição financeira proveniente dos cofres públicos⁴⁸³.

A inércia do governo por anos talvez tenha impulsionado – ou pelo menos não impediu – o surgimento de iniciativas da sociedade civil, através das *legal aid societies*, que passou de quarenta e uma entidades no final da década de 1920 para mais de 200 no início da década de 1970. A partir da atuação de organizações da sociedade civil, como a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) e a *American Civil Liberties*

⁴⁸² ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69; 94; 104.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 99-101.

Union (ACLU), verificou-se importantes atuações com vistas a produzir mudanças no ordenamento jurídico, o que se pode dizer tratar-se de atuações ou litigância estratégicas, utilizando os chamados *test cases* e as *class actions*. Outra iniciativa relevante foi a instalação de escritórios jurídicos populares localizados nas periferias, próximos, dessarte, do público-alvo, passando-se a denominar-se *neighborhood law firms*⁴⁸⁴.

Dentro do contexto da Guerra Contra a Pobreza buscou-se seguir um novo perfil para os projetos sobre assistência jurídica a serem financiados com recursos do governo federal. Uma das características era a noção de que os problemas não deveriam ser encarados meramente do ponto de vista individual, porém, pelo viés coletivo, cuja ideia girava em torno do que se denominava *client community*, ou seja, uma coletividade que ia além da concepção de mero grupo de indivíduos justapostos. Outra característica era exatamente o conceito das *neighborhood law firms*. Este novo panorama se conjugava ao modelo tradicional das *legal aid societies*, pautando-se em uma espécie de ativismo social focado na alteração do *status quo* de parcela da população (cujo fator de vulnerabilidade, a partir da *war on poverty*, era a carência de recursos econômicos).

Nos Estados Unidos, portanto, prevalece o modelo de pessoal assalariado (*salaried staff model*), tanto no campo criminal quanto, naqueles locais em que já existem, na esfera cível, embora não seja comum que se congregue ambas (civil e penal) em uma mesma estrutura e organização. No âmbito federal e nos Estados, os serviços de defesa criminal são quase que inteiramente financiados por recursos do governo, sendo prestados por Defensores Públicos (*public defenders*), geralmente vinculados a organismos criados e mantidos pelo poder público, denominados *Public Defender's Office*. Com efeito, nas unidades federativas, o modelo *Public Defender* vem paulatinamente substituindo o denominado *Assigned Counsel* (advogados particulares designados pelos tribunais para lidar com casos particulares), tornando-se dominante, nada obstante, em razão da diversidade de serviços existentes e da complexidade do sistema, ainda se possa sustentar que há um modelo híbrido ou misto, formado pela junção do *Public Defender's Office* com o de advogados particulares remunerados caso a caso⁴⁸⁵.

Além das causas criminais, pode-se apontar outros exemplos em que o poder público assume os encargos da assistência jurídica, como no exemplo da Defensoria Pública do Estado de Maryland, que, segundo Cleber Alves⁴⁸⁶, abrange a representação de portadores de

⁴⁸⁴ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 99-101.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 74-75.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 91.

doenças mentais que sejam internados compulsoriamente, limitando-se sua liberdade de ir e vir, além de casos de família, como aqueles envolvendo a destituição do pátrio poder.

Na esfera cível, os serviços geralmente são prestados por advogados vinculados a organismos privados de diversas espécies (não havendo uniformidade), os quais são financiados por recursos advindos do poder público e de colaboradores da sociedade civil. Tais entidades geralmente não possuem fins lucrativos e adotam o regime de advogados assalariados, como os *Legal Aid Societies*, *Legal Aid Bureau* e os *Neighborhood Law Offices*.

O programa de assistência jurídica federal, todavia, após período de ascensão na década de 1970 e início de 1980, passou por uma fase de declínio. Isto afetou seriamente a política e o perfil da assistência jurídica na área cível, especialmente a partir da segunda metade da década de 1970, chegando-se a cogitar a extinção do próprio programa. Nem mesmo a manutenção da *Legal Services Corporation*, entidade com o encargo de gerir o programa federal de assistência jurídica na área cível, foi capaz de atenuar o cenário.

Em 1996, foi promovida uma reforma que estabeleceu a proibição de se prestar o serviço a certos grupos de clientes na área cível, como pessoas presas e imigrantes, assim como a defesa de ocupantes de imóveis públicos em ações de despejo; houve também a proibição de entidades vinculadas a *Legal Services Corporation* (LSC) participarem de programas de *class action* e outras ações ligadas a realização de medidas coletivas, ativistas e estratégicas, o que levou muitas entidades a abrirem mão dos recursos da LSC, a fim de não perderem sua independência de atuação e de não restringirem o campo de abrangência da assistência jurídica. No contexto nacional, passou a ser possível vislumbrar:

[...] a existência não de um único sistema, mas de três subsistemas, a saber: a) o que é formado pelas entidades subsidiadas e, por esse motivo, totalmente submetidas ao controle da *Legal Services Corporation*; b) o que é formado por entidades totalmente independentes da LSC, fazendo parte entretanto, do sistema de prestação de assistência jurídica que está estruturado no âmbito dos Estados; c) e um terceiro grupo formado por entidades que não recebem recursos da LSC nem tampouco estão integrados nos sistemas de âmbito estadual⁴⁸⁷.

Apesar dos avanços, a garantia de universalização da assistência jurídica e a igualdade efetiva quanto ao acesso à Justiça ainda se encontra em um estágio precário, nos Estados Unidos, nada obstante o país ser considerado paradigma de desenvolvimento e estabilidade, seja no aspecto econômico ou sob o ponto de vista de suas instituições democráticas. Com exceção de algumas regiões pontuais, o direito de assistência jurídica

⁴⁸⁷ ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 116.

pública aos necessitados somente é reconhecido em âmbito restrito, é dizer, em causas criminais, com reconhecimento relativamente recente, a partir das decisões estruturais da Suprema Corte.

Diante disso, tem-se afirmado um quadro de denegação de Justiça no sistema norte-americano. O cenário tem gerado um maior esforço financeiro dos atores para garantir o correto funcionamento e a expansão do sistema de assistência jurídica de modo a depender cada vez menos dos recursos do governo federal, inclusive com o estímulo à litigância em causa própria e à dependência de serviços de filantropia, por advogados que se engajam na prestação da assistência jurídica a título *pro bono*, o que pode ser considerado um retrocesso.

4.4.2.2 *A experiência do Brasil: um modelo constitucional criado a partir da atividade legislativa e da experimentação dos entes federados*

Como é da tradição dos países de *civil law*, o delineamento do modelo de assistência jurídica, no Brasil, se deu a partir da atividade legislativa, inclusive, no final de 1980, do constituinte. Apesar disso, tem se mostrado importante o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Corte tem realizado relevante função de *checks and balances* (freios e contrapesos), como é característico da configuração republicana, assegurando a supremacia das leis e da constituição. Pelo menos quanto ao direito processual, Zaneti Jr. chega a afirmar que se verifica no Brasil um “misto de *common law* e *civil law*, na confluência da lógica da aplicação da lei (*code ou statute system*) e da realização dos direitos pelo Poder Judiciário (*judge made-law*)”⁴⁸⁸. Este modelo permite influxos e cada vez maior integração de instrumentos do *Rule of Law* e do Estado de Direito.

Responsável por resguardar os valores constitucionais e preservar a Constituição e sua força normativa, o Supremo Tribunal Federal foi instado, em diversas oportunidades, a julgar questões concernentes à Defensoria Pública e, portanto, a assistência jurídica, especialmente aquelas relacionadas com a autonomia institucional. É o caso de ações nas quais a corte reafirmou a iniciativa de proposta orçamentária e a organização institucional, decidindo ser inconstitucional norma local que vincule a Defensoria Pública a Secretarias de Estado, a observância de prazo para o repasse de recursos na forma de duodécimos, a atribuição exclusiva

⁴⁸⁸ ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 824 ao 925. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 32-33.

para a fixação da lotação de defensores públicos e a instalação das unidades da Defensoria Pública, a iniciativa de leis, a representação pelo Defensor Público-Geral etc.⁴⁸⁹

A Corte, todavia, julgou improcedente Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão entendendo não haver, até aquele momento (abril de 2020), que se falar em omissão legislativa quanto à implementação do disposto do artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que determina que, no prazo de oito anos, a contar de 2014, ano da Emenda Constitucional 80, que trouxe tal previsão, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais⁴⁹⁰. Entendeu-se que, como política pública, sua realização deve ser feita por meio de processos ou ciclos, de forma que a concretização do plano constitucional não necessita ser instantâneo, nem deve permanecer estanque, além de não se tolerar retrocessos nessa seara. Concluiu-se que, “*In casu*, não há comprovação de que o Poder Público tenha quedado inerte nos seus deveres de estruturação da Defensoria Pública Federal, máxime porque se verifica a existência de esforços legislativos e administrativos na implantação da instituição em âmbito nacional”⁴⁹¹, inclusive em razão do aumento do número de membros e de orçamento nos últimos anos.

A ação tratava, especificamente, da Defensoria Pública da União, sendo certo que a situação é similar em outros ramos da Defensoria Pública brasileira em cada estado federado. Apesar do entendimento, o prazo fixado pela regra do ADCT se aproxima do seu termo final (no ano de 2022), estando longe de ver seu mandamento atendido, já que a expansão do serviço de assistência jurídica é realidade ainda distante em boa parte das regiões do país.

Tratando-se a ação de um processo estrutural, caberia ao Supremo ter reconhecido o estado de inconformidade, inclusive pela proximidade do final do prazo fixado pelo constituinte para que se alcance o estado de coisas ideal quanto à capilaridade territorial da instituição.

⁴⁸⁹ Análise detalhada de cada julgado foi realizada em: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. A autonomia da Defensoria Pública e o Supremo Tribunal Federal: o papel desempenhado pela Corte na proteção ao direito fundamental à assistência jurídica gratuita. *In*: ROCHA, Bheron. Maia, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia & Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 195-218. Na mesma obra, há interessante estudo sobre a autonomia da instituição: ROCHA, Jorge Bheron; CALDAS, Mariana Urano de Carvalho. A Autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo Constitucionalismo. *In*: Autonomia & Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivm, 2018. *In*: ROCHA, Bheron. Maia, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia & Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 195-218. p. 25-56.

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 2**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 15 abr. 2020. Publicado em: 30 abr. 2020.

⁴⁹¹ Trecho da decisão proferida na **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 2**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 15 abr. 2020. Publicado em: 30 abr. 2020.

Enquanto no plano internacional se desenvolvia o movimento do acesso à justiça, passando pela célebre pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Florença, no Brasil a assistência judiciária era reconhecida como dever do Estado, no plano constitucional (inicialmente nas Constituições de 1934 e, depois, 1946). Não se definia, contudo, o modelo, ou seja, a forma como seria efetivada a previsão formal, apenas reconhecendo, genericamente, o direito.

Na Constituição de 1934, inseriu-se a previsão da *assistência judiciária* dentre os Direitos e Garantias Individuais dos Cidadãos, portanto, como dever dos Estados e da União, no artigo 113-A, alínea 32⁴⁹². Depois disso, a assistência judiciária veio sendo contemplada em todas as Constituições brasileiras, à exceção da Carta de 1937, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais. Com a Constituição de 1988, passou-se a utilizar o termo *assistência jurídica*, mais amplo e abrangente, assim como constitucionalizou-se a Defensoria Pública como instituição responsável pela efetivação do direito, prestando o serviço de assistência jurídica integral e gratuita.

