



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**PARA A GARANTIA DE CIDADANIA EM TEMPOS DE  
PLURALISMO: O ACESSO DEMOCRÁTICO E QUALIFICADO À  
JUSTIÇA E A CIDADANIA PLENA NO BRASIL**

Mayara de Carvalho Araújo

João Pessoa – PB  
2014

MAYARA DE CARVALHO ARAÚJO

**PARA A GARANTIA DE CIDADANIA EM TEMPOS DE  
PLURALISMO: O ACESSO DEMOCRÁTICO E QUALIFICADO À  
JUSTIÇA E A CIDADANIA PLENA NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

**Área de Concentração:** Direitos Humanos

**Orientador:** Prof. Dr. Narbal de Marsillac Fontes

**JOÃO PESSOA-PB**

**2014**



MAYARA DE CARVALHO ARAÚJO

**PARA A GARANTIA DE CIDADANIA EM TEMPOS DE  
PLURALISMO: O ACESSO DEMOCRÁTICO E QUALIFICADO À  
JUSTIÇA E A CIDADANIA PLENA NO BRASIL**

João Pessoa, 28 de março de 2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Narbal de Marsillac Fontes  
**Orientador**

---

George Sarmento Lins Junior  
**Membro Externo**

---

Fredys Orlando Sorto  
**Membro Interno**

---

Lorena de Melo Freitas  
**Membro Interno**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao PPGCJ/UFPB, por ter ampliado meus horizontes e contribuído para meu endurecimento: afinal, "*hay que endurecer*";

A CAPES, por ter me proporcionado condições materiais para realizar este mestrado;

A Fredys Sorto, com admiração profissional, pelo apoio e pelas contribuições advindas da troca de ideias na disciplina "Teorias Críticas da Cidadania" e da parceria estabelecida desde então;

A Dierle Nunes, com gratidão especial e carinho, pela confiança depositada, o apoio desinteressado e a fluidez do diálogo; é com grande satisfação que passo a trabalhar ao teu lado;

A Daniela Matias, com quem compartilhei as dores e os sabores do mestrado, pela amizade desprestenciosa, a "má influência" e a riqueza da convivência;

A Ana Laura Vilela, pelas discussões sobre pluralismo e América Latina e por me divertir constantemente com as conquistas e os desequilíbrios de uma diva;

A Hudson Revoredo, meu companheiro de caça e confidente, pela paciência e simplicidade e por sempre apostar na minha capacidade;

A Severina Ramos de Carvalho, pela prontidão da assistência e do incentivo;

A Símio e a Gosselin, por transformarem mesmo os dias mais pesados e rígidos em algo leve e inquieto.

Sem eles, minha formação e meu mestrado não teriam sido os mesmos.

Não se pode esperar de um prisioneiro que sirva de boa vontade na casa do carcereiro. Da mesma forma, de quem amputamos os membros seria absurdo exigir um abraço de afeto. Maior despropósito que isso só mesmo a vileza do aleijão que, na falta das mãos, recorre aos pés para aplaudir o seu algoz. Fica mais feio o feio que consente o belo; mais pobre, o pobre que aplaude o rico; menor, o pequeno que aplaude o grande; mais baixo, o baixo que aplaude o alto, e assim por diante. Imaturo ou não, não reconheço mais os valores que me esmagam. Acho um triste faz-de-conta viver na pele de terceiros. A vítima ruidosa que aprova o seu opressor se faz duas vezes prisioneira

(Raduan Nassar - Lavoura Arcaica)

## **Para a garantia de cidadania em tempos de pluralismo: o acesso democrático e qualificado à justiça e a cidadania plena no Brasil**

### **RESUMO**

Segundo a compreensão tradicional, o instituto da cidadania reconhece direitos e obrigações fundamentais em razão da vinculação de determinados grupos de indivíduos a uma ordem jurídica estatal. Essa noção distingue os indivíduos entre aqueles que são ou não cidadãos de dado Estado, como se concidadãos fossem dotados de certo status de igualdade. Olvida, contudo, discriminações internas enraizadas que distinguem os cidadãos de maneira gradual, em razão de sua maior ou menor correspondência a parâmetros homogêneos e seu pertencimento a classes sociais. Assim, mesmo Estados pretensamente democráticos oprimem de modo velado minorias qualitativas, afrontando direitos humanos e descumprindo deveres reconhecidos internacionalmente. O presente estudo parte dessa constatação, admite a existência de graduação de cidadania mesmo entre nacionais e propõe-se a analisar a contribuição específica do Judiciário brasileiro na manutenção das limitações de cidadania no país, seja por meio de violação direta, seja por intermédio de simples convivência. Desse modo, parte do seguinte questionamento: a atuação do Judiciário nacional tem contribuído na perpetuação da limitação de direitos de cidadania para grupos marginalizados mesmo enquanto busca a paridade de armas endoprocessual? Considera-se a hipótese de que se cabe ao Judiciário garantir a observância desses direitos e deveres e continua sendo possível constatar a existência de diferentes graus de cidadania no país, os parâmetros e a atuação em prol da isonomia não têm sido suficientes para solucionar o problema, o que pode ensejar a necessidade de rever os paradigmas que moldam a autocompreensão da Justiça e a forma como esta vê o cidadão brasileiro. Com isso, pretende-se, respondendo o problema, contribuir para os estudos sobre cidadania e acesso à justiça no Brasil, a partir da análise conjunta desses temas que, embora costumeiramente explorados de maneira isolada, atuam com sincronia na concretização e na violação dos direitos humanos no Brasil. Para tanto, adota-se o pluralismo jurídico como marco teórico e utiliza-se prioritariamente o método de abordagem dialético, analisando o Direito como parte da totalidade social. Os resultados alcançados indicam a necessidade de rever o instrumentalismo processual e reforçar a compreensão do processo como direito subjetivo, a ser satisfeito a partir da participação dialógica. Critica-se as limitações da teoria socializadora do processo, dentre as quais a politização do juiz, a morosidade processual e a busca pela eficiência do Judiciário segundo critérios empresariais. Propõe a adoção de um processo democrático qualificado e, por isso, tempestivo, efetivo, adequado e dialógico. Reconhece, também, a necessidade de modificar o parâmetro autocentrado com que se compreende o Direito, passando a analisá-lo de maneira plural, segundo o Estado plurijurídico e multicultural, e por intermédio do processo democrático.

**Palavras chave:** Direitos de cidadania. Cidadania gradual. Acesso à justiça democrático. Processo democrático qualificado. Pluralismo jurídico.

## **The guarantee of citizenship in times of pluralism: the qualified and democratic access to justice and the full citizenship in Brazil**

### **ABSTRACT**

The traditional understanding of the concept of citizenship recognizes rights and obligations by reason of the attachments of certain groups of individuals to a State law order. This notion distinguishes between individuals who are or are not citizens of one State, as if they possessed certain equal status. It overlooks, however, rooted internal discriminations that distinguish citizens gradually, due to its more or less correspondence to homogeneous parameters and their belonging to social classes. Accordingly, even supposedly democratic states oppress qualitative minorities in veiled manner, defying human rights and disregarding duties that are internationally recognised. The study discussed in this dissertation is based on such statement, and admits the existence of graduated citizenship even among Brazilians. Furthermore, this study proposes to analyse the specific contribution of the Brazilian Judiciary in maintaining the limitations of citizenship in the country, either through direct violation, or through simple connivance. Thus, the dissertation starts with the following question: the role of the national Judiciary has contributed to the perpetuation of the limitation of citizenship rights for marginalized groups even while seeking parity of into-the-process conditions? The hypothesis of this study is that it is up to the courts to ensure the observance of these rights and duties, and if different degrees of citizenship in Brazil can still be found, the parameters and actuation on behalf of equality have not been sufficient to solve the problem. It may lead to the need to revise the paradigms that shape the self-understanding of Justice and how it sees the Brazilian citizen. From the answer of this problem, the dissertation intends to contribute to studies on citizenship and access to justice in Brazil from the joint analysis of these themes - which though commonly operated in isolated way, they act in synchrony on implementation and violation of human rights in Brazil. For this, this study adopts legal pluralism as a theoretical framework that uses primarily the method of dialectical approach, analysing the Law as part of the social totality. The results indicate the need to revise the procedural instrumentalism and reinforce the understanding of the process as subjective right to be satisfied from the dialogical participation. The study criticizes the limitations of the socialization process theory, among which the politicization of the Judge, the procedural slowness and the pursuit of efficiency of the Judiciary according to business criteria. Then, the dissertation proposes the adoption of a qualified democratic process that is timely, effective, appropriate and dialogical. Finally, it also recognizes the need to modify the parameter self-centered that understands the Law, going to examine in different kinds of ways according to the multicultural and multilegal state and through the democratic process.

**keywords:** Citizenship rights. Gradual citizenship. Access to democratic justice. Qualified democratic process. Legal Pluralism.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1 CIDADANIA: DO SINGULAR AO PLURAL</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Da compreensão tradicional da cidadania</b>	<b>15</b>
1.1.1 Direitos de cidadania e status: o contributo de Thomas Humphrey Marshall	17
1.1.2 Estadania: a compreensão dos direitos de cidadania no Brasil	24
<b>1.2 Cidadania e pluralismo jurídico</b>	<b>34</b>
1.2.1 Do diálogo entre as culturas proposto por François Jullien	37
1.2.2 Do reconhecimento de graus de cidadania em uma mesma sociedade: a perspectiva de Benito Alaéz Corral	42
1.2.3 Classes e cidadanias em países periféricos: a contribuição de Jessé Souza	44
<b>2 A "CEGUEIRA DA JUSTIÇA": SOBRE OS OBSTÁCULOS À OBTENÇÃO DA CIDADANIA PLENA</b>	<b>51</b>
<b>2.1 Mudam os tempos e as compreensões do sistema processual</b>	<b>52</b>
<b>2.2 Limitações da cidadania no Judiciário</b>	<b>62</b>
2.2.1 Repercussões da politização do juiz	65
2.2.2 Crise do Judiciário, morosidade jurisdicional e exclusão cidadã	68
2.2.3 O dilema do resultado inútil do processo: Congestionamento processual e eficiência no Judiciário	75
<b>2.3 Exclusão no Judiciário: quando a compreensão contemporânea do processo não serve à contemporaneidade</b>	<b>81</b>
<b>3 PARA UMA COMPREENSÃO PLURAL DA JUSTIÇA: RECONHECENDO DIREITOS, CIDADÃOS E PROCESSOS</b>	<b>84</b>
<b>3.1 Por uma mudança de perspectiva: a proposta do processo constitucional democrático</b>	<b>85</b>
<b>3.2 A qualificação do processo constitucional democrático: por provimentos jurisdicionais tempestivos, adequados, efetivos e dialógicos</b>	<b>91</b>
<b>3.3 Acesso à justiça democrático e cidadania plena</b>	<b>96</b>
<b>3.4 Pela mudança de paradigmas: Direitos, cidadãos e processos</b>	<b>100</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>114</b>
<b>ANEXO I</b>	<b>124</b>
<b>ANEXO II</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

Ex colônia européia, com recente salto demográfico e forte militarização durante a polarização maniqueísta que dividiu o mundo entre socialistas e capitalistas, o Brasil pertence ao fenômeno classificado como “terceiromundismo <sup>1</sup>”, composto por Estados com característica explosão demográfica no decorrer do século XX desacompanhada, contudo, de proporcional desenvolvimento econômico e institucional.

Como foi comum ao terceiro mundo, dois traços caracterizaram a história brasileira, um deles mais recente, outro oriundo da colonização: a presença marcante de regimes autoritários de cunho militar no final do último século e a larga, porém velada, aceitação da existência de uma classe de indivíduos detentores de cidadania limitada concomitante aos possuidores de cidadania plena.

Sobre a primeira característica é importante frisar que, embora sua grande frequência em recente período histórico faça com que hoje pareça algo relativamente comum, os governos militares autoritários constituem especificidade das nações do terceiro mundo na Era dos Extremos<sup>2</sup>, constituindo verdadeira inovação desse período, com origem ligada à experiência mexicana ocorrida no século anterior.

Isso porque os golpes militares só tiveram espaço nesse período de governos insertos na realidade de um sem número de novos Estados sem instituições que gozassem de tradicional legitimidade e, por isso, acometidos por sistemas políticos mais tendentes ao colapso do que à governabilidade. Nesse contexto, os homens dos tanques eram, muitas vezes, os únicos com capacidade de ação política, principalmente pelo fato de, no período da Guerra Fria, não ser incomum o subsídio das Forças Armadas dos países aliados pelas superpotências em confronto.