A gênese do que viria a se tornar a Defensoria Pública brasileira remonta à segunda metade do século XX, especialmente a partir do movimento político, jurídico e acadêmico gestado na experiência do Rio de Janeiro, que viria a se consagrar como modelo nacionalmente adotado pela Assembleia Constituinte de 1988⁴⁹³.

Pouco antes do advento da Constituição em 1988, no início da década de setenta, verificava-se alguns sistemas de assistência jurídica estatais vigentes, os quais eram denominados de Assistência Judiciária, de Advocacia de Ofício ou de Defensoria Pública, a depender do caso, podendo ser agrupados, considerando suas linhas gerais, nos seguintes grupos: os estaduais, que, nada obstante, possuíam peculiaridades que os diferenciavam substancialmente; o do Distrito Federal; o da Justiça Militar; e o da Justiça do Trabalho. Estavam em curso estudos para subsidiar a criação de um sistema para a Justiça Federal Comum, já que no âmbito da Justiça Federal Especializada (militar e trabalhista) existia alguma estrutura de assistência estabelecido, ainda que não fosse a ideal. O que caracterizava e diferenciava cada um desses serviços estatais constituídos era a maior ou menor autonomia com relação a outro órgão (como com o Ministério Público).

⁴⁹² 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.

⁴⁹³ MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenele T. da. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. 1984. Reimpressão, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

Conforme o estudo feito por Armida Bergamini Miotto⁴⁹⁴, dentre os sistemas estaduais, um era originário do antigo Distrito Federal (no território correspondente à atual área do município do Rio de Janeiro), sendo mantido, depois, pelo novo Distrito Federal. Neste, a denominação do serviço era a de “Defensoria Pública” e a dos agentes “Defensores Públicos”, sendo incluído dentro da estrutura e da carreira do Ministério Público, tendo como chefe do Procurador-Geral.

No Estado do Rio Grande do Sul, a denominação era de “Unidade de Assistência Judiciária”, cujos agentes eram chamados de “Advogados de Ofício”, situando a instituição fora do Ministério Público, mas dentro da estrutura da Consultoria-Geral do Estado, tendo como chefe o Consultor-Geral do Estado. Havia a constituição de carreira própria, no quadro dos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício da Consultoria-Geral, sendo o provimento inicial mediante concurso público.

No Estado do Rio de Janeiro, a denominação do serviço era de “Assistência Judiciária”. Os membros eram chamados de “Defensores Públicos” e encontrava-se, o serviço, organizado paralelamente ao Ministério Público, porém, ambos (Assistência Judiciária e Ministério Público) tendo como chefe comum o Procurador-Geral de Justiça, ou seja, embora integrando o Ministério Público, a Assistência Judiciária era paralela e autônoma, subordinada, porém, ao mesmo chefe. Havia carreira autônoma, com concurso inicial próprio, dentro dos quadros do Ministério Público.

No Estado de São Paulo, denominava-se de “Procuradoria de Assistência Judiciária”, com a denominação dos agentes de “Procuradores de Assistência Judiciária”, organizado fora do Ministério Público, mas integrado e inserido dentro da Procuradoria-Geral do Estado, tendo como chefe o Procurador-Geral do Estado. Havia uma carreira única, de Procurador do Estado, com concurso inicial único.

No antigo Distrito Federal (que correspondia à cidade do Rio de Janeiro e que depois veio a se tornar Estado da Guanabara) e no Estado do Rio de Janeiro (que compreendia a área geográfica do atual Estado com exceção da cidade do Rio de Janeiro), nos anos cinquenta (1950), foram editadas leis fazendo menção à figura do Defensor Público. Com a Lei Complementar Estadual 06 de 1977 do novo Estado do Rio de Janeiro (decorrente da fusão entre os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara), consolidou-se a Defensoria Pública como órgão da Assistência Judiciária, com atribuições próprias.

⁴⁹⁴ MIOTTO, Armida Bergamini. A Defensoria Pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano X, n. 38, abr./jun. 1973. p. 71-104.

Na Justiça Militar, o serviço era denominado “Assistência Judiciária Oficial”, cujos agentes eram designados “Advogados de Ofício”, destinando-se, primordialmente, à defesa de praças e sendo constituído fora do Ministério Público, porém, dentro da estrutura da Justiça Militar. A carreira era autônoma, com concurso inicial próprio e normas estabelecidas pelo Superior Tribunal Militar. Os Advogados de Ofício, posteriormente, constituíram os quadros iniciais da atual Defensoria Pública da União. Na Justiça do Trabalho, o serviço era denominado como “Assistência Judiciária” e os agentes como “Advogados”, contratados e remunerados pelos sindicatos profissionais, a quem competia, obrigatoriamente, a prestação do serviço. Só eventualmente a assistência poderia ser prestada por Promotores Públicos (Promotores de Justiça) ou Defensores Públicos.

Os prós e contras dos diversos sistemas estaduais serviram para a busca de um modelo no plano federal, que figuraria como parâmetro de modelo nacional. Segundo Armida⁴⁹⁵, um ponto que parecia já acertado era que a instituição, com a denominação de Defensoria Pública ou qualquer outra, não haveria de se integrar em outro órgão ou serviço, mas constituir uma estrutura individualizada, independentemente de qualquer outra, com o seu próprio Chefe, o Defensor Público-Geral, Assistente Judiciário-Geral ou Advogado-Geral, com paridade com o chefe do Ministério Público.

Da experiência vivenciada em âmbito estadual a partir da segunda metade do século XX, a Defensoria Pública se consolida, nacionalmente, com Constituição Federal de 1988, que passou a prevê-la já em seu texto original. O constituinte adotou o enfoque no modelo *salaried staff model* e foi além, estabelecendo, no texto da Constituição Federal de 1988, que os serviços voltados à realização da assistência jurídica, constante no rol dos direitos fundamentais, devem ser realizados por meio de um organismo criado especificamente para tal finalidade e com financiamento público, qual seja, a Defensoria Pública. Por meio das Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014 a redação constitucional foi aprimorada, a fim de conferir formalmente e expressamente autonomia à instituição e deixar evidente a amplitude de sua atuação, que envolve, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção de direitos humanos e a defesa dos direitos dos vulneráveis, no plano judicial ou extrajudicial, individual ou coletivo, em quaisquer matérias ou esferas jurídicas (civil, criminal, administrativo, etc.).

Apesar da previsão constante no artigo 98 do ADCT, que determina que no prazo de oito anos, a contar de 2014, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com

⁴⁹⁵ MIOTTO, Armida Bergamini. A Defensoria Pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano X, n. 38, abr./jun. 1973. p. 71-104.

defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, tal estado de coisas ideal ainda se encontra longe de ser alcançado. A expansão da instituição está diretamente vinculada a ampliação do orçamento destinado ao financiamento do serviço de assistência jurídica.

4.4.3 Influxos para ampliar o alcance e a efetividade da assistência jurídica: programas para grupos específicos, busca ativa e outros enfoques

As formas de efetivação do direito à assistência jurídica são marcadas pela multiplicidade. Não há um modelo de assistência jurídica perfeito e acabado, que veste todo e qualquer corpo social. Certo é que para sua concretização exige-se custos econômicos e certa criatividade, além da garantia de independência às instituições responsáveis por tal mister. Ferrajoli⁴⁹⁶, por exemplo, defende um modelo de Defensoria Pública onde a própria instituição é um direito do cidadão, sendo condição indispensável que o defensor público seja um magistrado, como integrante de um *Ministerio Público de la Defensa*, independente dos Poderes e da administração.

A ideia se aproxima de modelos *salaried staff model* com estatura constitucional, dotados de autonomia da instituição e independência dos membros, como é o caso da Defensoria Pública brasileira e das prescrições constantes em diversas recomendações da Organização dos Estados Americanos (OEA) – AG/RES. 2656 (XLI-O/11), AG/RES. 2714 (XLII-O/12), AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), AG/RES n° 2887 (XLVI-O/16) e AG/RES n° 2928 –, assim como na Recomendação do Mercosul MERCOSUR/CMC/REC. N° 01/12. Por magistrado, deve-se compreender não a ideia estrita do juiz do Poder Judiciário, mas aquele que exerce parte do poder soberano, que tem, portanto, poder de decisão (conceito amplo), ideia encontrada nas clássicas doutrinas da filosofia política (ou do Estado) do século XVII e XVIII⁴⁹⁷.

As diversas experiências experimentadas pelos variados sistemas em diversos países e regiões podem contribuir na busca por um modelo de assistência jurídica ideal, consideradas as peculiaridades de cada contexto sociocultural. Estes influxos e influências, que podem

⁴⁹⁶ PULEIO, por Stella Maris Martínez y María Fernanda López. Entrevista al prof. Luigi Ferrajoli sobre la Defensa Pública. Realizada por Stella Maris Martínez y María Fernanda López Puleio. In: **Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal**. n. 5. Defensoria Pública. p. 109-110.

⁴⁹⁷ A expressão é usada neste sentido, entre outros, em: MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**: discorsi. Universidade de Brasília, 2008; HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Petrópolis: Vozes, 2020; ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Paula Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998; MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. Tradução de por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

resultar no transplante de práticas bem-sucedidas, deve se operar de forma mútua, é dizer, o fluxo deve ser de mão dupla, de maneira que haja influências recíprocas. A experiência brasileira, por exemplo, pode servir para os chamados países desenvolvidos, como França e Portugal, que não contam com a instituição de Defensoria Pública, assim como Estados Unidos, onde o âmbito de atuação dos defensores públicos não avançou em amplitude, e, concomitantemente, pode (o sistema do Brasil) ser aprimorado a partir de estruturas desenvolvidas em outros Estados.

Das nações em desenvolvimento pode-se se extrair valiosas contribuições, na medida em que se veem confrontados com grandes obstáculos e desafios que são potencializados pelo seu próprio estágio de desenvolvimento atual. Nesta perspectiva, a partir da ideia de superação dos obstáculos do acesso à justiça, formulada em ondas (fases) por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁹⁸, a doutrina sugere e observa um fenômeno já em curso, denominando-o de “contra onda” (*counter-wave or rip current*). Enquanto as ondas tracionais refletem movimentos do centro para a periferia, a contra onda revela uma tendência de movimento que vai desde a periferia para o centro. O fluxo, então, passa a ser recíproco⁴⁹⁹.

Thome⁵⁰⁰ observa que, na América Latina, diversamente dos chamados modelos tradicionais, as novas tendências que se verificam a partir da década de 1980 se caracterizavam por: geralmente, não focarem em uma só área de especialização (como a criminal), focando na perspectiva de que são de várias ordens os problemas de uma pessoa ou de grupos de indivíduos; assumirem uma perspectiva interdisciplinar, que vai além do estrito aconselhamento legal, abarcando serviços de apoio, como economistas, antropologistas, psicologia e assistência social; voltarem-se para grupos específicos, com interesses e necessidades comuns, como, entre outros, indígenas, trabalhadores, migrantes forçados, população rural, idosos, consumidores e mulheres, em lugar de tenderem a eleger os usuários partindo de critérios puramente individuais a partir da parametrização de uma linha de pobreza. Ponto negativo nessa perspectiva pode ser apontado em sistemas nos quais casos individuais acabam sendo aceitos somente como *test-cases* (por exemplo, quando envolverem graves violações de direitos humanos ou possuírem um peso simbólico e, assim, grande repercussão). É certo que o incremento da preocupação com a tutela coletiva não deve se desenvolver abandonando a individual, sob pena de resolvemos

⁴⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

⁴⁹⁹ ECONOMIDES, Kim; TIMOSCHANKO, Aaron; FERRAZ, Leslie S. Justice at the edge: Hearing the sound of silence. **Adelaide Law Review**, The, v. 41, n. 1, p. 39-85, set. 2020.

⁵⁰⁰ THOME, Joseph R. New models for legal services in Latin America. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 6, n. 4, nov. 1984. p. 521-538.

um problema ampliando outro. Ainda, os serviços de assistência passaram a ser proativos a preventivos (não mais meramente reativos).

Organizações que prestavam os serviços enfrentavam grandes resistências, especialmente por atuar em prol de pessoas e grupos vulnerabilizadas, buscando alterar o quadro social. Os próprios profissionais envolvidos, por vezes, eram alvo de preconceitos e perseguições, por serem considerados ativistas político-sociais. Poucos “escritórios” contavam com financiamentos públicos ou da ordem de advogados locais. O apoio financeiro, instável, dependia de recursos externos, principalmente da Igreja Católica, associações estrangeiras e agências governamentais de outros países. Era o caso da *Inter-American Legal Services Association* (ILSA), localizada em Bogotá, na Colômbia, cuja missão era auxiliar na obtenção de fundos internacionais. Outra forma de financiamento era a cobrança de taxas pelos serviços prestados⁵⁰¹.

Aos poucos, vem sendo progressivamente abandonada a visão tradicional de assistência legal, para incluir o atendimento de casos envolvendo interesses coletivos e afastar uma postura caritativa e paternalista, que vem sendo substituída por uma tendência à conscientização e organização comunitárias. Todo o fenômeno é irradiado para os textos das Constituições, muitos dos quais com a inserção da figura do defensor público, cuja missão se liga à promoção do acesso à justiça e dos direitos humanos. É preciso observar, contudo, que existem grandes diferenças entre os sistemas adotados em cada região. Embora se verifiquem movimentos voltados à unificação dos modelos de defesa pública oficial na América Latina, fenômeno ainda em curso, nota-se a ausência dessa uniformidade quanto ao delineamento da instituição nos países. As expressões Defensoria Pública, *Defensa pública* ou *Defensoria del Pueblo*, ao tempo que se aproximam, podem também ter diferentes significados.

Na Colômbia, desde o ano 2007, a Direção Nacional da Defensoria Pública colombiana dispõe de estrutura própria para investigações criminais, com laboratórios e um corpo de investigadores e criminalistas que prestam assistência (o que inclui consultoria, diagnóstico, perícia etc.) permanente aos defensores públicos. O serviço de apoio é relevante e capaz de potencializar a defesa em processos penais, tanto na fase de investigação como no curso da ação penal. Busca-se, portanto, equilibrar a defesa pública (o Estado Defensor) com a acusação pública, equipando a instituição com as ferramentas que dispõe Ministério Público. Estrutura similar poderia ser pensada para a tutela coletiva, a fim de viabilizar a instrução de

⁵⁰¹ THOME, Joseph R. New models for legal services in Latin America. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 6, n. 4, nov. 1984. p. 521-538.

procedimentos investigatórios coletivos de natureza extrajudicial, algo similar ao inquérito civil previsto na legislação brasileira.

Em outro lado do globo, a assistência jurídica, na Austrália, é dividida em programas ou grupos, com a finalidade de que as pessoas recebam o serviço mais adequado às suas necessidades individuais, havendo boas relações e acordos cooperativos entre os diversos provedores de assistência jurídica, que, em conjunto, formam o modelo nacional. São eles: *Legal Aid Commissions (LACs)*; *Community Legal Centres (CLCs)* (serviços legais para a comunidade); *Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Service (ATSILS)* (serviços legais para aborígenes); *Family Violence Prevention Legal Services (FVPLS)* (voltado à prevenção de violência familiar).

Verifica-se, neste modelo, a preocupação com grupos vulneráveis específicos e suas peculiaridades. As vertentes dos serviços de assistência jurídica, portanto, possuem como público-alvo pessoas vulneráveis (pessoas em desvantagem social) com questões jurídicas complexas. Por exemplo, os Serviços Legais para Aborígenes – *Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services (ATSILS)* – tem como objetivo garantir que todos os australianos, incluindo os indígenas australianos, tenham assegurado acesso à justiça, a partir do reconhecimento de que há históricas desvantagens enfrentadas pelos indígenas (um estado de coisas desestruturado). Visa, portanto, entregar assistência legal de alta qualidade, culturalmente sensível e acessível, com vistas a assegurar que os indígenas exercitem seus direitos da mesma forma que os demais nacionais. Não há impedimento para que um indígena também possa acessar outros serviços de assistência (serviços jurídicos comunitários, comissões de assistência jurídica e serviços jurídicos de prevenção da violência familiar).

Ponto interessante é o uso da tecnologia com a finalidade de facilitar e potencializar os serviços, o que passou a atrair maior atenção especialmente com o contexto gerado pela pandemia da covid-19. Canais virtuais têm a capacidade de facilitar o contato entre a instituição e as pessoas interessadas em assistência jurídica. Dados levantados em estudo⁵⁰² que analisou os reflexos da adaptação da Defensoria Pública brasileira às novas exigências tecnológicas – forçadas pelas restrições da pandemia da covid-19 – revelaram que, entre 13 de março e 18 de maio de 2020, o trabalho remoto na Defensoria Pública da União movimentou mais de cinco mil processos somente na unidade localizada na cidade de Fortaleza. Em âmbito nacional,

⁵⁰² GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; LEITÃO, Raissa Vianna; SOARES, Vitor Valdir Ramalho. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. In: ALVES, Cleber Francisco. AMARAL, Alberto Carvalho. MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). **Defensoria Pública e covid-19 no cenário intra e pós-pandêmico**. Belo Horizonte: D'Plácido. p. 269-284.

houve aumento de 12,8% com relação à abertura de novos Processos de Assistência Jurídica, embora tenha havido queda no total de atendimentos (de 5,6% no indicador). O quantitativo de novos assistidos, por outro lado, aumentou em 10,5%. Ou seja, pessoas que antes não haviam acessado os serviços de assistência jurídica procuraram e foram atendidas pela instituição. Este cenário leva em conta o período que vai de março de 2020 até fevereiro de 2021, corte temporal no qual os trabalhos presenciais foram sensivelmente diminuídos em virtude das medidas de distanciamento adotadas para conter os efeitos do coronavírus no Brasil, comparativamente com período de março de 2019 a fevereiro de 2020, no qual ainda não havia sido instituído o regime de trabalho não presencial.

O cenário é verificado em outros ramos da Defensoria Pública brasileira. No Mato Grosso, a Defensoria daquele estado realizou 162.489 atividades jurídicas gratuitas no período que vai de 17 de março de 2020 até o final de julho de 2020, quando estavam suspensos os atendimentos presenciais. No do Rio de Janeiro, por sua vez, entre 23 de março a 17 de junho de 2020, a instituição contabilizou um total de 144.231 atendimentos realizados à distância. Já no Ceará, promoveu-se 183.690 atuações de abril a junho de 2020, enquanto todos os serviços presenciais permaneceram suspensos⁵⁰³.

A utilização de meios tecnológicos, especialmente com a finalidade de atingir áreas distantes ou remotas, onde há dificuldade de se reunir e manter pessoal e maiores estruturas físicas, já era apontado como prática das *community legal centres* (CLCs) na Austrália, antes da pandemia. Conforme relatórios do ILAG⁵⁰⁴ (*International Legal Aid Group*), as CLCs são organizações independentes e sem fins lucrativos que complementam os serviços prestados pelos demais programas (*legal aid commissions, indigenous legal assistance service providers e private legal profession*), sendo que realizam a assistência pessoalmente, por telefone ou vídeo (por exemplo, via Skype).

⁵⁰³ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; LEITÃO, Raissa Vianna; SOARES, Vitor Valdir Ramalho. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. In: ALVES, Cleber Francisco. AMARAL, Alberto Carvalho. MAIA, Maurílio Casas (Orgs.). **Defensoria Pública e covid-19 no cenário intra e pós-pandêmico**. Belo Horizonte: D'Plácido. p. 269-284.

⁵⁰⁴ ILAG. National Report: Austrália. **Paper apresentado na Conferência do ILAG**. International Legal Aid Group, realizada em Haia (Hague), em Junho de 2013. Disponível em: <http://www.internationallegalaidgroup.org/index.php/papers-publications/conference-papers-reports/category/8-national-reports>. Acesso em: 20 jun. 2021.; ILAG. National Report: Austrália. **Relatório atualizado em 2017**. International Legal Aid Group Conference, 2017. Disponível em: http://www.internationallegalaidgroup.org/images/miscdocs/ILAG_Australia_Country_Report_2017.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

Os relatórios⁵⁰⁵ também apontam que o foco do modelo tem sido aumentar o nível de eficácia das intervenções precoces, no início das demandas, investindo-se em serviços de prevenção para pessoas vulneráveis. Com efeito, a intervenção precoce pode ser encarada como ponto importante para a melhora dos sistemas de assistência jurídica, na medida em que evita que questões simples se tornem complexas e gerem maiores dispêndios para serem solucionadas (como, por exemplo, movimentando todo o sistema de justiça através de uma ação judicial que pode demorar anos e tramitar por vários tribunais).

Além disso, um dos postos-chave reside em dar ênfase à colaboração entre o amparo jurídico e serviços não jurídicos, como a assistência social, que são prestados por meio de Fóruns criados em cada estado e território e funcionam como portas de entrada. Pessoas que enfrentam desvantagens significativas geralmente têm problemas múltiplos e inter-relacionados, de forma que suas necessidades, complexas, podem ir além das questões legais. Reconhece-se que o aumento de tal colaboração pode resultar em melhores resultados para as pessoas de grupos vulneráveis e para a própria melhoria dos processos tanto da assistência jurídica quanto da social. Neste aspecto, um dos focos é a colaboração voltada para a educação em direitos e serviços de informação para pessoas que acessam assistência jurídica e serviços sociais.

Também relacionada ao último ponto, a busca por um modelo de prestação de serviços jurídicos para pessoas desfavorecidas, com necessidades complexas e interseccionais, tem levado à constatação de que é, por vezes, necessário a realização de busca ativa (*outreach legal services*), com foco no alcance de cidadãos marginalizados ou socialmente excluídos (resultado de fatores de vulnerabilidade, como falta de moradia, deficiência, problemas de saúde mental não resolvidos, condição de pertencimento a comunidades tradicionais, graves dificuldades financeiras, desemprego ou localização remota). Inclui-se, aí, também a ausência da capacidade de influenciar nas decisões públicas.