Além disso, os regimes militares também encontraram viabilidade em razão do discurso dos direitos humanos ser recente no âmbito da América Latina<sup>3</sup>, razão pela qual não

---

<sup>1</sup> A compreensão de “terceiro mundo” aqui utilizada é a de Hobsbawn (2011, p. 339).

<sup>2</sup> Termo empregado originariamente por Hobsbawn (2011) para referir-se ao “breve século XX”.

<sup>3</sup> Quanto a esse aspecto, importante lembrar que, no que pese o discurso dos direitos humanos ter ganhado notoriedade na Europa após a segunda guerra mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), e, a partir de 1948, no sistema regional americano, através da instituição da Organização dos Estados Americanos (OEA), a incorporação desse discurso na América Latina é bem mais recente, estando fortemente vinculada às violações ocorridas durante os governos militares. Esse entendimento também é partilhado por Roniger e Szanajder (2004, p. 43) quando analisam as violações de direitos humanos ocorridas no Cone Sul em passado recente. Além disso, demonstração patente desse fato são as tardias ratificações feitas pela quase totalidade dos Estados latinoamericanos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, o Pacto de

se tratava da perda de algo amplamente garantido, mas antes da compreensão de algo essencial que não possuía materialização prévia.

Quanto ao segundo aspecto, constata-se que mesmo em contexto formalmente democrático e pluralista, há a hierarquização dos cidadãos por meio de distinções sociais implícitas, de forma a exceder a mera segregação por capital econômico e alcançar algo ainda mais enraizado, diferenciando-os também pelo domínio de capital cultural.

Disfarçada sob o manto do aparente universalismo e igualdade de condições tão defendidos na sociedade burguesa, essa distinção de capital cultural parece naturalizar-se na modernidade de modo tão opaco que muitas vezes soa desafiador desvelar as distinções sociais camufladas na noção de dignidade partilhada que parece homogeneizar o tipo humano.

Por essa razão, entende-se que uma teoria crítica dos direitos humanos devidamente adaptada à sociedade deve atentar para as causas que permitem e legitimam essa discriminação velada e a construção de cidadãos limitados. A formação dessa consciência é importante, uma vez que se tem em mente que só há efetiva dominação quando o reconhecimento do explorado legitima sua condição de inferioridade. Isso costuma ocorrer, todavia, de forma indireta, sem que se tenha compreensão exata da dominação e, ao contrário, sob o semblante de dissimulada justiça, como acontece por meio da difusão de ideologias.

Da análise desses dois aspectos, não é estranho constatar, na história nacional, a contínua violação a direitos humanos de, ao menos, um grupo específico de cidadãos. Essa violação encontra-se tão intimamente vinculada à compreensão de cidadão brasileiro que não é raro observar as instituições estatais, que deveriam garantir a observância dos direitos, contribuindo, em certa medida, para a violação destes.

Nesse sentido, por vezes, a atuação estatal mais afasta do que contribui para a concretização do *desenvolvimento como liberdade*<sup>4</sup>, ou seja, do desenvolvimento medido não a partir do Produto Interno Bruto *per capita* (PIB *per capita*) ou mesmo pelo Índice de

---

San José da Costa Rica, conforme se pode constatar no endereço eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **B-32: Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif..htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm)>. Acesso em: 12 abr 2013.

No mesmo sentido, Haroldo Abreu (2008, p. 11) ressalta que "A cidadania foi se tornando um tema recorrente, tanto nas reflexões acadêmicas quanto no processo político brasileiro, à medida que crescia a resistência contra as forças ditatoriais no decorrer dos anos 1970. Com a entrada em cena dos diversos movimentos dos subalternos e a maior unidade formal das estratégias oposicionistas, na segunda metade daquela década, a cultura dos direitos apontava para uma cidadania que não tínhamos (e que, do ponto de vista dos meios de objetivação de amplas liberdades públicas e de uma pactuação política que incorporasse os subalternos ao bem-estar e às conquistas civilizatórias, continuamos não tendo) [...]".

<sup>4</sup> Termo originariamente empregado por Amartya Sen (2000), em seu homônimo "Desenvolvimento como liberdade".

Desenvolvimento Humano (IDH), mas pelas liberdades substantivas a disposição dos indivíduos, que correspondem a parcela dos direitos de cidadania.

Nesse contexto, esta pesquisa parte da constatação de que existe, a um só tempo, indivíduos dotados de cidadania plena e outros possuidores de cidadania limitada numa mesma sociedade. Por essa razão, admite a possibilidade de auferir a cidadania, enquanto vinculada ao Estado Nação, a partir de graduações. Reconhece que essa característica é comum às sociedades modernas, sendo mais caricatural nos países periféricos<sup>5</sup>, e que pode ser, inclusive, sustentada de forma inconsciente por práticas legítimas do Estado.

Com isso, propõe-se a analisar a contribuição específica do Judiciário brasileiro para a manutenção de cidadãos limitados no país. O recorte da abordagem respalda-se em três razões específicas: na classificação do Brasil como Estado pertencente ao "terceiromundismo" e, por isso, com distinção mais evidente entre cidadãos plenos e limitados; na importância do Judiciário como garantidor da efetividade dos direitos e deveres de cidadania, através do acesso à justiça - sendo este também um direito de cidadania; e na tendência recente de atribuir e enfatizar o papel do Judiciário brasileiro de politização decisória.

Nesse sentido, objetiva-se contribuir para os estudos sobre cidadania e acesso à justiça, a partir da análise conjunta desses temas que, embora costumeiramente sejam explorados de maneira isolada, contribuem com sincronia seja na concretização, seja na violação dos direitos humanos no Brasil.

Parte, portanto, do seguinte problema: a atuação do Judiciário nacional tem contribuído na perpetuação da limitação de cidadania para grupos de indivíduos mesmo com a busca pela paridade de armas endoprocessual? Tem-se como hipótese que se cabe ao Judiciário garantir a observância dos direitos e deveres de cidadania e continua-se a constatar a existência de diferentes graus de cidadania no país, os parâmetros e a atuação em busca da isonomia processual não tem sido suficientes para solucionar o problema, o que pode implicar na necessidade de rever os paradigmas que moldam a autocompreensão da Justiça.

Para o estudo do tema, tem-se como marco teórico o pluralismo jurídico e faz-se uso prioritário do método de abordagem dialético, uma vez que se compreende o Direito como parte da totalidade social que o estabelece e configura. O método de procedimento preferencialmente empregado é o monográfico.

---

<sup>5</sup> Essa "nova periferia" a qual remete Jessé Souza (2012a, p. 96), caracteriza-se por sociedades onde "as 'práticas' modernas são anteriores às 'ideias' modernas" e coincide em grande medida com os Estados pertencentes ao "Terceiro Mundo", conforme se fez alusão anteriormente.

Como técnica de pesquisa, propõe-se a coletar dados por meio de pesquisa documental, que corresponde, em especial, a análise legislativa, das diretrizes do Banco Mundial para a reforma do Judiciário em países periféricos e dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); e de pesquisa bibliográfica, principalmente através da consulta de periódicos, teses, dissertações e livros sobre pluralismo jurídico, cidadania, acesso à justiça e teoria geral do processo.

No que concerne à divisão dos capítulos, a dissertação estrutura-se em três partes. No capítulo um, são abordados os pressupostos para a constatação da existência de graus de cidadania no interior de uma mesma sociedade. Para tanto, são analisadas brevemente a compreensão tradicional de cidadania vinculada ao Estado Nação e a cronologia dos direitos clássicos de cidadania no Brasil, bem como a existência de várias cidadanias e níveis de cidadania no interior de um só Estado. Essa primeira parte constitui, portanto, pressuposto lógico para o desenvolvimento de toda a argumentação da dissertação e sua constatação clara é essencial para a compreensão do problema de que parte esta pesquisa.

Após o estudo da existência de graus de cidadania numa mesma sociedade e delimitado seu conteúdo para fins da pesquisa, torna-se possível analisar as repercussões da atividade jurisdicional na perpetuação de grupos de cidadãos limitados no Brasil. Para isso, o capítulo dois trata das duas grandes mudanças de perspectiva do sistema processual que marcaram o sistema de *civil law* nacional e analisa concretamente como alguns paradigmas que determinam a atuação do Judiciário podem cooperar para a limitação de cidadania de parcela dos brasileiros. Especificamente, aborda as diretrizes do Banco Mundial para reforma da Justiça; a politização do juiz; a morosidade jurisdicional; e a contribuição dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça.

Como continuidade dessa análise, o capítulo três reflete sobre a insuficiência da compreensão contemporânea do sistema processual brasileiro e apresenta parâmetros para uma concepção do processo jurisdicional condizente com a necessidade de garantir a expansão da cidadania plena no país. Assim, aborda a necessidade de entendimento diferenciado sobre o acesso à justiça, analisado não só como acesso ao Judiciário em si, mas também sob o parâmetro do direito humano ao processo qualificado e do processo constitucional democrático. Por fim, apresenta uma compreensão dos Direitos, dos sistemas processuais e das cidadanias segundo o pluralismo jurídico.

## 1 CIDADANIA: DO SINGULAR AO PLURAL

Ao compreender o Direito como uma das manifestações da totalidade social, afere-se que as contradições e os conflitos sociais não só não estão a parte dele como, ao contrário, o compõem (FEITOSA, 2012, p. 149). Com essa percepção, afasta-se do discurso jurídico tradicional<sup>6</sup> a esperança utópica de igualdade plena (FREITAS, 2012, p. 235), embora permaneçam o propósito e os esforços para tentar reduzir a segregação que se legitima pelo Direito.

Por determinar aqueles que serão tidos como detentores de direitos e obrigações<sup>7</sup> reconhecidos na comunidade jurídica (SORTO, 2009, p. 43), o instituto da cidadania é intrínseco ao Direito e sua construção apresenta imperfeições, desigualdades e contradições a ele inerentes. Mesmo a dimensão do conteúdo e da densidade dos direitos e deveres de cidadania ou sua relação com os direitos humanos têm se apresentado instável e pouco consistente. Reflexo disso são as constantes confusões entre cidadania e nacionalidade ou entre aquela e direitos políticos (BOTTOMORE, 1998). Todavia, não é porque a exclusão entre culturas distintas é ainda maior do que a interna que se deve confundir cidadania e nacionalidade (SANTOS, 2011a, p. 18). Assim também, o exercício da democracia representativa não é suficiente para determinar o conteúdo da cidadania.

Do mesmo modo, não é possível construir uma teoria crítica da cidadania negligenciando a existência de múltiplos agentes históricos perpetuadores da dominação e da opressão no seio social. É o que defende Santos (2011a, p. 27) quando reconhece que "mais do que uma teoria comum, do que necessitamos é de uma *teoria de tradução* que torne as diferentes lutas mutuamente inteligíveis e permita aos actores colectivos 'conversarem' sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam". François Jullien (2010, p. 230), no mesmo caminho, ressalta a necessidade de reelaborar o diálogo a partir da tradução e

---

<sup>6</sup> Com a expressão "discurso jurídico tradicional" pretende-se referir à compreensão do Direito uno, exclusivamente vinculado ao Estado e apresentado como sistema exercido através de funções administrativas, legislativas e jurisdicionais intrínsecas também à estrutura estatal.

<sup>7</sup> Embora o objeto específico desse trabalho gire em torno dos direitos de cidadania, faz-se importante destacar o papel ocupado também pelos deveres no conceito de cidadania que, frise-se, não existe sem obrigações (SORTO, 2011a, p. 103). Quanto a estes, podem ser representados pelo elemento da fraternidade na célebre trilogia da Revolução Francesa, uma vez que é justamente a fraternidade o contraponto aos direitos de liberdade e igualdade. Assim, os deveres de cidadania são praticados sem a espera de recompensas e não são realizados tendo em conta a nacionalidade, o sexo ou qualquer outro elemento distintivo da pessoa, mas o ser humano em si e enquanto humano.

questiona como a conservação do conceito de Direito, sem trabalhá-lo de novo, poderia conduzir a uma interpretação fundada no pluralismo.

Nesse sentido, fala-se em *cidadanias*, e não mais em cidadania, mesmo quando se tem por perspectiva o Direito interno. É por esse reconhecimento que estudar a cidadania feminina ou negra em dado espaço e tempo, leva a resultados distintos do estudo da cidadania abstrata<sup>8</sup> ainda que sob esses mesmos marcos de delimitação de território e tempo.