Para alcançar bons resultados, outros serviços, sob coordenação ou em cooperação com a assistência jurídica, a que podemos chamar de serviços jurídicos de extensão, precisam estar apropriadamente localizados e conectados com grupos-alvo e suas agências de apoio (como as entidades da sociedade civil organizada e serviços públicos essenciais). Forma-se,

⁵⁰⁵ ILAG. National Report: Austrália. **Paper apresentado na Conferência do ILAG**. International Legal Aid Group, realizada em Haia (Hague), em Junho de 2013. Disponível em: <http://www.internationallegalaidgroup.org/index.php/papers-publications/conference-papers-reports/category/8-national-reports>. Acesso em: 20 jun. 2021.; ILAG. National Report: Austrália. **Relatório atualizado em 2017**. International Legal Aid Group Conference, 2017. Disponível em: http://www.internationallegalaidgroup.org/images/miscdocs/ILAG_Australia_Country_Report_2017.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

portanto, uma rede de prestações materiais e imateriais, que complementam e cooperam com a assistência jurídica, localizados em agências de assistência social ou voltadas para grupos minoritários (indígenas, quilombolas, etc.), para pessoas em situação de rua, centros comunitários, consultórios médicos populares ou de saúde mental, centros infantis e familiares, prisões etc.

Por fim, é válido notar que os problemas de quem necessita de assistência nem sempre exigem habilidades jurídicas de alto nível para atender às suas necessidades jurídicas. Por exemplo, para preencher formulários ou fazer ligações a agências de proteção ao consumidor ou a órgãos públicos. Uma sugestão para resolver essas questões pode ser a inclusão de funcionários paralegais (*paralegal*) voluntários ou pagos dentro dos serviços de extensão ou como serviço auxiliar inserido na Defensoria Pública, desde que sob coordenação e administração institucional e com recursos adequados, requisitos intrínsecos ao sucesso deste tipo de iniciativa⁵⁰⁶.

4.4.4 Controle de representação em dois filtros

A assistência jurídica é corolário do acesso à justiça. Sem ela, muitas pessoas permanecem vulnerabilizadas sob este aspecto, já que não terão condições de reclamar seus direitos. Caso se adote um sistema cuja legitimidade coletiva é conferida a associações e instituições, a assistência será essencial para que os grupos mais vulnerabilizados e menos organizados possam ter voz na defesa de seus interesses, por meio da substituição realizada por algum ou alguns dos entes dotados de capacidade para agir coletivamente. Adotando-se outro modelo, no qual se confere legitimação ao próprio indivíduo, a assistência será imprescindível para que haja representação e suporte técnico ao legitimado, caso do cidadão necessitado que pretende ajuizar uma ação popular. Tais sistemas não são excludentes e, em qualquer caso, a assistência jurídica mostra-se imprescindível para a ampla salvaguarda dos direitos coletivos.

Pensamos que, na segunda hipótese (legitimidade do membro do grupo), pode eventual sistema de assistência jurídica contribuir para a expansão da legitimidade conferida ao cidadão, sem que isso represente maiores riscos ou estimule demandas temerárias, o que é possível estabelecendo-se regras mais rígidas para o controle de idoneidade do membro-representante.

⁵⁰⁶ Interessante estudo sobre o tema pode ser lido em: FORELL, Suzie; GRAY, Abigail. Outreach legal services to people with complex needs: what works? **Law and Justice Foundation of New South Wales**, Sydney, Paper 12, p. 1-23, out. 2009.

Diversamente do sistema das *class actions*, no modelo brasileiro a lei não dispõe expressamente sobre uma fase formal de certificação, por meio da qual o tribunal analisa se a ação coletiva pode prosseguir ou não. O maior controle de adequação com relação ao indivíduo (representante) das *class actions*, considerando as peculiaridades do caso, poderia servir como parâmetro para a ampliação da participação dos membros do grupo nas ações coletivas brasileiras, de *lege ferenda*, até mesmo incluindo-os como legitimados para a ação civil pública, mormente quando se trata litígios envolvendo direitos individuais homogêneos.

O controle da representação, nos casos de ação popular que envolva pessoa beneficiária de assistência jurídica, portanto, vulnerável para fins de acesso à justiça, poderia ser realizado por meio de dois filtros: pela própria Defensoria Pública, antes do ajuizamento da ação; pelo Tribunal, após o ajuizamento.

No modelo de dois filtros, a idoneidade do membro para o caso seria inicialmente verificada pela Defensoria Pública, nos casos em que se valesse da assistência jurídica. De certa forma, isto já ocorre na prática. É certo que, antes de iniciar qualquer atuação, os membros da instituição são obrigados, por lei, a analisar a viabilidade jurídica da demanda, podendo deixar de patrocinar a ação que seja manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte, conforme dispõe a Lei Complementar 80 de 1994. Melhor seria se a lei mencionasse expressamente a possibilidade de controle da representatividade do cidadão assistido pela instituição, embora não seja necessária alteração legal neste sentido. Os Conselhos Superiores da Defensoria Pública podem, dentro de sua função normativa, regulamentar a matéria.

Nesse caso, seria possível se pensar em ampliar as hipóteses de cabimento da ação popular ou até mesmo conferir legitimidade ao cidadão para o ajuizamento de uma ação civil pública? Parece que sim, e isto representaria um aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva. Ao lado da ação popular, a ação civil pública compõe um arcabouço de instrumentos com sede constitucional e podem se apresentar como mecanismos modernos para a tutela coletiva de direitos fundamentais e fomentar a participação pública, como decorrência da inafastabilidade do acesso à justiça, erigindo um sistema de salvaguarda coletivo de direitos, composto pelo cidadão e pelos colegitimados para a ação civil pública.

O duplo filtro de controle, ademais, tem a capacidade de aprimorar a própria utilização da ação popular, evitando-se demandas que não representem os verdadeiros interesses dos membros do grupo e a utilização do instrumento processual com finalidade pessoal, como nos casos do uso para ataques pessoais ideológicos ou político-partidários, superando uma das críticas que podem ser feitas quanto ao uso desta garantia constitucional.

Evidentemente, haverá situações nas quais a Defensoria Pública não representará o autor da ação. Nos casos em que a ação seja patrocinada por advogado, seja ou não, o membro do grupo, necessitado, o controle da representação, em seu primeiro filtro, poderia ser realizado pelo Ministério Público, como fase inicial da ação judicial. Em qualquer caso, o Tribunal estaria apto a realizar uma análise na segunda camada de controle, sendo que, em tal hipótese, um regime de condenação por patrocínio temerário, quando comprovado que a atuação do causídico não ocorre visando a salvaguarda dos interesses do grupo, poderia integrar as regras de controle. A diferença estaria unicamente na primeira fase: atuando a Defensoria Pública, o controle primeiro seria realizado ainda no âmbito extrajudicial. Não sendo o caso, seria realizado pelo *Parquet, in limine*, no bojo da ação.

5 CONCLUSÕES

1. O desenvolvimento do Estado de Direito pode ser analisado também sob a perspectiva da inclusão de indivíduos e grupos.

2. Traçando-se uma linha de pensamento que se inicia com o obscurecimento de uma visão meramente organicista, encadeando-se as cenas seguintes, com o surgimento do Estado Liberal e sua posterior evolução para o Estado Social e, finalmente, o chamado Estado Democrático, observa-se a constante permanência de coletividades à margem das estruturas sociais decisórias, dentro de um processo histórico marcado pela contínua busca pela igualdade e liberdade.

3. Em seu aspecto jurídico-processual, a liberdade cristaliza-se no *status activus processualis*, que representa a materialização do conjunto das normas e formas que regulam a participação processual.

4. As revoluções liberais do final do século XVIII marcam uma grande transição. Surgia o denominado Estado Liberal de Direito, com a pretensão de superar o absolutismo, por meio da limitação de poder. Pautado por ideias iluministas e marcado pela separação dos poderes, caracterizava-se pela ênfase sobre o indivíduo. Embora partindo de uma visão eurocêntrica, esses ideais irão refletir nas Américas.

5. No campo das ciências, o termo “revolução científica” irá designar os períodos durante os quais os paradigmas são modificados.

6. Tendo a nova ideologia, pautada na visão individualista da sociedade, se tornado gradativamente oficial a partir do final do século XVIII, as nações deveriam ser unas e indivisíveis e o Estado concebido como conjunto de cidadãos. Como consequência, os grupos intermediários, situados entre o Estado e o indivíduo, desapareceram – com raras exceções, como a família – ou se converteram em subdivisão do próprio governo estatal.

7. Nos séculos seguintes, tem curso o início da superação à aversão aos corpos intermediários, especialmente com o movimento operário e a necessidade de o indivíduo unir-se diante de sua debilidade diante do poder industrial. Novos grupos surgem a partir da comunhão de interesses e necessidades, assim como para superar suas vulnerabilidades. O sujeito privado, indivíduo ou grupo, é impelido a agir não só por seu interesse egoístico, como, também, por um interesse comunitário.

8. Esse fenômeno terá reflexos no campo processual, especialmente, mais à frente, na tutela de interesses coletivos, refletindo na concepção (privatista) do processo, inclusive no que diz respeito ao papel dos julgadores e esquemas procedimentais que passam a necessitar de

adaptação. Ao lado da parte individual (ou tradicional) passe-se a considerar a parte ideológica (ou coletiva). O legitimado coletivo, neste cenário, exatamente por representar os interesses de uma coletividade, chega a ser denominado de “representante ideológico” de certo grupo ou comunidade.

9. A afirmação do sujeito de direito não fez simplesmente desaparecer a existência de categorias, grupos ou *status*, embora tenha ocorrido inegável transmutação, como decorrência da mudança de uma ampla reorganização social. Com a valorização da individualidade verifica-se uma diferença visível entre os grupos modernos e os antigos.

10. Hodiernamente, não há que se falar em prioridade absoluta do coletivo sobre o individual, de forma a asfixiar a individualidade. Também não mais se justifica a individualidade levada ao extremo, atômica. A unidade pós-moderna emerge da realização conjunta de indivíduos, resultado da vida compartilhada e não uma condição dada a *priori*, como ocorria antes. Ela também não afasta o pluralismo, senão exige a conciliação de interesses dos membros e dos diversos grupos sociais que se apresentam.

11. O período compreendido entre o final das revoluções oitocentistas e a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado Social de Direito, demonstrou que a mera enunciação de direitos não é suficiente. Em razão disso, inaugura-se um novo estágio no percurso que visa atingir um estado de coisas que tem como horizonte a igualdade material. Esta nova fase é marcada pela normatividade constitucional, pela democracia como elemento de inclusão e pelo acesso à justiça, conferindo, neste último aspecto, protagonismo ao sistema de Justiça.

12. O Estado Liberal não desapareceu ou sucumbiu, mas transformou-se, dando lugar ao Estado Social, da mesma forma que, na sequência histórica, o Estado Democrático veio complementar o anterior, havendo, portanto, uma espécie de aprimoramento do gênero (que é o Estado de Direito), que vai desde o liberal, passando pelo social e chegando ao democrático, todos com a marca do constitucionalismo, nada obstante também este último conceito e sua teoria tenham sofrido mutações.

13. O Estado Social contemporâneo, ao qual é acoplado a nota democrática, compreende os valores de várias gerações, formando uma linha que vai se desdobrando continuamente, desde o princípio, com os direitos individuais, passando pelos sociais e fraternais e prosseguindo rumo ao *status* da democracia inclusiva.

14. Há uma relação entre Estado, sociedade e Direito. Assim, o modelo adotado pelo Estado possui reflexos diretos na sociedade e no Direito. Considerando-se que o

marco ideológico constitucional deve pautar a construção e a interpretação das normas sociais, o sistema de justiça deve atuar dentro das balizas do Estado Democrático de Direito.