A pluralidade da cidadania pode ser ainda mais abrangente: o estudo da cidadania de povos originários latinoamericanos demandaria uma quebra de paradigma no que tange ao próprio referencial de Direito. Se o estudo da cidadania desses povos for entendido a partir de perspectiva da regulação, é possível apresentar uma cronologia de criação de institutos, reconhecimento de direitos e demarcação de terras. Todavia, um estudo mais profundo, sob o marco do pluralismo jurídico e da auto-emancipação indígena, demandaria também a análise de um outro Direito, o Direito indígena, e suas convergências e divergências em relação ao Direito estatal.

Sobre a pluralidade de Direitos intraestatais e o posicionamento tradicional do Estado, Boaventura de Sousa Santos (2011a, p. 291) afirma que

[...] o direito territorial do Estado, isto é, a forma de direito do espaço da cidadania, revela uma peculiaridade que é, de facto, bastante simétrica da que atrás referi a respeito da dominação, a forma de poder do espaço da cidadania. Por um lado, tende a estar mais difundida nos diferentes campos sociais do que qualquer outra forma de direito, pese embora o facto de a sua presença nas constelações concretas de juridicidades ser muito irregular. Por outro lado, visto ser a única forma auto-reflexiva do direito, ou seja, a única forma de direito que se vê a si mesma como direito, o direito territorial do Estado tende a considerar o campo jurídico como exclusivamente seu, recusando-se a reconhecer que o seu funcionamento se integra em constelações de direitos mais vastas. Essa tendência acentua-se à medida que nos deslocamos da periferia para o centro do sistema mundial.

Outrossim, estudar cidadanias demanda também o estudo de Direitos, muitas vezes sob uma perspectiva contra-hegemônica. Além disso, mesmo o estudo da cidadania abstrata e vinculada diretamente ao Direito de um dado Estado exige a análise não só de sua regulação, mas também de suas garantias de efetividade, o que se dá no desempenho da função jurisdicional, costumeiramente desempenhada pelo Judiciário nacional e, de forma complementar, pelas Cortes dos sistemas universal e regionais de direitos humanos.

---

<sup>8</sup> Com o termo "cidadania abstrata" pretende-se referir a cidadania tradicionalmente estudada e que refere-se, por consequência, aos humanos que historicamente foram vistos como cidadãos e que são o foco do Direito. Seria, portanto, a cidadania de pessoas do sexo masculino, livres e, na América, com um mínimo de características físicas que o ligassem a imagem dos povos colonizadores.

Diante da impossibilidade de trazer contributos para as cidadanias internas sem antes compreender a manifestação e efetividade da cidadania abstrata de forma bem delineada, esta dissertação entende suas limitações e propõe-se a objeto mais singelo: o estudo de atos de perpetuação de segregações internas e limitações à cidadania abstrata - a partir de agora chamada apenas de "cidadania" - por meio da atuação do órgão intraestatal ao qual compete, em primazia, garantir sua efetividade, o Judiciário.

Ainda assim, se o elemento essencial para configuração de uma teoria crítica é a não redução da realidade ao existente, como defendem Herrera Flores (2005, p. 44) e Boaventura de Sousa Santos (2011a, p. 23), essa pesquisa se propõe a realizar uma teoria crítica da cidadania.

### **1.1 Da compreensão tradicional da cidadania**

Tradicionalmente, o exercício da cidadania é analisado por meio de sua vinculação ao Estado enquanto ente ao qual cabe estabelecer os direitos e deveres que serão reconhecidos em seu ordenamento jurídico como pertencentes aos seus cidadãos. Embora seja possível compreender a cidadania como o direito a ter direitos, em contraponto a totalitarismos (ARENDT, 1989), e que a estes correspondem obrigações recíprocos que também a compõem, não é tão simples definir seu conteúdo específico em razão de sua identificação como processo de construção permanente que parte da totalidade em movimento oriunda dos processos históricos (ABREU, 2008).

Há, todavia, certo consenso, introduzido pelos estudos de Thomas Humphrey Marshall (1963), de que ela abarca, ao menos, direitos civis, políticos e sociais e a garantia de acesso à jurisdição. Entretanto, o estabelecimento da medida de cada um desses direitos e de seus respectivos deveres que compõem a cidadania em cada Estado só pode ser devidamente estabelecida caso a caso.

Embora a teoria tradicional seja capaz de analisar a necessidade de reforçar ou reduzir certos direitos e obrigações componentes da cidadania, é limitada quanto ao questionamento sobre as condições, possibilidades e condições que a configuram, o que repercute na sua insuficiência para pensar alternativas capazes de transcender, modificar ou amenizar esses limites e condicionantes (ABREU, 2008, p. 320).

Além disso, essa relação entre a figura estatal e a determinação da cidadania é reforçada em razão de também competir ao Estado declarar quem reconhece como seu



cidadão. Todavia, é importante frisar que em Estados efetivamente democráticos<sup>9</sup> o que deve prevalecer é a identificação dos indivíduos como seus cidadãos, necessitando de coerente justificação para agir de modo diverso (ALÁEZ CORRAL, 2006).

Desde 2005, inclusive, essa responsabilidade foi reforçada a partir da proclamação do *responsability to protect* (R2P) em conferência da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>10</sup>, que determinou o dever dos Estados de protegerem suas minorias étnicas de genocídio, limpeza étnica, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, conforme já vinha defendendo o ex-Secretário Geral da ONU, Kofi Annan (JUBILUT, 2008).

Essa compreensão de intrínseca relação entre cidadania e Estado, principalmente diante do fortalecimento da ideia de Estados Nação, tem intensificado a ordinária confusão entre cidadania e nacionalidade, como se só os nacionais fossem passíveis de ser cidadãos plenos (SORTO, 2009, p. 42). Conforme mencionado alhures, essa fusão de conceitos é oriunda não da técnica, mas da falta de clareza na distinção dos institutos. Há quem entenda, inclusive, que essa construção da cidadania como identidade nacional insere-se em determinações históricas essenciais à compreensão burguesa de cidadania, embora seja desvinculada de qualquer elemento ontológico dos modos de produção e acumulação (ABREU, 2008, p. 19).

Sobre o tema, é relevante o contributo de Aláez Corral (2006) quando classifica a cidadania como processo jurídico fundamental, vinculado ao exercício da democracia, em que se reparte fragmentos específicos de soberania: os direitos fundamentais. Em contraponto, o autor entende a nacionalidade como o vínculo legal que une, de maneira estável e permanente, os indivíduos ao ordenamento jurídico soberano na condição de súditos. Essa compreensão funcional e jurídica da nacionalidade é essencial para que não se interprete de forma reducionista o conteúdo dessa pesquisa.

Outrossim, os estudos sobre cidadania têm caminhado para a defesa de uma cidadania universal a partir da reorganização da sociedade internacional (CITTADINO; DUTRA, 2013). De certa forma, essa tendência baseia-se no contributo do direito cosmopolita de hospitalidade universal, proposto por Kant (2005) no século XVIII, sem,

---

<sup>9</sup> Embora pareça redundante, a ênfase atribuída com o advérbio "efetivamente" faz-se necessária uma vez que, diferente de outras épocas em que Estados se reconheciam como autoritários, a tendência atual de todo e qualquer Estado autoidentificar-se como democrático leva à existência de nuances paradoxais entre as ditas democracias. Quando fala-se em "efetivamente democrático" tem-se em mente o Estado plural, centrado na participação e governado por e para o povo, a partir do que lhe é comum, mas respeitando as diferenças de minorias identitárias (FORTMAN, 2011).

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. World Summit Outcome. (A/RES/60/1) (2005). Disponível em: < <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2013.

contudo, limitar-se à compreensão excludente desse autor sobre institutos como cidadania e democracia (SORTO, 2011b, p. 123). A transferência supranacional de competências e mesmo os blocos intergovernamentais também têm contribuído para essa nova compreensão da cidadania desvinculada das fronteiras. O desenvolvimento dessa nova noção é essencial, uma vez que, como ressaltou Fredys Sorto (2011b, p. 124-125),

as fronteiras são criações artificiais, foram inventadas há pouco tempo e ainda o são quando convém a determinadas sociedades ou grupos políticos. Por toda a parte há pessoas famintas, sem perspectivas, cercadas por limites territoriais de miséria e de medo. A elas não pertence a liberdade de circulação, porque não exibem riquezas nem são mercadorias nem capitais. O mundo atual esquece que o ser humano é anterior às fronteiras, anterior aos Estados Unidos e ao mundo dito civilizado.

Outras questões que escapam à análise mais tradicional são a diferenciação interna entre cidadãos e a existência de indivíduos excedentes que, embora sustentem formalmente o título de cidadão, seus direitos são irrealizáveis em razão das privações intrínsecas às oportunidades desiguais a que estão submetidos. Isso porque essas abordagens desconsideram que a apropriação do objeto exterior pressupõe que se tenha propriedade de si, isto é, que haja condição de livre desenvolvimento do sujeito, impossível de ser adquirida com mera igualdade abstrata juridicamente reconhecida (ABREU, 2008). Sobre essa limitação é importante frisar, inclusive, que o entendimento do Direito como fenômeno social já evidencia a necessidade de sua superação, uma vez que nega como paradigma o indivíduo isolado.

#### 1.1.1 Direitos de cidadania e status: o contributo de Thomas Humphrey Marshall

Um dos mais reconhecidos teóricos tradicionais sobre cidadania é Thomas Humphrey Marshall (1963, p. 76), para o qual a cidadania corresponde a status partilhado entre os membros de dada comunidade que garante a eles igualdade no respeito de seus direitos e obrigações. Com isso, o autor não desconsidera as divisões de classe presentes na sociedade, apenas reputa que a cidadania aflora um status geral de igualdade humana básica entre cidadãos, reduzindo desigualdades desnecessárias à eficiência da máquina social (ABREU, 2008, p. 282).

Sua obra célebre, todavia, peca ao abordar exclusivamente os direitos, olvidando as obrigações essenciais à condição de cidadão. Em seu “Cidadania, classe social e status”,

Marshall (1963) defende uma compreensão dos direitos de cidadania a partir de elementos de natureza civil, política e social que reconhece serem a ela intrínsecos.

Segundo Marshall (1963, p. 63), o elemento civil corresponde aos direitos relacionados à liberdade individual e ao direito à justiça. Sua compreensão, por isso, excede a noção tradicional de direitos civis, à medida que não só contempla o direito à justiça, mas também confere a este direito um patamar diferenciado, uma vez que constitui direito-garantia capaz de, na inobservância dos primeiros, assegurar seu cumprimento. Nas palavras do sociólogo britânico,

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. (MARSHALL, 1963, p. 63).

Nesse caso, é relevante destacar que a liberdade é, simultaneamente, elemento civil dos direitos de cidadania e pressuposto para o exercício desses mesmos direitos, uma vez que não é possível haver cidadania em regimes que não favoreçam a liberdade (SORTO, 2009, p. 61). Elemento fundamental para a compreensão dos direitos de cidadania, a liberdade é, não raro, fruto de concepções equivocadas, geralmente associadas à percepção comumente atribuída ao termo na Antiguidade. Nesse sentido, faz-se importante trazer as contribuições de Benjamin Constant (1985), que esclarece as principais diferenças entre a concepção da liberdade para os antigos e na modernidade.

Antes, todavia, é oportuno lembrar que o modelo de cidadania da Grécia clássica diferia bastante de sua compreensão atual, uma vez que, nela, a cidadania era uma categoria eminentemente excludente, atribuída àqueles que detinham certo status (MARSHALL, 1963, p. 64). Assim, mesmo a liberdade e a igualdade não eram valores universais (SORTO, 2009, p. 44).

Para os antigos, a liberdade referia-se à ampla atuação no espaço público, não importando se, para isso, houvesse forte interferência estatal nos assuntos privados. A percepção atual de liberdade, ao seu passo, circunscreve-se prioritariamente à vida privada do indivíduo. Nesse sentido, Constant (1985, p. 11) ilustra que a liberdade dos antigos

Consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los;

mas ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. [...] Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião”. O autor explica que isso ocorre porque as leis da época regulamentavam os costumes que, por sua vez, tratavam de todos os atos e fatos da vida cotidiana.

A transformação pela qual passou o conceito de liberdade, portanto, acarretou modificações essenciais na própria forma de concebê-la, pelo que garantir, na atualidade, as condições fundamentais para a liberdade dos antigos, jamais resultaria na liberdade a que remete os direitos de cidadania em seu aspecto civil.

No que diz respeito ao direito à justiça, sua compreensão atual, segundo a teoria socializadora do processo, significa não só o acesso formal à jurisdição, mas a igualdade de condições em juízo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a obtenção de provimento de mérito em tempo hábil por decisor competente e a criação e consolidação de instituições capazes de atender a interesses de hipossuficientes ou de ordem coletiva lato senso que correspondem, por sua vez, aos direitos coletivos em sentido estrito, aos difusos e aos individuais homogêneos. Esse conteúdo do elemento civil dos direitos de cidadania será abordado com maior profundidade nos capítulos subsequentes, razão pela qual sua apresentação, por ora, permanece superficial.

O elemento político, por sua vez, equivale ao direito de participar das decisões políticas, seja na condição de membro de alguma instituição dotada deste poder (MARSHALL, 1963, p. 63), seja por intermédio do voto e dos demais meios de participação democrática semidireta, como plebiscitos, referendos e legislação participativa.

Por vezes, confusões interpretativas levam à compreensão dos direitos políticos como se correspondessem à totalidade dos direitos de cidadania, quando, na verdade, é meramente um de seus elementos intrínsecos. Provavelmente esse equívoco se deve à confusão entre cidadão e nacional, uma vez que os Estados costumam restringir somente a estes o exercício dos direitos políticos, ainda quando garantem certos direitos civis e sociais ao estrangeiro residente ou mesmo ao turista.

A coincidência desse elemento como exclusividade do nacional repercute na outra confusão supramencionada e intensifica-a, à medida que não só discrimina os estrangeiros, como também percebe com reducionismo a abrangência da cidadania dos nacionais. A interferência negativa dessa visão pode chegar a tal ponto que se reconheça que basta que o Estado garanta a plenitude dos direitos políticos para se consolidar como democrático. Assim, bastaria o sufrágio universal para garantir a cidadania plena, sem necessidade de proteção a

minorias étnicas; de eliminar obstáculos sociais diferenciadores de oportunidades; de garantir a liberdade de participação e manifestação ampla na sociedade; e de proporcionar as condições para o efetivo acesso à jurisdição.

Por fim, o elemento social representaria o que concebemos hoje como conteúdo dos direitos sociais. Segundo Marshall (1963, p. 63-64), “o elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

O elemento social é dos mais polêmicos do conteúdo dos direitos de cidadania em razão de motivações históricas específicas que vão desde a constatação de sua existência em momento posterior aos direitos já mencionados, aos confrontos e às alternâncias em modelos políticos e econômicos que ora privilegiam a liberdade individual e a autodeterminação do sujeito e do mercado, ora defendem a igualdade substancial entre os indivíduos e a necessidade de políticas afirmativas.

Além disso, os direitos sociais costumam ser eminentemente descumpridos nos mais diversos Estados sob pretexto de déficit econômico estatal e da teoria da reserva do possível diante da quase pacífica defesa de seu caráter prestacional preponderantemente positivo e da impossibilidade de caracterizar o Estado, mesmo o social, como prestador universal.

Todavia, ambos os argumentos podem ser contestados a partir do reconhecimento de que a teria da reserva do possível só pode ser alegada após o cumprimento do mínimo existencial (KRELL, 2002) e de que qualquer direito, independente de sua natureza, demanda investimento financeiro do Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 2000). Quanto ao último argumento, em razão da maior resistência para sua aceitação, faz-se razão transcrever, em tradução própria<sup>11</sup>, o seguinte:

[...] os estadunidenses [e a generalidade das pessoas e instituições ocidentais] parecem facilmente esquecer que os direitos e liberdades individuais dependem fundamentalmente de ações vigorosas do Estado. Sem políticas de governo efetivas, os estadunidenses não seriam capazes de desfrutar de sua propriedade privada da

---

<sup>11</sup> No original: "Public support for the kind of 'safety net' that benefited the home owners of Westhampton is broad and deep, but at the same time, Americans seem easily to forget that individual rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action. Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen is asked to look after his or her material welfare autonomously, without any supports from fellow citizens or public officials" e "The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury".

forma como hoje o fazem. De fato, eles gozariam de nenhum ou poucos direitos individuais constitucionalmente garantidos. A liberdade pessoal, como tem sido valorada e experimentada pelos estadunidenses, pressupõe a cooperação social realizada por pessoas do Governo. A esfera privada, acertadamente sustentada como um prêmio, é de fato criada pela ação pública. Nem mesmo do mais auto-suficiente dos indivíduos é exigido que cuide do seu bem-estar material de forma autônoma, sem qualquer apoio dos outros indivíduos e dos funcionários públicos. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, pp. 14-15)

O direito de liberdade de contratar demanda não menos investimento público do que o direito à saúde, o direito à liberdade de opinião necessita não menos do que o direito à moradia. Todos os direitos requerem o emprego do erário público. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 15)

Com isso, pretende-se mostrar que qualquer direito demanda investimento estatal, independente de ter sido reconhecido há muito tempo ou recentemente. Apesar dessa constatação, a resistência à concretização dos direitos sociais permanece latente na maior parte dos Estados, o que implica na manutenção do *statu quo* a partir da diferenciação dos cidadãos em estratos bem delimitados: os que podem custear sua própria saúde, educação, moradia, transporte e segurança e que, com isso, ascenderão ou permanecerão nas classes dominantes; e os que são incapazes de financiar esses mesmos bens e serviços e que, por isso, costumam permanecer na condição de segregados e servir de mão-de-obra barata para o sustento dos privilégios dos mais abastados. Essa diferenciação, para além de marginalizá-los quanto à posse do capital econômico, segrega-os quanto ao domínio do capital cultural<sup>12</sup>.

Ao desenvolver os três elementos que compõem os direitos de cidadania, Marshall (1963) defende que cada um deles relaciona-se mais diretamente com uma instituição estatal específica. Segundo ele, esses elementos ajustam-se, na ordem em que foram apresentados, ao Judiciário, ao Legislativo e ao Executivo.

Embora seja compreensível essa distinção, mesmo ela camufla a necessidade de investimentos e atuações positivas do Estado para a realização dos direitos civis, políticos e de acesso à jurisdição em proporção semelhante à dos direitos sociais. Esse tipo de crítica não perpassa a obra de Marshall por uma razão bastante simples: quando se propôs a analisar a relação ente cidadania e classe social, o autor não o fez sob a perspectiva do impacto desta sobre aquela, mas apenas da cidadania sobre as classes sociais (BOTTOMORE, 1998, p. 90).

---

<sup>12</sup> A distinção entre capital econômico e cultural aqui utilizada está presente na obra de Pierre Bourdieu (2012) e será abordada em tópico próprio desse capítulo. De forma sucinta, é importante ressaltar desde já que a apreensão da realidade como algo natural, resultado da coincidência entre as estruturas objetivas e as estruturas individualmente incorporadas tende a reproduzir e legitimar o poder simbólico; este exercido com certa cumplicidade daqueles que não são capazes de reconhecê-lo e, por isso, a ele sujeitam-se e dos que, embora ignorem sua existência, o exercem. Isso é feito não apenas pela distinção de classes quanto ao capital econômico, mas primordialmente por uma distinção mais camuflada e que, por isso, consegue perpetuar-se com maior facilidade: a segregação quanto ao domínio de conhecimentos, estéticas e formas de comunicação e comportamento.

Na obra supramencionada, Marshall também analisa a cronologia dos elementos dos direitos de cidadania na Grã-Bretanha que será aqui abordada em decorrência de sua importância para o entendimento do tema. Ele inicia o exame constatando que, na Antiguidade, os três elementos dos direitos de cidadania estavam condensados em um só, reflexo que eram da própria compreensão fundida das instituições estatais encarregadas de garantir cada um desses direitos. É o que constata Marshall (1963, p. 64), comentando citação de Maitland<sup>13</sup>, quando afirma:

Como Maitland disse “Quanto mais revemos nossa história, tanto mais impossível se torna traçarmos uma linha de demarcação rigorosa entre as várias funções do Estado – a mesma instituição é uma assembleia legislativa, um conselho governamental e um tribunal de justiça... Em toda parte, à medida que passamos do antigo para o moderno, vemos o que a Filosofia da moda chama de diferenciação”. Maitland se refere nesta passagem à fusão das instituições e direitos políticos e civis. Mas os direitos sociais do indivíduo igualmente faziam parte do mesmo amálgama e eram originários do status que também determinava que espécie de justiça ele podia esperar e onde podia obtê-la, e a maneira pela qual podia participar da administração dos negócios da comunidade à qual pertencia. Mas este status não era de cidadania no moderno sentido da expressão. Na sociedade feudal, o status era marca distintiva de classe e a medida de desigualdade. Não havia nenhum código uniforme de direitos e deveres com os quais todos os homens – nobres e plebeus, livres e servos – eram investidos em virtude da sua participação na sociedade. Não havia, nesse sentido, nenhum princípio sobre a igualdade dos cidadãos para contrastar com o princípio da desigualdade de classes. Nas cidades medievais, por outro lado, exemplos de uma cidadania genuína e igual podem ser encontrados. Mas seus direitos e deveres específicos eram estritamente locais, enquanto a cidadania cuja história tento construir é, por definição, nacional.

Por essa razão, a evolução dos direitos de cidadania envolveu um duplo processo de fusão geográfica e de separação funcional da estrutura do Estado, que teve início no século XII, quando a justiça real foi efetivamente estabelecida para defender os direitos civis dos indivíduos com base no direito consuetudinário inglês (MARSHALL, 1963, p. 64).

Com a gradativa diferenciação desses direitos e instituições, cada um dos três elementos dos direitos de cidadania puderam desenvolver-se por si, construindo uma história bem diferente da dos outros elementos. E essa diferenciação aconteceu de tal forma que é possível atribuir o período de formação de cada um desses elementos a um século distinto.

É nesse sentido que refere-se aos séculos XVIII, XIX e XX como análogos, respectivamente, aos direitos civis, políticos e sociais na Grã-Bretanha. Por certo essa distinção cronológica não é estanque, havendo, como é de se supor, períodos de entrelaçamento entre o desenvolvimento de cada um desses elementos da cidadania (MARSHALL, 1963, p. 65).

---

<sup>13</sup> A obra de Maitland que Marshall comenta é "Constitutional history of England" e a citação a qual remete encontra-se na página 105 do livro.

A evolução dos direitos civis foi marcada pela gradativa adição de novos direitos ao status já existente, que era partilhado por todos os homens adultos da comunidade. Assim, caracterizou-se pela liberdade dos homens ingleses e pela dissolução dos vestígios de servidão. As mulheres, as crianças e outras categorias de excluídos, como é de se supor, não desfrutavam dessa mesma liberdade, uma vez que sequer eram compreendidas no conceito de cidadania. Ainda assim, a universalização da liberdade entre os considerados cidadãos foi importante por atribuir um caráter nacional à cidadania, à época essencial para a averiguação do elemento seguinte (MARSHALL, p. 1963, p. 68-69).

Quando se pôde, então, falar num “status geral de cidadania”<sup>14</sup>, os direitos políticos tiveram condições materiais para desenvolver-se. Esse desenvolvimento, contudo, foi bastante distinto daquele vivenciado pelos direitos civis, uma vez que não consistiu na adição de novos direitos ao status já gozado por todos os homens ingleses, mas na atribuição de velhos direitos a novos setores da população, abrangendo, agora, também as mulheres (MARSHALL, p. 1963, p. 69). Isso ocorreu porque a principal deficiência do elemento político da cidadania não era a criação de direitos, mas a sua distribuição entre todo o povo. Por essa razão, a evolução desse elemento representou um grande salto para a cidadania democrática.

É importante frisar que, embora faça essa observação quanto aos direitos políticos, Marshall, tal qual parte substancial dos homens de sua época, não atribuía grande importância à questão de gênero, assim como ignorava determinadas desigualdades concretas de cunho étnico ou cultural na distribuição dos direitos. Ainda assim, sua compreensão abstrata da cidadania visava reduzir a insegurança e igualar as condições dos mais e menos afortunados em prol de um enriquecimento da vida civilizada (BOTTOMORE, 1998, p. 109 ss.).

A história dos direitos sociais na Grã-Bretanha foi mais tortuosa: eles quase que desapareceram entre os séculos XVIII e XIX<sup>15</sup> e só começaram a ressurgir com o

---

<sup>14</sup> A expressão é de Marshall (1963, p. 69), traduzido por Meton Porto Gadelha.