15. No Brasil, a opção foi pelo modelo de Estado Social Democrático de Direito, conforme consta na Constituição Federal de 1988. Por consequência, as relações sociais e o Direito (incluindo o procedimental) devem observar os princípios vetores, como o democrático.

16. O novo papel do Poder Judiciário (e, em sentido mais amplo, do sistema de justiça) promove uma aproximação ou certa confusão entre a atividade dos tribunais e a atividade política, cujo exercício é por definição encargo do Poder Legislativo. A nova postura dos tribunais se verifica a partir do surgimento do Estado Social, o que ocasiona uma espécie de redimensionamento das relações entre os clássicos poderes do estado, deslocando certas questões dos procedimentos políticos para o judiciais, assumindo o acesso à justiça um papel fundamental no desenvolvimento da sociedade.

17. O juiz se converte em um construtor (*maker*) do direito e da política pública através de sua atividade decisória orientada para dar efetividade às normas, ante a necessidade de garantir direitos substanciais e procedimentais.

18. Como função criadora do direito (*law-makers*), os tribunais são chamados a interpretar e a decidir e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, e até mesmo criar o direito (regras com força cogente). Essa aproximação com a esfera política desloca, também, em certa medida, a histórica busca por direitos, inclusão e participação para o campo da atividade dos tribunais.

19. Isso não significa que magistrados sejam legisladores ou se confundam com eles, diferenciando-se em razão de sua passividade (inércia) no plano processual, estando a atividade decisória vinculada às partes e a situações postas concretamente (ainda que decididas em plano abstrato, como no controle de constitucionalidade), obrigados a agir com imparcialidade, devendo assegurar o direito dos interessados a serem ouvidos (*fair hearing*), atuando com suficiente grau de independência em relação às pressões externas e àquelas provenientes dos próprios poderes políticos.

20. Até que uma grande mudança de paradigma se opere, é fato incontestável que o Poder Judiciário desempenha atividade essencial à formação da coisa pública, decidindo questões que afetam, por exemplo, o exercício de direitos fundamentais e a execução de políticas públicas. Se é assim, deve se pautar pelo princípio democrático. Esta abertura democrática só é possível através da possibilidade de os interessados influenciarem nas decisões judiciais.

21. Não se desconsidera que, ao lado de uma postura mais ativa, mostra-se necessário que o Judiciário aja com cautela (com autocontenção), evitando-se, a pretexto substituir o legislador ou o gestor omissos, que abuse de suas prerrogativas, alvorando-se demasiadamente em esferas de competências alheias.

22. Este papel mais ativo não é uma escolha (discricionariedade) política do Judiciário, mas consequência do próprio ordenamento jurídico. O Poder Judiciário somente implementa essa opção, feita anteriormente pelo legislador, especialmente o constituinte. A margem de discricionariedade que os tribunais possuem insere-se dentro do que a constituição já determina, o que vincula, inclusive, a atividade interpretativa. Devem os tribunais e juizes obedecer ao ordenamento jurídico. Este é o limite e, neste aspecto, a questão política não é, nem deve ser, a principal questão por trás das decisões judiciais. O ativismo é da constituição, característica do modelo constitucional, e não do juiz.

23. A história demonstra como certos grupos vulnerabilizados (raciais, religiosos, econômicos etc.), marginalizados no contexto de determinados países, encontram nos tribunais acesso e proteção. Decisões de grande relevância, como a tomada pela Suprema Corte americana no caso *Brown x Board of Education* em 1954 se repetiram em diversos casos, muitos dos quais envolvendo a implementação de direitos sociais e avanços em busca da igualdade fática. A sentença do caso nasce de uma *class action*, tendo o pedido sido feito a partir de uma petição elaborada por um membro do grupo. Outro exemplo é extraído do caso *Gideon v. Wainwright*, a partir do qual se operou relevantes modificações no tocante a assistência jurídica norte-americana.

24. A atividade judiciária tem a potencialidade de ser altamente democrática e sensível às aspirações sociais das mais diversas esferas da população, inclusive as mais desfavorecidas, sendo necessário, contudo, certas condições para que isto seja realidade, o que passa pela acessibilidade ao sistema de justiça.

25. A partir de 1970, a expressão acesso à justiça começa a adquirir os contornos atuais, com forte contribuição do Projeto Florença, passando a significar algo mais amplo, no sentido da capacidade de pleitear justiça perante várias instituições, governamentais ou não. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais (acesso às cortes de justiça) ou, quanto muito, após a Segunda Guerra Mundial, à assistência judiciária ou à igualdade perante a lei.

26. As transformações conceituais e teóricas em torno da expressão acesso à justiça acompanham a visão de mundo subjacente aos respectivos paradigmas históricos no qual está inserida. A noção do que seja um paradigma se vincula a existência de um contexto que irá

nortear todo um sistema. Sua aplicação foi sendo também incorporada ao direito, na medida em que se considera a existência de uma ciência jurídica.

27. A primeira concepção de acesso à justiça foi desenvolvida no âmbito das codificações do Estado de Direito, no contexto de sua fase liberal, referindo-se essencialmente ao direito que fosse invocado pelo autor (que tivesse condições de promover uma ação por seus próprios meios), evidenciando-se um espectro de igualdade puramente formal, o que significava tratar as partes abstratamente, desconsiderando eventuais diferenças pessoais dos envolvidos.

28. O paradigma social ganha espaço a partir do momento em que os direitos sociais passam a ser reivindicados como obrigação e não mais como caridade, tendo como marco o chamado Estado de bem-estar social. Medidas socioassistenciais, por meio da intervenção do poder público, voltadas para grupos e pessoas desfavorecidas, passam a constituir parte do que é considerado necessário ao desenvolvimento do cidadão e da sociedade, como complemento ou extensão aos direitos civis e políticos, considerando-se, também, a ideia, cada vez mais difundida, de que a mera enunciação nas normas não era suficiente para garantir igualdade material, sendo necessário reconhecer as diferenças e proteger os mais vulneráveis.

29. Se, em um primeiro estágio, o parlamento foi o grande protagonista, no segundo este papel se desloca ao administrador. Além disso, os poderes judiciários passam a se voltar ao atendimento do compromisso social, de modo que, guiado por certas finalidades públicas, sociais e econômicas, os tribunais passam a ser, também, um espaço destinado a transformações sociais. Naturalmente, há uma preocupação com a adequação da técnica processual neste novo panorama. O acesso à justiça, não mais em seu aspecto puramente formal, vai adquirindo contornos de centralidade na processualística moderna.

30. O paradigma social acabou desaguando em uma jurisdição surda, ocasionando certo déficit de legitimação, assim como ocorreu no contexto liberal, no qual um sistema excludente era incapaz de sustentar a legitimidade de uma filosofia que entoava bases no lema da igualdade e da solidariedade.

31. O paradigma do Estado Democrático de Direito, não ignorando os problemas e os avanços dos estágios anteriores, com o reconhecimento de direitos individuais e a materialização de direitos sociais para a promoção da cidadania, especialmente no que representaram para as respectivas épocas, se volta a uma perspectiva mais participativa, plural e aberta do acesso à justiça, no qual os participantes da sociedade possam influenciar, como destinatários e, ao mesmo tempo, protagonistas, na ordem jurídica.

32. O sistema processual sofreu alterações em sua concepção. No paradigma liberal, em uma perspectiva privatista, apresentava-se como um instrumento privado voltado a

resolução de conflitos, de forma que atividade jurisdicional era reativa, com comportamento passivo dos tribunais, satisfazendo a igualdade formal entre as partes. Na moldura do Estado Social, esse panorama começa a se alterar, passando o processo a ser visto como um instrumento de potencial transformação social (portanto, de inclusão de pessoas e grupos excluídos, como as minorias e os pobres), como uma instituição decorrente do Estado de bem-estar, exigindo, no contexto do Estado Democrático, espaços de argumentação, motivo pelo qual a visão instrumentalizada do processo e da jurisdição não é suficiente.

33. Em sua concepção democrática, o acesso à justiça exige uma estrutura procedimental que viabilize a participação tanto de instituições (públicas e privadas, com representatividade adequada para a defesa dos direitos) quanto dos indivíduos diretamente, respeitando a autonomia desses sujeitos, membros do grupo atingido pelas decisões que serão tomadas, com destaque para comunidades que enfrentam maiores obstáculos em razão de fatores que os tornam vulneráveis.

34. A publicação dos estudos desenvolvidos no bojo do Projeto Florença impulsionou um movimento de acesso à justiça pautado na premissa de que sua efetividade está vinculada à justiça social, com evidentes influências no Brasil.

35. Nos estudos do Projeto de Florença, é realizada uma abordagem através da identificação de obstáculos ao efetivo acesso à justiça, estruturados em três eixos. O primeiro relacionava-se aos altos custos do processo, englobando as taxas judiciárias e os honorários advocatícios, que deveriam ser suportados pelas partes. O segundo se ligava às possibilidades das partes, o que envolve aspectos relacionados à capacidade pessoal (como o *status* social, o acesso à informação, a qualidade do oponente e a aptidão de suportar os ônus financeiros do litígio por mais tempo) e coloca alguns litigantes em posição de vantagem ou desvantagem processual. O terceiro, relativamente aos interesses difusos, apontando para questões diretamente relacionadas à capacidade do indivíduo para a defesa coletiva de direitos.

36. Diante dos obstáculos formulam-se soluções, chamando-as de “ondas renovatórias” do acesso à justiça, quais sejam: (1ª) assistência jurídica aos pobres, (2ª) coletivização do processo e (3ª) amplo acesso à justiça (ou enfoque do acesso à justiça). A visão individualista do devido processo judicial cede espaço e se funde com uma concepção coletiva e, portanto, social.

37. Se o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, como aduz o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, ou seja, se tem suas bases na soberania popular e na norma ápice do ordenamento, que estabelece o Estado Democrático de Direito, é certo que isso deve ser refletido em todos os

poderes, instituições, entidades e pessoas que fazem parte da sociedade. Todos, portanto, devem ser democráticos. Democracia, por sua vez, pressupõe participação (diretamente ou por meio de representantes).

38. A participação nas decisões dos tribunais representa, de certa forma, uma atualização do exercício da democracia pelo cidadão da antiga *polis*, onde o tribunal é uma espécie assembleia, dentre as várias existentes nas sociedades modernas complexas, a partir da democratização das instâncias de poder. Naturalmente, é preciso uma organização diferente daquela que antes convinha aos antigos.

39. A democracia moderna é o pluralista (embora essas ideias não estejam obrigatoriamente associadas, já que pode haver uma sociedade pluralista que não seja democrática, como a feudal, e vice-versa). De toda forma, democracia e pluralismo não são concepções inconciliáveis.

40. O pluralismo, que envolve diversos pontos de vista diferentes e até mesmo colidentes, leva a outra característica essencial da sociedade (e por consequência, da democracia) moderna, que é o dissenso, na medida em que opiniões divergentes devem ser aceitas, desde que não descambem para a intolerância.

41. O Dissentimento deve ocorrer dentro de espaços onde as regras do jogo estejam bem estabelecidas.

42. Embora as teorias e modelos democráticos pensados para a atividade eminente política dos parlamentos não possam ser simplesmente transplantadas para o plano do Judiciário, elas podem ser aproveitadas e contribuir para o aprimoramento do sistema de justiça.