<sup>15</sup> Sobre esse período de quase desaparecimento dos direitos sociais na Grã-Bretanha, acredita-se ser importante citar os casos do Poor Law e dos Factory Acts, em razão da forma apartada como concebiam os destinatários de sua ajuda e os cidadãos, desvinculando aqueles, portanto, da própria compreensão de cidadania. Como alertado em outro momento, os deveres de cidadania têm relação direta com a fraternidade e solidariedade, que jamais podem ser efetivamente realizadas sem conceber a dignidade humana por si mesma (SORTO, 2011a).

A Poor Law, segundo a lei de 1834, oferecia assistência aos indivíduos que, em razão de problemas de saúde, idade avançada ou extrema miséria, eram incapazes de sustentar-se. Marshall (1963, p. 72) esclarece que “a Poor Law tratava as reivindicações dos pobres não como uma parte integrante de seus direitos de cidadão, mas como uma alternativa deles - como reivindicações que poderiam ser atendidas somente se deixassem inteiramente de ser cidadãos. Pois indigentes abriam mão, na prática, do direito civil da liberdade pessoal devido ao internato na casa de trabalho, e eram obrigados por lei a abrir mão de quaisquer direitos políticos que possuísem. [...] O estigma associado à assistência aos pobres exprimia os sentimentos profundos de um povo que entendia que aqueles que aceitavam assistência deviam cruzar a estrada que separava a comunidade de cidadãos da companhia dos indigentes”.

A Poor Law, contudo, não foi um caso isolado dessa separação entre direitos sociais e status de cidadania. Como



desenvolvimento da educação primária pública, quando se começou a defender que a educação fundamental é um pré-requisito para o efetivo exercício das liberdades civis (MARSHALL, 1963, p. 73 ss.).

Passados cerca de quarenta anos após a publicação original do texto de Marshall, Tom Bottomore (1998) ressalta o encaminhamento do Reino Unido para um contexto de cidadania internacional no contexto da formação de uniões econômicas e políticas na Europa, resultado, posteriormente, no reconhecimento de uma cidadania europeia. O otimismo de Bottomore justificava-se nas promessas e nas conquistas alcançadas em âmbito europeu. Todavia, passados mais de vinte anos dos escritos deste autor, a crise por que passa a União Europeia tem amenizado avanços nos direitos sociais.

Atualmente, o Reino Unido permanece como exemplo na consecução de certos direitos sociais, principalmente em razão de seu sistema de saúde pública e de seus programas de incentivo à moradia, ao mesmo tempo que mantém a colonização inglesa sobre Irlanda do Norte, Escócia e País de Gales. Esse último dado, contudo, escapou à análise de cidadania feita por ambos os autores.

### 1.1.2 Estadania<sup>16</sup>: a compreensão dos direitos de cidadania no Brasil

A garantia por parte do Estado de direitos e deveres vinculados à cidadania pressupõe o reconhecimento de um conjunto de pessoas como sendo seus cidadãos. Assim, só é possível falar em cidadania brasileira à medida que se determina e reconhece os cidadãos brasileiros, o que só acontece após a superação formal da colonização europeia no país. Por

---

alerta Marshall (1963, pp. 72-73), os Factory Acts fizeram o mesmo, agora em relação as mulheres e crianças, uma vez que não era estendida aos homens adultos. Nas palavras de Marshall (1963, p. 73), "as mulheres eram protegidas porque não eram cidadãs. Se desejassem gozar da cidadania com todos os seus direitos, tinham que desistir da proteção".

<sup>16</sup> A estadania, termo originariamente proposto por José Murilo de Carvalho (2012), refere-se à percepção do conteúdo e extensão dos direitos de cidadania conforme os interesses e a atuação do Estado, esta última baseada em clientelismos característicos de uma ótica privada do que é público. Contrapõe-se, então, à construção da cidadania a partir da participação dialógica dos interessados.

Por essa razão, a estadania remete também à síndrome do privatismo de cidadania, referida por Habermas (2012, p. 108 ss.) para evidenciar que o aparente progresso linear da autonomia, entre perdas e ganhos, não reflete a fruição ativa dos direitos pelos indivíduos, à medida que não analisa a real possibilidade destes de influir nas transformações democráticas inerentes a sua condição de cidadão. Não condiz, por isso, com o modelo de comunidade jurídica formada por cidadãos capazes de atuar para sua própria determinação. Segundo Habermas (2012, p. 109), assim, "direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências. A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização".

essa razão, para analisar o percurso da cidadania brasileira é indispensável lançar o olhar sobre a formação e a perspectiva oficial atribuída ao seu povo.

Com isso não se pretende dizer que não existiram direitos anteriores no Brasil ou mesmo políticas e instituições voltadas para a seguridade social, ao contrário, reconhece-se, inclusive, que desde o século XVI, por exemplo, são criadas Santas Casas de Misericórdia no território nacional (DEZOTTI; MARTA, 2011). Todavia, até então não havia o reconhecimento global da necessidade de garantir determinados direitos ao povo brasileiro, o que existiam eram políticas isoladas de cunho assistencial. Isso porque, conforme destaca José Murilo de Carvalho (2012, p. 18), "à época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira"

Recém independente e com população formada, em sua maioria, por pessoas de baixa ou nenhuma escolaridade, sendo muitos deles ex escravos, o Brasil do século XIX era composto predominantemente por indivíduos que não estavam acostumados com a liberdade e que, ao contrário, costumavam obedecer ordens direta ou indiretamente (SOUZA, 2011, p. 35). Nesse período, a escravidão era tão enraizada no país que os próprios libertos adquiriam escravos logo que possível, a escravidão estava presente, portanto, de alto a baixo da sociedade brasileira (CARVALHO, 2012, p. 20).

Não só, entre escravos e senhores havia uma população legalmente livre, mas sem um mínimo de condições para o exercício de seus direitos mais básicos, eram os "milhões de párias livres da escravidão" aos quais se referiu Joaquim Nabuco (2011, p. 46). Mesmo os senhores de engenho não eram propriamente cidadãos, uma vez que, embora fossem livres e tivessem acesso a direitos políticos, não tinham direitos e deveres reconhecidos com igualdade. Eram apenas súditos diferenciados pelo fato de absorverem parte das funções do Estado no interior de sua propriedade, principalmente no tocante à judiciária. Arraigadas profundamente ao modo de pensar e agir nacionais, a escravidão e a economia monocultora e latifundiária não repercutiam favoravelmente na formação da cidadania no Brasil.

No entanto, a situação de nação independente, demandava sua autoafirmação a partir de símbolos e da construção de seu "DNA social". Por essa razão, investiu-se na exaltação das belezas naturais do país como forma de enaltecer o Brasil e de impulsionar o orgulho de ser brasileiro, o que ficou demonstrado, por exemplo, na literatura romântica indianista de José de Alencar. O enfoque da formação do DNA simbólico brasileiro nesse período foi, portanto, de cunho étnico, retratando a pureza, a liberdade e a íntima relação com a natureza dos indígenas.

Ainda assim, a monarquia brasileira manteve a escravidão e se limitou a avançar nos direitos políticos, uma vez que o constitucionalismo demandava a existência de governo representativo e separação de poderes no país. Assim, a Constituição do Império do Brasil, de 1824, reconheceu o sufrágio censitário, apesar da relativamente baixa exigência de renda (CARVALHO, 2012, p. 30), e permitiu o voto de analfabetos, o que estendia à parcela considerável da população trabalhadora masculina o exercício de direitos políticos passivos.

Embora as eleições tenham ocorrido sem suspensão e de forma periódica, os eleitores sofriam as limitações decorrentes de sua parca compreensão do governo representativo e do conteúdo das decisões estatais, uma vez que continuavam sendo as pessoas que cresceram em território com histórico de trezentos anos de colonização. Mais de 85% da população brasileira era analfabeta, o que incluía parcela relevante dos senhores de engenho, e 90% da população vivia na zona rural, sob o domínio privado de grandes latifundiários. Por essa razão, o foco central não era o exercício de um elemento dos direitos de cidadania a partir do autogoverno, mas a definição do domínio político local (CARVALHO, 2012, p. 32-35).

Nesse período o voto em primeiro turno era indireto, elegendo-se os representantes que poderiam votar definitivamente. Contudo, em 1881, houve mudança legislativa que introduziu o voto direto no país, mas dobrou a exigência de renda para seu exercício, exigindo demonstrações rígidas para comprovar a renda e proibindo o voto de analfabetos. Com essa medida, quase 90% do eleitorado da época perdeu a possibilidade de votar (CARVALHO, 2012, p. 39).

Mesmo a proclamação da República não alterou esse quadro, já que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, excluiu o requisito censitário, mas manteve a proibição do voto de analfabetos, correspondente à maioria da população, além de excluir mulheres, mendigos, soldados e membros de ordens religiosas. Nesse sentido, José Murilo de Carvalho (2012, p. 57) enfatiza que

A lei, que devia ser a garantia de igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam as condições necessárias para o exercício independente do direito político.

Em 1888, após frequentes pressões internacionais, o Brasil aboliu a escravidão, embora os valores desta continuassem bem aceitos na sociedade. A liberdade individual, base

do elemento civil dos direitos de cidadania, não constituía conceito substancial na formação da sociedade da época. Além disso, o próprio coronelismo influenciava nos direitos políticos em razão de antes interferir nos direitos civis. Por essa razão, Nabuco (2011, pp. 75-76) afirmou que

Ele [o senhor de engenho] pode alforriar os seus escravos, com sacrifício dos seus interesses materiais, ainda que sempre em benefício da educação dos seus filhos, quebrando assim o último vínculo aparente, ou de que tenha consciência, das relações em que se achava para com a escravidão; mas somente por isso, o espírito desta não deixará de incapacitá-lo para cidadão de um país livre, e para exercer as virtudes que tornam as nações mais poderosas pela liberdade individual do que pelo despotismo.

Assim, enquanto as artes romantizavam os povos originários do Brasil e tentavam, a partir disso, construir o orgulho nacional, os coronéis governavam o país como propriedade privada, repetindo a ótica presente dentro das fronteiras dos latifúndios.

Ultrapassada a fase inicial da afirmação da "brasilidade", as teorias do século XX, sem abandonar completamente o caráter étnico, caracterizaram-se por enfatizar o aspecto cultural na formação do heterogêneo povo brasileiro, identificando a influência da miscigenação dos costumes dos escravos, colonizadores e índios na formação da idiossincrasia do povo no Brasil. O marco dessa nova perspectiva na construção do DNA simbólico nacional foi a publicação da obra "Casa-grande e Senzala" por Gilberto Freyre.

Freyre enfatizou a harmoniosa adaptação do povo brasileiro, herdada dos portugueses, e tratou da miscigenação brasileira não mais como uma razão para vergonha, e sim como um motivo de orgulho nacional, como se a unidade do brasileiro viesse exatamente da diversidade de influências que o compõe. De certa forma, a teoria de Gilberto Freyre (2006, pp. 90-91) também mascarou a gravidade da dizimação dos povos indígenas e da subalternização dos negros no país, já que, para sustentar sua teoria sobre a adaptabilidade do colonizador português, afirmou a despreocupação da Coroa com qualquer "pureza racial" no Brasil, sendo relevante para esta apenas a unidade religiosa.

Segundo Gilberto Freyre (2006, pp. 114-115),

Por outro lado, a tradição conservadora no Brasil sempre se tem sustentado do sadismo do mando, disfarçado em "princípio de Autoridade" ou "defesa da Ordem". Entre essas duas místicas - a da Ordem e a da Liberdade, a da Autoridade e a da Democracia - é que se vem equilibrando entre nós a vida política, precocemente saída do regime de senhores e escravos. Na verdade, o equilíbrio continua a ser entre as realidades tradicionais e profundas: sadistas e masoquistas, senhores e escravos, doutores e analfabetos, indivíduos de cultura predominantemente européia e outros de cultura principalmente africana e ameríndia. E não sem certas vantagens, a de

uma dualidade não de todo prejudicial à nossa cultura em formação, enriquecida de um lado pela espontaneidade, pelo frescor de imaginação e emoção do grande número e, de outro lado, pelo contato, através das elites, com a ciência, com a técnica e com o pensamento adiantado da Europa. *Talvez em parte alguma se esteja verificando com igual liberalidade o encontro, a intercomunicação e até a fusão harmoniosa de tradições diversas, ou antes, antagônicas, de cultura, como no Brasil. É verdade que o vácuo entre os dois extremos ainda é enorme; e deficiente a muitos respeito a intercomunicação entre duas tradições de cultura. Mas não se pode acusar de rígido, nem de falta de mobilidade vertical - como diria Sorokin - o regime brasileiro, em vários sentidos um dos mais democráticos, flexíveis e plásticos.* [grifos acrescentados]

A teoria de Freyre conquistou larga admiração, em razão de, a uma só vez, transformar o principal motivo de vergonha em fonte de exaltação nacional. O momento histórico em que ele publicou sua obra não podia ser mais propício: o país era presidido por Getúlio Vargas, líder carismático que pretendia reforçar a integração e a renovação nacional (SOUZA, 2011, p. 37).

Assim, a teoria popularizou-se de tal forma que essa perspectiva da identidade brasileira passou a ser usada como subterfúgio para amenizar o impacto social de mazelas constantes no país, como a intensa desigualdade social (SOUZA, 2001, p. 39). Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 147),

No "homem cordial", a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência. Sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social, periférica, que no brasileiro - como no bom americano - tende a ser a que mais importa. Ela é antes um viver nos outros.

Com isso, a imagem do brasileiro cordial, que evita conflitos e que é capaz de adaptar-se criativamente às situações, foi essencial na governabilidade e exaltação nacional não só na Era Vargas, como também nos governos subsequentes.

O estabelecimento da identidade cultural do povo brasileiro favoreceu a identificação de seus cidadãos e testemunhou o primeiro grande reconhecimento oficial de direitos sociais no país: a legislação trabalhista. O surgimento e fortalecimento da classe operária após quase quatro séculos de hegemonia do modelo de escravidão foi essencial para a percepção dos direitos de liberdade no Brasil e, por decorrência, dos demais elementos de direitos de cidadania.

A partir do momento em que operários reivindicam direitos de manifestação, de organização e de greve, cria-se a conjuntura necessária para o reconhecimento paulatino dos

indivíduos como participantes, formadores e transformadores da sociedade, compreensão básica para a formação de um Estado não mais de meros súditos, mas de cidadãos.

Ao mesmo tempo, a emergente classe operária brasileira enfraquecia o poder basilar da República Velha, de origem rural e latifundiária, e criava as condições necessárias para a revolução e o golpe de 1930, que deu origem à Era Vargas. Nesse novo período, houve notório avanço nos direitos sociais, principalmente por meio da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e da legislação trabalhista e previdenciária que culminou na Consolidação das Leis do Trabalho, vigente até hoje.

Simultaneamente, a instabilidade política oriunda do golpe de Estado de 1930 reduziu os direitos políticos no país e conduziu à ditadura populista de Getúlio Vargas durante os anos de 1937 e 1945. Como pode ser imaginado, os direitos civis também progrediram lentamente no período, mesmo reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional, sua garantia era bastante precária para a maioria da população, o que era reforçado pelo restrito acesso ao Judiciário.

Ainda assim, a junção da construção da identidade cultural de Gilberto Freyre com o populismo característico da administração de Getúlio Vargas impulsionou o nacionalismo e a promoção da solidariedade nacional. Nesse contexto, a Era Vargas foi momento essencial no país para a construção da legislação social, ainda que em contexto de baixo ou nulo reconhecimento de direitos políticos e civis.

Dessa forma, diferentemente do que ocorreu na Grã-Bretanha, a cidadania no Brasil solidificou-se a partir do reconhecimento de direitos sociais, o que aconteceu sob uma ótica de intensa dependência do indivíduo em relação ao Estado e conduziu ao que José Murilo de Carvalho (2012, p. 61) convencionou chamar de estadania.

A denominação diferenciada justifica-se, segundo Carvalho (2012, p. 110), em razão de que "este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquistas democráticas e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa". Com isso, os recém reconhecidos cidadãos brasileiros vinculavam a percepção de seus direitos à dependência de seus representantes políticos, como se pode observar pelo movimento conhecido por "queremismo", que reivindicou a permanência de Vargas no poder.

O avanço nos direitos sociais nesse período, todavia, não beneficiou todos os trabalhadores brasileiros. A regulamentação do trabalho abrangia inicialmente apenas setores urbanos específicos, excluindo os profissionais autônomos, os trabalhadores domésticos e os rurais, sendo estes a grande maioria dos trabalhadores do Brasil naquele período. Com isso,

mesmo os direitos sociais foram vistos mais como privilégios de categorias do que como direitos dos cidadãos. O grande vazio em relação à regulamentação do trabalho rural indicava o poder que os latifundiários ainda exerciam no país. Essa concessão de direitos por categorias conduziu também à prevalência da ótica corporativista dos interesses coletivos no país, ainda perceptível na atualidade.

De 1946 a 1964, com o fim da Era Vargas, o Brasil vivenciou sua primeira experiência de fato democrática. A Constituição de 1946 manteve as conquistas sociais do período anterior e garantiu direitos essenciais de cunho civil e político. Estendeu-se o voto aos indivíduos com mais de 18 anos, permanecendo, contudo, a restrição aos analfabetos, e reduziu-se as possibilidades de fraude nas votações a partir da competência de juízes profissionais para comandar o processo eleitoral.

No entanto, os direitos sociais evoluíram pouco no período, o Partido Comunista voltou a ser cassado e só eram admitidas as greves autorizadas judicialmente. Os governos da época permaneceram com grande cunho populista, mas a participação popular nas decisões políticas ampliou-se, havendo, inclusive, a formação das Ligas Camponesas representando os trabalhadores rurais do país.

A defesa da reforma agrária pelo então presidente João Goulart e sua proximidade com partidos de esquerda conduziram a acusações de adotar práticas comunistas num período em que o mundo sofria as consequências da polarização entre o modelo capitalista estadunidense e o comunismo defendido pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Tendo esse confronto ideológico como pano de fundo, houve a instauração de uma ditadura militar no país que perdurou ao longo de vinte e um anos, fenômeno comum nos países da América do Sul, pertencentes ao "terceiromundismo".

Durante esse período, tal qual na Era Vargas, predominou a subtração de direitos civis e políticos, limitando a cidadania quase que por completo ao exercício dos direitos sociais, agora estendidos aos trabalhadores rurais. Todavia, mesmo sob regime de ditadura, os órgãos do Legislativo federal permaneceram praticamente todo o período em funcionamento, cumprindo as tarefas atribuídas pelos presidentes militares. A aparência de desempenho normal das instituições estatais tentava esconder o fortalecimento do Executivo e concedia legalidade formal aos atos tomados no período.

O reforço dos direitos sociais cumpriu o mesmo papel exercido no governo Vargas: aparentou crescimento na qualidade de vida e conteve, em certa medida, a oposição popular. Assim, foi durante o regime militar que houve a grande consolidação da infraestrutura do ensino superior público no Brasil; a criação de instituto e fundos de previdência social; a

instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; e a criação do Banco Nacional de Habitação para facilitar o financiamento da casa própria para trabalhadores de renda reduzida. Além disso, o modelo de substituição de importações e a migração em massa do campo para as cidades trouxe, a curto prazo, aparência de modernização e acesso a bens de consumo, enquanto que seus principais problemas sociais só se tornaram perceptíveis a médio prazo.

Apesar de não haver eleições diretas para o Executivo federal de 1960 a 1989, o voto direto para eleição dos governadores estaduais permaneceu até 1966 e foi retomado em 1982 e, durante todo o período do regime militar, as eleições legislativas foram mantidas, ainda que com algumas restrições. Sob essa aparente legalidade do período, constatou-se algo contraditório: o eleitorado brasileiro aumentou progressivamente durante os governos militares. A partir desse fato, reforçou-se a percepção da *estadania* e da necessidade de um Executivo federal forte e messiânico. Por todo o período o Judiciário, que deveria garantir os direitos civis, foi corriqueiramente controlado pelos militares: ministros do Supremo Tribunal tiveram seus direitos políticos cassados ou tiveram que ceder ao arbítrio do Executivo (CARVALHO, 2012, p. 194).

A partir de 1974, a eminente crise econômica levou o país a gradual redemocratização, encaminhando-se para o fim da censura prévia, em 1978, e para o regresso dos exilados e do *habeas corpus* para crimes políticos. Contudo, os avanços nos direitos sociais e mesmo a retomada de direitos políticos não trouxeram conquistas significativas nos direitos civis. Dessa forma, a história do desenvolvimento dos elementos de cidadania no Brasil sofreu uma inversão substancial, tanto no aspecto da sequência dos fatos, quanto no tocante à ênfase atribuída a cada um desses direitos. Não só foi atribuído primazia aos direitos sociais, como estes também precederam os demais, o que acarretou uma compreensão do cidadão brasileiro bastante distinta da do cidadão inglês (CARVALHO, 2012, pp. 11-12).

Conforme observa José Murilo de Carvalho (2012, pp. 219-220)

Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide de direitos foi colocada de cabeça para baixo.

Na sequência inglesa, havia uma lógica que reforçava a convicção democrática. As liberdades civis vieram primeiro, garantidas por um Judiciário cada vez mais independente do Executivo. Com base no exercício das liberdades, expandiram-se os direitos políticos consolidados pelos partidos e pelo Legislativo. Finalmente, pela ação dos partidos e do Congresso, votaram-se os direitos sociais, postos em prática pelo Executivo. A base de tudo eram as liberdades civis.



Assim como a abolição da escravidão, o fim dos governos militares não foi suficiente para eliminar os resíduos de autoritarismo nas leis, instituições e práticas políticas e sociais brasileiros. Não obstante, o entusiasmo em torno da redemocratização do país implicou em considerável participação de representantes dos mais distintos setores sociais na elaboração da nova Constituição do país.

A “Constituição Cidadã”, como ficou conhecida a Lei Fundamental de 1988, tentou refletir um pouco das expectativas que compõem o miscigenado e heterogêneo povo brasileiro. Foi assim que, como diria José Murilo de Carvalho (2012, p. 7), “a cidadania virou gente”. Por óbvio, a Constituinte não foi isenta de pressões de grandes empresas ou de bancadas mais conservadoras, nem a democracia política foi suficiente para resolver alguns problemas crônicos do Brasil, como a pungente desigualdade social e analfabetismo.

Imaginou-se, portanto, que a participação no processo constituinte seria suficiente para reverter as consequências nefastas das constantes rupturas legais e violações de direitos fundamentais de cidadãos excedentes na história nacional. Ocorre que a ausência de integração ética na sociedade brasileira, a desconfiança nas tradições e as discontinuidades históricas dificultam a convergência de concepções assentadas, que seriam capazes de conferir força legitimadora ao processo de formação democrático (CITTADINO, 2013).

Nesse sentido, Cittadino (2013, p. 230) afirma que

Com efeito, se não podemos caracterizar a sociedade brasileira como congruente e harmônica, tampouco podemos nos referir à Constituição como uma ordem concreta de valores compartilhados por nossa comunidade. Não podemos, como querem os "comunitários" tomar as normas jurídicas como bens atrativos sobre os quais recaem preferências valorativas.

Apesar do salto democrático obtido com a Constituição Federal de 1988, a compreensão de cidadania presente na Lei Fundamental ficou aquém do desejado. Isso porque embora eleja a cidadania a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, CRFB/88) e preveja meios para facilitar o garantir seu exercício<sup>17</sup>, a Constituição brasileira por vezes recai na antiga confusão entre cidadania e direitos políticos.

Nesse aspecto, a cidadania é tratada de forma bipartida, composta por um viés ativo e outro passivo que correspondem, respectivamente, às possibilidades de votar e de tornar-se

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê a concessão de mandado de injunção diante da ausência de norma regulamentadora que torne inviável as prerrogativas inerentes à cidadania (art. 5º, LXXI) e atribui gratuidade aos atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

elegível<sup>18</sup>. Assim, a cidadania limitaria-se ao exercício dos direitos políticos, isto é, às faculdades de alistar-se (art. 14, §2º, CRFB/88), eleger-se (art. 14, §3º, CRFB/88), emitir opinião em plebiscitos e referendos (art. 14, II e III, CRFB/88), apresentar projeto de lei de iniciativa popular (arts. 14, III e 61, §2º, CRFB/88) e propor ação popular (art. 5º, LXXIII, CRFB/88)<sup>19</sup>.