43. O só fato de um terceiro (juiz ou tribunal) ter que adotar uma decisão final, se não houver composição entre as partes, não afasta o carácter democrático-deliberativo que deve iluminar o processo.

44. A importância de se possibilitar a solução dialogal, pluralista e participativa é visualizada já na própria tendência adotada pelos ordenamentos processuais modernos que estimulam a solução consensual dos litígios, antes ou durante o curso do processo judicial. Uma reforma neste sentido parece já estar em curso, o que se evidencia pelas tendências do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que incentiva a solução consensual dos litígios a qualquer tempo, assim como projeta o maior protagonismo e autonomia das partes interessadas.

45. Nos procedimentos judiciais, a participação ora poderá ser direta ora se dará por representação (em sentido amplo, incluindo a chamada legitimação extraordinária), exsurgindo, daí, a necessidade de que o sistema de justiça seja estruturado para tanto. Por

sistema de justiça compreende-se tanto as instituições que o compõem (Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, advocacia pública e privada etc.) quanto os procedimentos que são adotados.

46. No atual estágio de desenvolvimento, não é possível dispensar o apoio institucional/representativo, especialmente no que concerne aqueles mais vulnerabilizados, nada obstante seja necessário estimular, cada vez mais, os meios de atuação direta das pessoas.

47. O pressuposto da igualdade de fala e de armas ratifica que, no plano processual, a representação (a exemplo da assistência jurídica a pessoas vulneráveis), pelo menos no atual estágio de desenvolvimento, mostra-se importante, devendo ser conjugada com formas de participação direta, como forma de potencializar a proteção de direitos e, ao cabo, fomentar o próprio processo emancipatório e de aquisição de autonomia plena. Com efeito, indivíduos e grupos vulneráveis devem tanto ser capacitados e instrumentalizados para, livremente, serem capazes de deliberar (em busca de consensos) quanto a salvaguarda de seus direitos, pela própria vulnerabilidade, deve ser reforçada por meio da representação processual por instituições que se voltem a tal mister.

48. Além do número de pessoas que participam dos processos decisórios, a democracia se mede pela quantidade de espaços nos quais se exercita a participação democrática. Os tribunais estão entre estes fóruns.

49. Na medida em que os processos permitem e estimulem a deliberação sobre os temas a serem decididos e sobre as próprias regras do procedimento, eles serão, nesta perspectiva democrática, considerados legítimos. Isto exige que os participantes possam, em foros adequados, apresentar suas razões publicamente, fazendo isso de forma livre e igualitária.

50. Não há processo, no sentido moderno da palavra, sem dialeticidade, sendo essa uma de suas típicas características. O contraditório é realizado por meio do embate dialético, que envolve posições diversas (o dissenso) e que, em um esquema básico, forma a triangulação entre juízes e partes. Não raro, essa estrutura é bem mais complexa, de forma que, ao lado do julgador e das partes, outros atores aparecerão, como a figura do *custos legis*, assim como que, no conceito ampliado de parte, deve-se incluir todos os interessados, ou seja, partes no sentido estrito e interessados no resultado da demanda, direta ou indiretamente.

51. Mostra-se, como exigência do Estado Democrático de Direito, necessário que se abra a possibilidade de participação dos destinatários nos atos de decisão, incluindo-se as do Poder Judiciário. Ao cabo, aqui se reconhece o direito fundamental de participação nos procedimentos. Processo, assim, é definido pelo contraditório, no sentido de interveniência dos destinatários na formação das decisões, sendo o direito de ação um direito cívico.

52. A relação entre ação popular e democracia é evidente, considerando tratar-se aquela de um instituto de natureza política e essencialmente democrática, mediante a qual atua uma forma de participação do cidadão na vida pública. Está inserida no que se pode denominar de democracia judicial, que é resultado da irradiação do princípio democrático aos procedimentos judiciais (de forma mais ampla, a todo o sistema de justiça) e que, portanto, necessita ser lida à luz das reflexões em torno da democracia.

53. A evolução do processo para incluir as ações coletivas, ao lado das individuais, possui também um significado político e social. Evidentemente, a referência é ao sentido mais nobre da expressão, desvinculado da política partidária, na medida em que a facilitação da ação coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes.

54. No estado atual da arte, é possível defender que o direito processual coletivo constitui um novo ramo da ciência jurídica, com princípios e institutos próprios, cujo objeto se volta à tutela jurisdicional dos interesses ou direitos essencialmente ou acidentalmente coletivos.

55. A ampliação de enfoques extremamente voltados à atomização dos litígios, como é o caso dos juizados especiais, contribuiu para a crescente judicialização desenfreada, que, em seu viés quantitativo, designa a ampliação massiva de casos que são levados ao Judiciário. Embora se reconheça seus aspectos positivos, estes modelos se voltam para níveis individuais das demandas que não são capazes de atingir aspecto substanciais (não atacam as causas do problema), além de se revelarem antieconômicos.

56. Não se postula a supressão destas soluções (ou ondas de superação aos obstáculos ao acesso à justiça), a exemplo dos juizados especiais, senão compreende-se que diversos subsistemas devem se integrar, visando o aprimoramento do sistema em geral, o que passa pelo fortalecimento das vias de tutela coletiva dos direitos, inclusive como forma de sobrevivência daquelas outras que se destinam à análise individualizada das questões, especialmente no que concerne ao aspecto quantitativo, que vem se tornando também um óbice ao funcionamento e ao acesso à justiça. Além disso, é plenamente possível combinar, por exemplo, meios de solução extrajudicial com o tratamento coletivo. Em qualquer caso, é possível viabilizar a participação dos interessados.

57. A participação na construção da vontade pública deve ser estimulada e exercitada, garantindo-se a todos a igualdade para influenciar na tomada de decisões (seja no campo legislativo, executivo ou mesmo judiciário).

58. A ação popular é instrumento de participação no Estado de Direito.

59. Em regimes republicanos, e sob o paradigma democrático, a ação popular encontra terreno fértil ao seu desenvolvimento e expansão.

60. Enquanto instrumento que fomenta a participação, a ação popular contribui para a valorização do indivíduo, sem descuidar de sua relação com o todo (a coletividade na qual está inserido).

61. Desde os antigos, com o surgimento da cidade-estado, é comum a ideia de que, além da sua esfera de vida privada, o cidadão se insere em um *bios politikus* (um ambiente político). Nesta perspectiva, pode (no sentido de faculdade, mas também como um dever) um sujeito atuar em benefício do todo, da mesma forma na qual pode uma coletividade beneficiar o indivíduo.

62. A expressão “interesse coletivo” encontra algumas acepções. De forma mais restrita, trata-se de uma entidade autônoma, distinta de seus membros. Em uma segunda acepção, significa a soma de interesses individuais, meramente justapostos para serem exercidos coletivamente. Em terceira possibilidade, representa uma síntese (não a soma) de interesses, superando o limite do interesse pessoal do grupo e a mera justaposição dos interesses de seus integrantes.

63. Por meio da acumulação cultural, cada geração é capaz de agregar melhorias aos valores da anterior, assim como transmiti-las à seguinte. Neste cenário, a antiga *actio popularis* e moderno conceito de ação popular se relacionam e devem ser levados em consideração para o estudo e o aprimoramento do instrumento processual.

64. A ação popular configura uma garantia constitucional de tutela coletiva do direito pelo próprio membro do grupo que possa ser atingido pela decisão. Inclui-se, aqui, o exercício da cidadania, na medida em que a *res publica* (coisa pública), como a própria expressão já deixa evidente, é de interesse de todos que compõem certa sociedade.

65. Uma perspectiva de tutela coletiva global deve envolver ações e instrumentos que tutelem direitos de indivíduos, de grupos organizados e de grupos desorganizados (neste último caso, só por isso, vulnerabilizados, atraindo a ideia de vulnerabilidade ou hipossuficiência organizacional). A representação, em juízo ou extrajudicialmente, poderá ser feita, em tese, por iniciativa da própria pessoa ou do grupo; ou por associações, autoridades ou instituições as quais seja reconhecida legitimidade para tanto. Esses diversos modelos de legitimação não são necessariamente excludentes.

66. A questão de quem deve ter legitimidade, é dizer, de quem pode representar um grupo de interesses em um tribunal configura um importante elemento de um sistema normativo que se volta à tal tipo de tutela. Um sistema completo parece passar por uma

legitimação ampla, que inclua a capacidade: do sujeito, para agir sozinho, de forma autônoma e independente dos demais; dos grupos de indivíduos (aglutinados por interesse comum, associando-se); de instituições, com autorização para atuar de forma independente. Complementarmente a tudo isso, imprescindível é que se garanta apoio técnico, via assistência jurídica pública, sob pena de deixar de fora, excluídos do acesso à justiça, os grupos e membros dos grupos mais vulneráveis.

67. A solução apontada passa por um sistema que integre a ação de organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e grupos privados, direta ou indiretamente interessados, que possam iniciar ou intervir nos procedimentos que versem sobre direitos coletivos. Essa ampla legitimação possui também o potencial de eliminar privilégios.

68. Os argumentos contrários à legitimidade dos indivíduos para as ações coletivas não constituem barreiras insuperáveis. Trata-se mais de obstáculos ao acesso à justiça que, por isso, precisam ser superados.

69. Alguns países atribuem legitimidade ao indivíduo para a tutela processual coletiva. Embora se possa afirmar que o Brasil adota um modelo plural, fora do âmbito da ação popular, todavia, indivíduos, sejam ou não membros da coletividade afetada, não possuem legitimidade para processar em nome dos interesses do grupo. O papel atribuído ao membro, nas ações que estão inseridas no gênero Processo Coletivo, ainda é tímido.

70. Há dois modelos (*standards*) fundamentais de tutela de interesses supraindividuais, que emergem do cenário internacional e inspiram outras variações, servindo como pontos de referência. Um é aquele que existe, sobretudo, nos Estados Unidos (*class actions*), adotado, com alterações e adaptações, em outros países, incluindo aqueles de sistema *civil law*. O outro padrão é aquele adotado em parte dos países europeus (*Verbandsklage* - associativo ou de ação associativa), na Europa continental, ainda que não de forma absoluta, que não seguiram o modelo das *class actions*.

71. As dinâmicas e os modelos adotados em sistemas de *common law* e *civil law* têm sofrido modificações, movendo-se um em direção ao outro, de maneira que, sem abandonar seus propósitos iniciais, incorporam novos instrumentos e tendências. Exemplo disso é o caso brasileiro, que adotou de forma dominante o modelo das *class actions*, porém, com diversas adaptações.

72. O modelo brasileiro, denominado de “processo coletivo”, se distanciou do das *class actions*, tendo uma característica híbrida, uma ponte entre os modelos da *common law* e *civil law*, adquirindo autonomia e permitindo o reconhecimento de situações jurídicas passivas como direitos fundamentais.

73. De forma geral, os membros de um grupo podem ser considerados fictamente presentes em um processo coletivo através de três técnicas: sua presença obrigatória; o direito de inclusão (*right to opt in*); e a técnica de exclusão (*right to opt out*).