Uma segunda imprecisão teórica constatada nessa concepção consiste na projeção da política sobre a figura do Estado, olvidando, portanto, que há dimensões extraestatais da política que também são essenciais para a compreensão de cidadania plena que "se assenta na ação, responsabilidade e consciência do indivíduo; [e que] não é uma imposição do Estado, nem uma via para incrementar seu poder<sup>20</sup>" (BARRY CLARKE, 2010, pp. 10-11). Ainda nas palavras de Barry Clarke (2010, p. 12), faz-se necessário adotar "uma visão, portanto, não estatal da política em que a dimensão política da ação radica no compromisso do indivíduo com o mundo, e não na projeção da ação no Estado<sup>21</sup>". Essa ação, inclusive, fortaleceria a cidadania brasileira, em contraponto com o enfraquecimento da cidadania.

Passado um longo período sem eleições diretas no país, é de se compreender a valoração atribuída aos direitos políticos, mas não justifica, ao contrário, deslegitima a percepção metonímica dos direitos de cidadania. Diferente da perspectiva reducionista adotada pela Constituinte de 1988, a cidadania compõe o núcleo essencial dos direitos humanos, uma vez que, conforme abordado anteriormente, consiste no direito de ter direitos e deveres reconhecidos na comunidade jurídica (SORTO, 2009, p. 43). Aqui, o desafio que sobressai é o de formar uma nova compreensão de cidadania no país da "Constituição Cidadã".

---

18 É essa a interpretação do Supremo Tribunal Federal sedimentada na ação cautelar 2763, quando afirma que "a perda da elegibilidade constitui situação impregnada de caráter excepcional, pois inibe o exercício da cidadania passiva" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AC 2.763-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 1º-2-2011.).

O artigo 205, da Constituição Federal de 1988, parece seguir a mesma compreensão quando afirma que a promoção da educação visa "ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

É também essa a interpretação que se faz do termo "cidadania" para delimitar as possibilidades de impetração do mandado de injunção que, segundo dispõe o artigo 5º, LXXI, da CRFB/88, será concedido "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

<sup>19</sup> Com base no mesmo raciocínio, existiriam previsões autorizativas para certa atenuação no exercício da cidadania, como os casos previstos de inelegibilidade absoluta ou relativa (art. 14, §§ 4º a 9º, CRFB/88) e de perda ou suspensão dos direitos políticos (art. 15, CRFB/88).

<sup>20</sup> No original: "[...] la ciudadanía plena se asienta sobre la acción, la responsabilidad y la conciencia del individuo; no es una imposición del Estado ni una vía para incrementar su poder".

<sup>21</sup> No original: "Lo que aquí se propone es una invitación a compartir una visión. no se preende imponer nada. Sólo es una invitación a concebir o imaginar un desarrollo de la política que realce la ciudadanía sin extender los confines del Estado. Una visión por lo tanto, no estatista de la política en la que la dimensión política de la acción radica en el compromiso del individuo con el mundo y no en proyección de la acción en el Estado".

No entanto, ainda que em uma concepção atualizada, como garantir a efetividade dos direitos de cidadania sem modificar a estrutura das instituições as quais cabe o dever de executá-los e resguardá-los? E como garanti-los diante de eventual descumprimento sem uma nova compreensão do próprio Judiciário brasileiro<sup>22</sup>?

## 1.2 Cidadania e pluralismo jurídico

A noção tradicional vincula a cidadania a um dos elementos do Estado - o povo - e, no Estado Nação, explora sua homogeneidade a partir de um marco teórico monocultural, caracterizador da identidade nacional. O transcurso entre essa compreensão e a defesa da existência de cidadanias perpassa, portanto, por uma mudança epistemológica que culmina no reconhecimento do pluriculturalismo e, consequentemente, do Estado plurinacional. Conforme ressalta José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 29)

As práticas democráticas que constroem o Estado Plurinacional podem permitir superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos da vida social.

A grande transformação e ruptura do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático, participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O pluralismo jurídico é, assim, o marco teórico central dessa abordagem, uma vez que referencia posturas teóricas que partem da compreensão da multiplicidade de atores sociais e práticas políticas fundadas na descentralização do exercício do poder e na autonomia dos grupos sociais (VÉRAS NETO, 2010, p. 152).

A superação da perspectiva monocultural, inclusive, é eminente ao ponto de marcar o discurso de pensadores que não comungam dos mesmos paradigmas, nem pretendem alcançar os mesmos resultados, coexistindo em teorias liberais, comunitárias e intersubjetivas (CITTADINO, 2013). Ela decorre prioritariamente da insuficiência, para reger a sociedade

---

<sup>22</sup> A função do Judiciário está diretamente associada à manutenção dos direitos existentes, mas também ao reconhecimento dos novos direitos e interesses vigentes na sociedade. Dessa forma, desempenha papel incontestável na consolidação e expansão da cidadania. Sendo assim, é fundamental que o Judiciário se perceba enquanto agente garantidor dessa cidadania e molde suas práticas a partir dessa perspectiva de efetivação de direitos humanos.

contemporânea, dos pressupostos que fomentaram e consolidaram o Estado Moderno, formulados a partir do século XV.

Nesse sentido, faz-se necessário repensar e forjar maneiras de produzir o conhecimento a partir da práxis pluralista, partindo, assim, da expressão dos direitos à diferença e à identidade coletiva. Com isso, busca-se partir do pluralismo enquanto maneira prioritária de pensar o Direito, e não como mais uma perspectiva dentre tantas possíveis (WOLKMER, 2006, pp. 114-115).

Com o pluralismo jurídico e o reconhecimento do multiculturalismo, torna-se possível conceber o Direito por meio da interculturalidade e da decorrente verificação de que nenhuma cultura é acabada, mas sim uma miríade de possibilidades constitutivas de comunicar-se com outras culturas (WOLKMER, 2006, p. 120). Afinal, é indispensável ter em mente que "a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais" (CITTADINO, 2013, pp. 77-78).

Ao contrário, a subordinação a abstrações normativas a respeito de um "sujeito de Direito" genérico e objetivo não consegue acompanhar o ritmo das transformações sociais, razão pela qual os teóricos do Direito devem estudar a construção coletiva de conjuntos de direitos através de movimentos e grupos sociais que opõem-se a carências inaceitáveis, o que leva a construções coletivas de cidadanias (WOLKMER, 2001, pp. 90 ss.).

Emergem, assim, manifestações de juridicidade emancipatória que ultrapassam a compreensão monista do Direito estatal, advindas de sujeitos historicamente esquecidos ou marginalizados. Com isso, o estudo do Direito encontra-se em processo de reinvenção, principalmente em territórios colonizados, a exemplo da América Latina, seguindo ao encontro do resgate de culturas encobertas e marginalizadas pelo processo até então hegemônico. Esse processo esbarra também na necessidade de reinventar as instituições jurídicas e políticas, adequadas ao paradigma dominante e à ideia tradicional e reduzida do conceito de nação, para possibilitar a inserção de culturas contra-hegemônicas (LEAL; FAGUNDES, 2011, p. 126).

A inefetividade da resposta estatal à pluralidade de demandas e conflitos e das relações colonizadoras entre países indica a necessidade de buscar alternativas capazes de garantir o direito à diferença individual e coletiva. Dessa forma, procura-se construir um espaço contra-hegemônico baseado na alteridade e na diversidade cultural, possibilitando a afirmação de direitos humanos (WOLKMER, 2006, p. 117). Assim, reconhece-se a pluralidade de espaços públicos participativos, desvincula-se o exercício político da figura do

Estado (BARRY CLARKE, 2010, p. 12), esforça-se em compensar desigualdades históricas e compreende-se que

Não se trata mais de sujeitos de uma "cidadania regulada", presos à formalidade do voto delegativo, mas de "sujeitos em relação", numa dinâmica de alteridade com o outro. [...] Por isso, cabe substituir sujeitos destituídos de poder pelo subterfúgio da "delegação" por sujeitos individuais e coletivos com poder de ação e decisão, capazes de, no pleno gozo da cidadania, exercer o controle democrático sobre o Estado ou sobre qualquer outra forma de poder instituído. (WOLKMER, 2001, pp. 253-254)

Quanto a esse aspecto, é relevante expressar uma crítica aos próprios direitos humanos, idealizados sob contornos formais e abstratos e com legitimação reduzida, em grande medida, ao reconhecimento legislativo por parte do Estado, seja ele nacional ou internacional. Essa abordagem vê os direitos humanos sob o marco estatal, distancia os cidadãos do Direito e assevera uma natureza individualista e formalista dos direitos humanos. Reconhecer suas limitações é, assim, essencial para defender uma redefinição multicultural desses direitos a partir da compreensão de cidadanias e do direito à diferença (WOLKMER, 2006, p. 123).

A admissão da existência de várias fontes de produção jurídica em um só Estado, umas reconhecidas por ele, outras não, e de sua internormatividade permite pensar uma nova socialização intrínseca ao Direito (VÉRAS NETO, 2010, p. 154). Essa constatação, simultaneamente, alivia o insustentável fardo estatal de legislar para todos.

Importante ressaltar que a constatação do pluriculturalismo ou mesmo da defesa do Estado plurinacional não vai de encontro à globalização, à tendência de cosmopolitismo ou mesmo à defesa de cidadania universal em razão de, como será ressaltado no item seguinte, a uniformidade não implicar em universalismo ou na identificação com o comum. Não só, o multiculturalismo é possível e manifesto na globalização, uma vez que esta se limita a reordenar diferenças e desigualdades, sem, contudo, suprimi-las (CANCLINI, 2010, p. 11).

Todavia, a formação jurídica costuma fundamentar-se na construção de ideias e conceitos acumulados a partir de uma cultura dominante - o *senso comum jurídico* - que enfrenta a abordagem monocultural da cidadania estatal como lugar comum (WARAT, 2010, p. 49). Essas abstrações conduzem a escapismos que isolam o jurista e o distanciam da realidade, levando à repetição irrefletida de pressupostos essenciais para a manutenção do *statu quo* (VÉRAS NETO, 2010, p. 161). Sobre o tema, ao retratar o caso brasileiro, Roberto DaMatta (1997, pp. 243) relata que

O superior engloba e guia o inferior, evitando que o "povo" seja enganado e aviltado nos seus direitos. No Brasil, então, temos "representantes do povo", e não representantes de setores da sociedade, caso em que o mundo ficaria dolorosamente concreto e povoado de crises e de interesses.

Nesse sentido, pode-se afirmar, como Capella (2005, p. 142), que essa concepção de cidadania universal e abstrata não passa de um indício de liberdade incapaz de democratizar a sociedade, não perfazendo, portanto, o ideal de igualdade de direitos e obrigações. É em razão desse escapismo que perdura a confusão entre os conceitos de universal, uniforme e comum, bem como a defesa de cidadania homogênia dentro de um Estado.

### 1.2.1 Do diálogo entre as culturas proposto por François Jullien

Em seu "De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre las culturas", François Jullien (2010) parte da constatação de que a homogeneização dos modos de vida faz-se tão presente quanto a intensificação de conflitos de ordem cultural. Com esse contraste, indica que fenômenos como a globalização<sup>23</sup> não são suficientes para impedir o diálogo entre culturas.

Para demonstrar que o diálogo entre culturas continua a existir, mesmo diante da carga excessiva de correção ideológica pelo modelo hegemônico, ele analisa e decompõe o conteúdo de "universal", "uniforme" e "comum", termos usados amplamente e de forma confusa e que, entretanto, apresentam significados não coincidentes. A compreensão precisa da abrangência de cada uma dessas expressões revela equívocos e dominações ideológicas perpetuadas sob a pretensa conformidade desses conceitos. Com isso, demonstra que a uniformização do modo de vida ocidental não interfere ou, ao menos, não deve interferir no pluriculturalismo.

A princípio, François Jullien (2010, pp. 19 ss.) decompõe o caráter racional do universal. Demonstra que, para considerar-se universal em sentido forte, a necessidade deve ser anterior à experiência e que só numa compreensão débil da universalidade pode-se admitir a conformidade com a práxis. Na compreensão conformista de universal, limita-se a constatar que as coisas ocorrem sempre de certo modo em dado tempo e espaço; enquanto a noção forte

---

<sup>23</sup> Sobre o tema, ressalte-se a perspectiva de Santos (2004) quanto à existência não de uma, mas de várias globalizações. Segundo o autor, "a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival" (SANTOS, 2004, p. 244). Desse modo, a globalização é sempre a imposição bem sucedida de determinado localismo, razão pela qual é necessariamente homogeneizadora. Enquanto localismo globalizado, não parte de perspectiva pluralista e, pela mesma razão, não se propõe, nem mesmo se preocupa em proporcionar efetivo diálogo entre culturas.