74. A utilização da ação popular é, numericamente, inferior, quando comparada à ação civil pública, no Brasil. Todavia, a quantidade de ações populares não é baixa comparativamente com as *class actions* propostas a cada ano nas cortes estaduais e federal dos Estados Unidos e com relação a países da Europa.

75. Em sentido amplo, o termo ação popular pode ser usado para se referir a quaisquer ações cuja legitimidade está sendo deferida a qualquer do povo. Ou, ainda, até mesmo ações movidas por instituições, visando resguardar interesses públicos relevantes.

76. Em sentido estrito, a ação popular inclui-se naquelas disposições assecuratórias previstas no texto da lei fundamental que, em defesa dos direitos, controlam o poder e protegem os direitos, em especial do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição de 1988.

77. A ação popular figura como cláusula pétrea, incluindo-se na regra do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que expressamente exclui do poder de emenda os direitos e garantias fundamentais, de modo que não pode sofrer supressão pelo poder reformador ou sequer ser restringida.

78. A ação popular configura garantia constitucional de natureza político-jurídica que se afina com a essência democrática, mediante a qual realiza-se uma forma de participação do cidadão na vida pública. Seu exercício é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. A regra constitucional não impede que o instituto seja ampliado, por meio de legislação ordinária, é dizer, sem a necessidade de alteração do texto constitucional.

79. Em suas origens, no Direito Romano, a conotação conceitual das ações coletivas é dada pela conjugação de dois elementos: a defesa do interesse coletivo e a legitimidade *ad causam* a qualquer pessoa do povo. Na origem, liga-se à ideia de conferir ao membro da comunidade (cidadão romano) legitimação para defender o corpo coletivo no qual estava inserido, ainda que, naquele período, a noção de Estado, como existente hoje, ainda fosse incipiente

80. Não havendo distinção entre interesse público e privado, o autor da ação popular, ao agir, estaria naturalmente defendendo interesses que eram seu e, também, geral, como membro da comunidade que agia em função dos anseios daquele e desta, os quais se confundiam. Na própria Roma, todavia, o instituto evolui, passando a dispensar o interesse pessoal.

81. Pode-se dizer que a *actio popularis* se voltava para a proteção do que hoje representam os direitos difusos, é dizer, um interesse que não é privado, tampouco propriamente público, encontrando-se em uma zona intermediária.

82. As ações populares são obscurecidas no curso da Idade Média. Reaparece na Era moderna, com a ascensão do Estado de Direito. No direito moderno, aponta-se como primeiras aparições da ação popular leis na Bélgica (lei comunal de março de 1936), na França (lei comunal de 1937) e Itália, berço do instrumento, com a lei eleitoral de 1859, além de outras que vieram na sequência naquele país. Liga-se ao retorno a um sistema que se pauta pela participação do povo na vida pública. Não se tratava, todavia, de simplesmente de ressuscitar as velhas ações populares do direito romano, havendo diferenças de natureza e de finalidade, embora conceitualmente haja conotações idênticas, é dizer, manifestações diversas de um instituto conceitualmente único.

83. No Brasil, a ação popular aparece na Constituição Imperial de 1824, quando, referindo-se aos juízes, previa que “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”.

84. A Constituição Republicada de 1891 não previu a ação popular. Embora tenha sido prevista na de 1934, enfrentou resistências, não havendo notícias de sua utilização no período. A ação popular volta a desaparecer do texto constitucional de 1937. Ressurge, com maior amplitude, na Carta de 1946. Em 1965, veio à lume a Lei 4.717, a Lei da Ação Popular. Antes, duas leis ordinárias haviam previsto outras ações populares supletivas, é dizer, sobre temas não constantes expressa e literalmente no texto constitucional. A Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 01 de 1969 mantiveram a previsão da ação popular, mas com nova redação, mais restrita.

85. A Constituição de 1988 trouxe previsão da ação popular buscando aperfeiçoar o instrumento, como corolário da democracia. A ação teve seu objeto ampliado, aumentando-se sua abrangência e o âmbito de admissibilidade.

86. São requisitos da ação popular a condição cidadão-eleitor, a ilegalidade e a lesividade. Discute-se se a ilegalidade e a lesividade devem estar sempre presentes.

87. São mais tranquilas e uníssonas as afirmações de que houve a ampliação do objeto da ação com o novo texto constitucional e de que a lesividade não necessita ser de cunho patrimonial.

88. O objeto da ação popular envolve qualquer ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, considerando-se como tal bens e direitos de

valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, o meio ambiente, o patrimônio cultural e a moralidade administrativa. Trata-se, como se verifica, de cláusulas abertas e bastante amplas. Pode envolver bens materiais e imateriais e a lesão pode ocorrer por ação ou omissão do agente.

89. A ação prevista no texto constitucional brasileiro confere a legitimidade a qualquer cidadão. Trata-se de iniciativa concorrente e disjuntiva, não havendo impedimento para que mais de uma pessoa legitimada atue em litisconsórcio (facultativo), inicial ou ulterior, no polo ativo (artigo 5º, LXXIII, da CRFB/88 e artigo 6º, § 5º, da Lei 4.1717/65). A lei informa que a prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda (artigo 1º, § 3º, da Lei 4.1717/65).

90. Não basta, ser brasileiro, porque a legislação exige a condição de cidadania ativa, ou seja, a prova da condição de eleitor, é dizer, deve-se estar no gozo dos direitos políticos. Essa exigência acaba excluindo parcela considerável da população. O uso da expressão “qualquer pessoa”, assim como faz a previsão do *habeas corpus*, em substituição ao “cidadão”, pode contribuir para o aperfeiçoamento da ação popular.

91. A ação popular está prevista no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser lida de acordo com o *caput* do dispositivo, conferindo a legitimação a qualquer nacional (não apenas o eleitor) e, também, aos não nacionais (nos termos da constituição, aos estrangeiros que se encontrem em território nacional).

92. A ação popular situa-se no contexto do *status activus*, especialmente em seu viés *processualis*, embora, quando exerça sua legitimidade, ajuizando a ação, o autor também atue enquanto ser político, atraindo a face *politicus* do *status* em alguma medida.

93. Na ação popular, o cidadão-autor atua como substituto processual, agindo em legitimação extraordinária, em nome próprio, defendendo direitos alheios (da comunidade ou dos membros da comunidade, em agrupamento), embora também possam ser seus. Age, portanto, substituindo a coletividade, titular do direito.

94. No atual cenário jurídico brasileiro, não é necessário que o cidadão comprove interesse subjetivo na causa, embora se possa presumir que sempre estará presente, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, quando se defende um direito da coletividade no qual está inserido.

95. Até que seja modificada, a Lei 4.717/1965 deve ser lida à luz do texto constitucional, continuando em vigor, salvo no que conflite com o texto constitucional. Ainda, seus dispositivos devem ser lidos no contexto do microsistema do processo coletivo.

96. Embora não seja conferida legitimação às pessoas jurídicas privadas e instituições públicas para o manejo da ação popular, não se deve perder de vista a importância de duas delas, dada a relevância dos papéis que desempenham nestas ações: a Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*) e o Ministério Público (*custos iuris*).

97. A posição do Ministério Público na ação popular é de parte pública autônoma. Exerce uma atividade multifacetária, como é de sua própria essência: assume a titularidade caso o autor desista ou abandone a ação; atua como fiscal do ordenamento, acompanhando a ação; impulsiona a produção probatória; deve realizar a execução do julgado caso o cidadão não execute; pode recorrer de sentenças e outras decisões proferidas na ação; não pode, todavia, assumir a atribuição de defesa dos autores do ato impugnado.

98. No que diz respeito à Defensoria Pública, sua função é de reforço ou de salvaguarda ao cidadão vulnerável. Há duas relevantes posições que podem ser ocupadas pela Defensoria Pública em uma ação popular. Primeiramente, pode ajuizar uma ação popular como representante processual do cidadão vulnerável, que é legitimado. Em segundo lugar, verifica-se a possibilidade de intervir em uma ação popular já em curso, por meio do que vem sendo denominado de *intervenção custos vulnerabilis*.

99. Embora tradicionalmente pensada – como o processo em geral – na perspectiva das demandas individuais, a assistência jurídica necessita de novos contornos, mormente de um aparato instrumental que possibilite adequadamente representar e tutelar os interesses dos membros do grupo cujos interesses estarão sendo discutidos em juízo, situação verificável no caso do modelo de Defensoria Pública adotado pelo Brasil, cuja instituição é dotada da função de tutelar os direitos tanto individuais quanto coletivos dos necessitados, por expressa disposição constitucional.

100. Sem assistência jurídica, conferir legitimidade para o manejo da ação popular (ou qualquer outra) será letra vazia para grande número de pessoas, criando-se um obstáculo e disparidade fática quanto à real possibilidade de participação.

101. A análise de modelos comparados de assistência jurídica e seu histórico aportam elementos para a construção de um sistema mais efetivo.

102. O modelo americano de assistência jurídica foi desenvolvido a partir da atividade ativa dos tribunais, enquanto, no Brasil, partiu da atividade legislativa, embora o Supremo Tribunal Federal tenha exercido relevante papel de proteção a esse modelo.

103. A fim de possibilitar ampliação responsável da ação coletiva, sem que isso represente maiores riscos ou estimule demandas temerárias, sugere-se um modelo de controle da representação em dois filtros. Nos casos em que a ação popular envolva pessoa

beneficiária de assistência jurídica, portanto, vulnerável para fins de acesso à justiça, o controle de idoneidade do representante na ação popular poderia ser realizado: primeiro, pela própria Defensoria Pública, antes do ajuizamento da ação; segundo, pelo Tribunal, após o ajuizamento. Nos casos em que a ação seja patrocinada por advogado, seja ou não o autor necessitado, o controle da representação, em seu primeiro filtro, poderia ser realizado pelo Ministério Público, como fase inicial da ação judicial. A diferença estaria unicamente na primeira fase: atuando a Defensoria Pública, o controle primeiro seria realizado ainda no âmbito extrajudicial. Não sendo o caso, seria realizado pelo *Parquet, in limine*, no bojo da ação.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito, 2013.
- ALENCAR, José de. **Sistema representativo**. Rio de Janeiro: Garnier, 1869.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba: Juruá, 2017.
- ANZOÁTEGUI, Victor Tau. **Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**: condição e significado da revolução. Tradução de Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. *E-book Kindle*.
- ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.
- ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. **Entre togas e grilhões**: o acesso à justiça dos escravizados no Maranhão oitocentista (1860-1888). 2020. 170 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- BARBOSA, Ruy. **República**: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; DONKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 40–65, out. 1954.

BOBBIO, Noberto. A política. *In*: SANTILLÁN, José Fernandes. **Noberto Bobbio: o filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Noberto. **Teoria geral da política**. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 2**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 15 abr. 2020. Publicado em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 8.605**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 17 out. 2013. Publicado em: 7 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (RG) 824781 RG/MT**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 8 out. 2015. Publicado em: 9 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 365**: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 439.854/MS**. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 8 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.386.342/PR**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Publicado em: 2 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 22.123/MG**. Primeira Seção. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em: 14 abr. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 47.950/DF**. Primeira Seção. Relator: Min. Denise Arruda. Publicado em: 7 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 107.109/RJ**. Primeira Seção. Relator: Min. Castro Meira. Publicado em: 18 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.192.563/SP**. Primeira Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.220.667/MG**. Primeira Seção. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicado em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial 895.530/PR**. Primeira Seção. Relator: Min. Eliana Calmon. Publicado em: 18 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial 962.250/SP**. Corte Especial. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 15 ago. 2018. Publicado em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 945.238**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 9 dez. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 401.964/RO**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 out. 2002. Publicado em: 11 nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 479.803/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 22 ago. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.130.754/RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 11 mar. 2014. Publicado em: 17 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.213.614/RJ**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 1 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.242.800/MS**. Segunda Turma. Publicado em: 14 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.405.697/MG**. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Belezze. Julgado em: 15 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.422.427/RJ**. Relator: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.447.237/MG**. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 16 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.559.292/ES**. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicado em: 23 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.585.794-MG**. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em: 28 set. 2021. Publicado em: 1 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.649.087/RS**. Relator: Min. Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em: 2 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.974.436/RJ**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 22 mar. 2022. Publicado em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.978.138/SP**. Quarta Turma. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Popular 0802206-97.2015.4.05.8100**. Utilização de veículos de luxo. 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação popular 0808480-77.2015.4.05.8100**. Sistema de Saúde dos Senadores. 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Popular 1023852-89.2019.4.01.3400**. 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Distrito Federal.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do medievo à idade moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON, Earl. **Toward equal justice**: a comparative study of legal aid in modern societies. Milan: Giuffrè, 1975.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Ação Popular nº 0862850-27.2014.8.06.0001**. Festa de inauguração de Centro de Eventos do poder público estadual. 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Ações Coletivas – PAINEL CACOL**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 2 mai. 2021.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y división de poderes hoy**. Ed. Ciudad Argentina, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. **Sujeto de derecho**: entre estado, género y cultura. Santiago: Ediciones Olejnik, 2016.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Arned, 2009.

DENIS, Léon. **Socialismo e espiritismo**. São Paulo: Matão, 2018.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 4. v. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Elements for a Theory of the Structural Process Applied to Brazilian Law. **Revista de Processo**, v. 303/2020, mai. 2020, p. 45–8.

DISTRITO FEDERAL. **Ação popular nº1022047-33.2021.4.01.3400**. 2º Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. 3ª tiragem. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 27. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

ECONOMIDES, Kim; TIMOSCHANKO, Aaron; FERRAZ, Leslie S. Justice at the edge: Hearing the sound of silence. **Adelaide Law Review**, The, v. 41, n. 1, p. 39-85, set. 2020.

ESPÍRITO SANTO. Ação Popular nº **0007031-68.2021.8.08.0024**. 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória/ES.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

EUROPEAN. Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law. Brussels: **European Union**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013H0396>. Acesso em: 24 jan. 2022.

FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para os novos tempos**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FOLJANTY, Lena. **Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor**. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 2, p. 89-107, 2015.

FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FORELL, Suzie; GRAY, Abigail. Outreach legal services to people with complex needs: what works? **Law and Justice Foundation of New South Wales**, Sydney, Paper 12, p. 1-23, oct. 2009.

FRANCO, Renato; PATUZZI, Silvia. Governar a miséria: escravidão, pobreza e caridade na América portuguesa no início do século XVIII. **Revista de História**, n. 17, p. 1-27, 2019.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. New York: Verso, 2003.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão. *In*: FERRAZ, Leslie Sherida. **Repensando o acesso à justiça no Brasil**: estudos internacionais. Volume 2. Aracajú: Evocati, 2016. 2. v.

GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812**: la constitución jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GARTH, Bryant. **Prefácio à pesquisa nacional da Defensoria Pública 2021**. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/prefacio/>. Acesso em: 8 jul. 2021.

GEORGE, Orwell. **A revolução dos bichos**. Tradução de Editora Globo S.A. Rio de Janeiro: O Globo, 2003.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003.

GIDI, Antônio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil (Class actions in Brazil: a model for civil law countries). **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, v. 151, 2004, U of Houston Law Center n. 2006-A-14.ma.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020, DTR\2020\385.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. A autonomia da Defensoria Pública e o Supremo Tribunal Federal: o papel desempenhado pela Corte na proteção ao direito fundamental à assistência jurídica gratuita. *In*: ROCHA, Bheron; Maia, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia & Defensoria Pública**: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 195-218.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Intervenção *custos vulnerabilis* e o fim do debate sobre a legitimidade da Defensoria Pública para as ações populares. *In*: MAIA, Maurílio Casas. **(Re)pensando custo vulnerabilis e Defensoria Pública**: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 508-514.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; LEITÃO, Raissa Vianna; SOARES, Vitor Valdir Ramalho. Defensoria Pública e o paradoxo criado pelas novas formas de atendimento: adaptação institucional aos novos paradigmas tecnológicos e promoção da inclusão digital. *In*: ALVES, Cleber Francisco; AMARAL, Alberto Carvalho; MAIA, Maurílio Casas (Org.). **Defensoria Pública e covid-19 no cenário intra e pós-pandêmico**. Belo Horizonte: D'Plácido. p. 269-284.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. **Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor**. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista forense**, v. 361, n. 98, p. 3-12, 2002.

GUEDES, Demian. **Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo**. Belo Horizonte/MG: Letramento, 2016.

HÄBERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 55, p. 183-190, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system – a critique of functionalist reason**. Volume 2. Trad. Thomas McCarthy. Massachusetts: Beacon Press, 1987.

HALPERN, Charles R. **Public interest law: its past and future**. Id-Dritt, v. 7, p. 44-57, mar. 1976. Disponível em:
https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/123456789/62350/1/Public_interest_law_its_past_and_future_1976.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

HERZOG, Tamar. Sobre la cultura jurídica em la América Colonia (siglos XVI-XVIII). **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 65, p. 903-911, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. O “direito de Índias” no contexto da historiografia das colonizações ibéricas. In: DUVE, Thomas (coord.). **Actas del XIX congreso del instituto internacional de historia del derecho indiano**, Berlín 2016. 1. v. Madrid: Dyknsen, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Petrópolis: Vozes, 2020; ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Paula Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. **Delivering Collective Redress: New Technologies**. Oxford: Hart Publishing, 2018.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ILAG. National Report: Austrália. **Paper apresentado na Conferência do ILAG**. International Legal Aid Group, realizada em Haia (Hague), jul. 2013. Disponível em:

<http://www.internationallegalaidgroup.org/index.php/papers-publications/conference-papers-reports/category/8-national-reports>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ILAG. National Report: Austrália. **Relatório atualizado em 2017**. International Legal Aid Group Conference, 2017. Disponível em: http://www.internationallegalaidgroup.org/images/miscdocs/ILAG_Australia_Country_Report_2017.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado [Allgemeine Staatslehre]**. Tradução de Ferando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. *E-book*.

LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of 'Legal Transplants'**. Tradução de Gustavo Castagna Machado. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

LENDER, David. POLKES, Jonathan. **Class Actions: 2020**. Lodon: Law Business Research, 2019.

MACHADO, Lucas Silva. A boa-fé como dever natural: o art. 5º do CPC segundo a perspectiva do realismo jurídico. *In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. O novo CPC: parte geral*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 31-48.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio: discorsi**. Universidade de Brasília, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista eletrônica de direito processual**, Rio de Janeiro, Ano 12, v. 19, n. 3, set./dez. 2018.

MARQUES JUNIOR, William Paiva. Notas em torno do valor democrático no novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 35, n. 1, 2014, p.205-252.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Comentário ao art. 6º da Lei 4.717/65. *In: GOMES JÚNIOR, Luís Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coods.). Ação popular: aspectos relevantes e*

controvertidos. São Paulo: RSC, 2006.

MAZZEI, Rodrigo; DAL'COL, João Roberto de Sá. Ação popular no Brasil e em Portugal: alguns pontos de contato e de distanciamento. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 240, p. 317-344, fev. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 220, p. 33-47, jun. 2013.

MIOOTTO, Armida Bergamini. A Defensoria Pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano X, n. 38, p. 71-104, abr./ jun. 1973.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Tomo II. Campinas: Bookseller, 1999.

MOLINA, Juan Antonio. **A pandemia e o fim do neoliberalismo pós-moderno**. São Paulo: Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/a-pandemia-e-o-fim-do-neoliberalismo-pos-moderno/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Crimigração**: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 28, p. 7-19, dez. 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 187-, jan. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, p. 197-208, jan./jun. 1995.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, 2006, p.165-175.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, 45-50, out. 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PIERO, Calamandrei. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. **Comparative Contexts in Legal History**: are we all comparatists now? Florianópolis: Sequência, n. 70, p. 57-75, jun. 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República. Disponível em:
<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 out. 2021.

PORTUGAL. **Lei n. 83, de 11 de agosto de 1995**. Direito de participação procedimental e de acção popular. Assembleia da República. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/548464/details/normal?p_p_auth=e9qv3RbR. Acesso em: 18 out. 2021.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (DPLP)**. Disponível em:
<https://dicionario.priberam.org>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PULEIO, por Stella Maris Martínez y María Fernanda López. Entrevista al prof. Luigi Ferrajoli sobre la Defensa Pública. Realizada por Stella Maris Martínez y María Fernanda López Puleio. *In: Pena y Estado*: Revista Latinoamericana de Política Criminal. n. 5. Defensoria Pública. p. 109-110.

ROCHA, Jorge Bheron; CALDAS, Mariana Urano de Carvalho. A Autonomia integral da Defensoria Pública sob a ótica do novo Constitucionalismo. *In: Autonomia & Defensoria Pública*: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Paula Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In: LIVIANU, R. (coord.). Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <http://books.scielo.org>.

SADEK, Maria Tereza Aina. Estudos sobre o sistema de justiça. **O que ler na ciência social brasileira**, v. 4, p. 233-265, 2002.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-143.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**: O que aconteceu com o bem comum? Traduzido por Bhuvli Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; Rodríguez, José Luis Exeni (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La refundación del Estado en América Latina. *In*: Coraggio, José Luis, Laville, Jean-Louis (orgs.) **Reinventar la izquierda en el siglo XXI**: Hacia un diálogo Norte-Sur. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 299-315.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – *Qu'est-ce que le Tiers État?*** Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIMON, Joshua. **The ideology of creole revolution**: imperialism and independence in American and Latin American political thought. New York: Cambridge Press, 2017.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. Controle de políticas públicas de saúde pelo Judiciário. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 05, p. 4369-4379, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. Ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Fontenele T. da; MORAES, Humberto Peña de. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. 1984. Reimpressão, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade processual no novo CPC. *In* **Repercussões no novo CPC**. Coord. José Augusto Garcia de Souza. Salvador: Juspodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. **Revista de Derecho Privado**, v. 9, p. 23, 2005.

TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 11, n. 2, p. 405-422, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação popular e habeas data na nova Constituição brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 33, p. 153-176, out. 1991.

THOME, Joseph R. New models for legal services in Latin America. **Human Rights Quarterly, Baltimore**, v. 6, n. 4, p. 521-538, nov. 1984.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

USCOURTS. **History: Brown v. Board of Education Re-enactment**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 20 jun. 2021.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novo CPC: das normas fundamentais e a aplicação das normas processuais. *In*: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **O novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 11-30.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925**. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZANETI JR., Hermes. **Processo coletivo no Brasil: sucesso ou decepção?** *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 2, p. 11-40, mai./ago. 2019.

ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. **Processo coletivo**, Porto Alegre, v. 5, n. 4, 2014.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.