- a única legítima, segundo argumenta o autor - estabelece a necessidade *a priori* de algo acontecer de forma determinada e a inadmissibilidade de variações desse padrão, sem que, para isso, tenha que ter sido observado experimentalmente.

Assim, o que distingue cada um dos casos é a necessidade racional de padronização do juridicamente universal em contraposição a juízos gerais limitados à experiência aceitos pelo universal fraco. Nesse sentido, Jullien (2010, p. 22) constata que o "universal" da Declaração Universal dos Direitos Humanos possui sentido débil, uma vez que denota exclusivamente a natureza empírica dos direitos expostos no manifesto, atuando de forma meramente prescritiva, como atributo a ser defendido e alcançado.

Embora a noção forte de universal seja a verdadeiramente jurídica, o Direito tem feito uso simbólico<sup>24</sup> do termo, como constatação da experiência ou, ainda menos, enquanto valor a ser perseguido na tentativa de homogeneizar situações e apaziguar conflitos. Nesse contexto, merece destaque a indagação de François Jullien (2010, pp. 27-28) de que, com a relativização do elemento racional que o caracteriza, "quem poderá seguir acreditando na transparência do universal, ou ao menos que este seja um instrumento neutro?"<sup>25</sup>.

O questionamento é pertinente em razão da larga utilização da universalidade em seu aspecto débil influir na sua confusão com uniformidade e, com isso, reforça a aparente universalidade do que sequer o é em sentido forte. O que François Jullien (2010, pp. 31 ss.) demonstra é exatamente o contrário: a larga utilização de universalidade frágil é feita com o interesse de prolongar o uniforme, reforçando seu caráter manifesto.

Na era da globalização, o reforço do uniforme a partir da ideia de universal tem extensão ainda mais nefasta: o uniforme mascara-se através da ideia de universalidade e, com isso, legitima e imuniza a perpetuação de práticas de dominação. Isso porque o uniforme não diz respeito a necessidades, mas a comodidades de produção em massa que, por sê-lo, implica em menos custos, mais simplicidade para elaboração e mais rendimentos (JULLIEN, 2010, p. 32).

Assim, enquanto o universal contrapõe-se ao singular, o uniforme opõe-se ao diferente. Por essa razão, é o uniforme, e não o universal, que prejudica o multiculturalismo,

---

<sup>24</sup> Esse uso de poder simbólico pelo Estado, através do Direito, culmina na promulgação de legislação-álibi, isto é, de normas em que a função ideológica prepondera frente a sua possibilidade de efetivação. Com isso, reproduz-se a imagem de um Estado que corresponde às aspirações sociais, bem como aos preceitos internacionais.

O termo legislação-álibi foi usado inicialmente por Kindermann e é empregado aqui conforme interpretação atribuída em NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 36-37.

<sup>25</sup> No original: "¿quién podrá seguir creyendo en la transparencia de lo universal, o que sea siquiera un instrumento neutro?"

mas a uniformidade só se justifica à medida em que é funcional, enquanto o universal carrega consigo o peso de ser uma necessidade racional. Pode-se relativizar o uniforme, mas não o universal forte.

Nas palavras de François Jullien (2010, pp. 32-33),

Se, ao ignorar a experiência para considerar apenas o dever ser, o universal suscita ostensivamente uma rebelião - a da singularidade do "isto" aqui presente, ou do sujeito individual pandêmico -, contenta-se em adormecer toda a resistência que poderia ser ofertada e funde-se em paisagem; o *habitus* leva-o pelos ares; sua simples frequência parece autorizá-lo. Em outras palavras, seu poder é simplesmente acumulativo: quanto mais se estende, mais se impõe; e quanto mais se fortalece, mais se propaga, etc. [...] Trata-se de um conceito superficial porque é puramente aparente. Limita-se a refletir a imagem que a ele se assume e nem sequer possui o rigor totalizado do genérico. Nem sequer o célebre "temos de amar aos nossos semelhantes" significa algo<sup>26</sup>.

A globalização oferece riscos quando amplia a uniformização ao máximo e perpetua seu molde por todo o mundo como se fosse algo universal forte - necessário e racional - usufruindo da extinção das barreiras. O prestígio da uniformização, ao ser difundida em escala planetária, faz com que se perpetue de maneira imunizada e que sequer aparente ser uma imposição, o que permite a discreta ditadura do hegemônico, capaz de aceitar contradições apenas de forma residual (JULLIEN, 2010, p. 35). Fala-se em ditadura em razão da uniformização alcançar não só os bens materiais e os meios de produção, mas também o imaginário social, de maneira a estimular sua repetição contínua, conduzindo à ditadura do semelhante e atingindo frontalmente as especificidades culturais<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> No original: "Si, al desentenderse de la experiencia para no apelar sino al deber ser, lo universal suscita ostensiblemente una rebelión, la de la singularidad del "Esto" aquí presente, o del Sujeto individual pandémico, se contenta con adormecer toda resistencia que pueda ofrecérsele y se funde en el paisaje; el *habitus* lo lleva en volandas; su simple frecuencia parece autorizarlo. En otras palabras, su poder es simplemente acumulativo: cuanto más se extiende, más se impone, y cuanto más se afianza, más se propaga, etcétera. [...] Se trata de un concepto superficial porque es puramente aspectual. Se limita a reflejar la imagen que a él se asome, y ni siquiera posee el rigor totalizador de lo genérico. Ni siquiera el célebre "hemos de amar a nuestros semejantes" significa nada".

<sup>27</sup> Se toda necessidade é universal, mas nem todo universal é necessário, admitindo-se e constatando a universalidade fraca, nem por isso os discursos de imposição de padrões homogeneizadores pela globalização deixam de manipular esses conceitos de forma a aparentar certa necessidade no que só é universal em sentido fraco, em virtude de certo acordo ou observação empírica. Esse discurso, por vezes, recai nos direitos humanos, impondo padrões valorativos e comportamentais a sujeitos distintos, de maneira a desconsiderar a influência cultural e sem fazer o devido diálogo entre culturas ou o uso da teoria da tradução a qual remete Santos (2011a, p. 27).

Sobre o tema, Narbal de Marsillac (2007, pp. 50-51) afirma que "O problema é a inevitável contingência e não-universalidade das condições de universalidade. Em outras palavras, sempre se teoriza de um lugar específico, comprometendo os resultados das reflexões com os contextos culturais de origem. Daí a necessidade de, ao se falar de tais direitos, procurar pensar antes no dever de um diálogo multicultural o mais aberto possível. Neste sentido, falar da construção dos direitos humanos nos ajuda a rever nossa herança axiológica e, talvez, assim perceber tratar-se de uma herança que atinge inúmeros povos, mas ainda assim é local e não global".

É por essa razão que Panikkar (2004, pp. 209 ss.) defende a busca de equivalentes homeomórficos nas diferentes



A consequência específica dessa dissimulação do uniforme como universal na ordem capitalista e de seu reforço na violência simbólica é exposta por Haroldo Abreu (2008, p. 190) nos seguintes termos:

A vitória ideológica e cultural do capital só se realizou plenamente quando a consciência comum dos indivíduos, especialmente dos subalternos, passou a apreender e reproduzir os valores e a racionalidade necessários à reprodução da ordem como se fossem naturais e constitutivos da sua participação no bem comum, logo, como inerentes ao exercício da cidadania. Esta se torna, portanto, um elo ineliminável do processo hegemônico.

Em termos mais gerais, nenhuma ordem de dominação pode garantir sua permanência apenas com bens materiais e instituições, se a consciência dos homens, ou de pelo menos a de sua maioria, não corresponder aos supostos da produção e da reprodução social vigentes. *Na ordem capitalista, o processo de reprodução e legitimação é ainda mais complexo, pois sua existência supõe a universalização da imagem do indivíduo senhor de si ou de sua capacidade de trabalhar e interagir, mas supõe também que a maior parte deste universo social abstratamente nivelado não possua os meios sociais necessários para dispor desta capacidade.* [grifos acrescidos]

Por outro lado, é importante também precisar a noção do comum, conceito político que corresponde à interação no espaço coletivo, ao que é comunitário, e difere substancialmente da noção pobre e aspectual de semelhante (JULLIEN, 2010, p. 39). O comum, portanto, reflete a riqueza da vivência, não sendo anterior à práxis como o é o universal forte. Sua extensão é gradual e se dá em vários âmbitos, tais quais os do trabalho, da família e do Estado. Dessa maneira, gradua também a existência do indivíduo na medida da sua participação em cada um desses espaços, uma vez que cabe a cada pessoa decidir e reconhecer quais dessas relações terá como suas e em que domínios pretende interagir (JULLIEN, 2010, p. 41).

O comum é a essência da compreensão de cidadania grega e reflete o aspecto fundamental da liberdade dos antigos, baseada na possibilidade de influir e interagir no espaço público em relação de igualdade (CONSTANT, 1985). É, pela sua própria natureza, ambíguo, uma vez que, conforme François Jullien (2010, p. 46),

---

culturas, isso é, de similitudes funcionais específicas, por intermédio das quais seria possível estabelecer o diálogo intercultural, ao invés da imposição de localismos de maneira globalizada (Santos, 2004) ou de análise de uma cultura segundo a perspectiva de outra. Essa noção é essencial à medida que nega a possibilidade de culturas e ideologias específicas apresentarem soluções ou manifestarem-se em nome de toda a humanidade, sendo imprescindível o diálogo e a interação para compreensão mútua quanto às particularidades e eventuais similitudes (PANIKKAR, 2004, p. 206). Considera, por isso, a imprescindibilidade da hermenêutica diatópica enquanto reconhecimento do direito à igualdade sempre que a diferença servir de parâmetro para inferiorização comparativa; em simultâneo ao direito à diferença como forma de evitar descaracterizações e imposições de homogeneidade pela igualdade (SANTOS, 2004, p. 272).

Se o comum é o que compartilho com um certo número de semelhantes, também é, pela mesma razão e em atenção a essa linha divisória, o que exclui a todos os demais. E, se o comum não encontra oposição no individual ou no singular (antônimos do universal), nem no diferente (contrário ao uniforme), mas claramente no *próprio* ou no *particular*, vemos também que nem por isso cessa a ameaça de que esse "próprio", adverso, absorva-o, expondo-o, em consequência, à total ruína de seu ideal. E isso devido ao fato de que essa comunidade, nascida do que se compartilha, acredita possuir *como propriedade* os atributos compartilhados, bem como em função de o que fazia com que seus membros estivessem abertos uns aos outros, voltasse a encerrar-se agora em forma de propriedade comum<sup>28</sup>. [grifos no original]

Abordadas as diferenças entre cada um desses termos, importa ainda constatar a distinção entre a universalidade lógica e a universalidade de valores, aquela referente à noção supramencionada de universal e esta relativa ao partilhamento de necessidades existenciais comuns às culturas (JULLIEN, 2010, p. 104). Embora não se creia na correspondência simplista de princípio entre culturas, permanece o anseio de conceber uma interlocução possível a partir de ideais comuns à humanidade capazes de transcender os condicionamentos de cada cultura, e não de meras contraposições ao singular.

Quanto aos direitos humanos, por exemplo, isso seria possível a partir do momento em que se assumisse que sua compreensão tradicional advém de uma dupla abstração - "direitos" e "homem" -, fruto de condicionamentos históricos específicos e voltada mais a uma classe individualizada do que a todos os seres humanos (JULLIEN, 2010). Com isso, compreender-se-ia a necessidade de suavizar parte de seus componentes para adaptá-los a uma perspectiva transcultural - mais provável pelo aspecto negativo do que pelo positivo - e concebê-los a partir de sua operatividade e radicalidade (JULLIEN, 2010, p. 167).

Desse modo, o discurso dos direitos humanos ultrapassaria a mera tentativa de homogeneização baseada em uma universalidade lógica fraca para atingir o comum por meio de universalidade de valores. Sob essa perspectiva, torna-se possível conciliar o pluralismo, o multiculturalismo e o núcleo duro de distintas cidadanias, sejam elas externas ou intraestatais.

---

<sup>28</sup> No original: "Pues, si lo común es lo que comparto con un cierto número de semejantes, también es, por ello mismo y ateniéndonos a esta línea divisoria, que no obstante vale también como demarcación, lo que excluye a todos los demás. O, si lo común no encuentra ya su opuesto en lo individual o lo singular (antónimos de lo universal), ni en lo diferente (contrario a lo uniforme), sino claramente en lo propio o lo particular, vemos también que no por ello cesa la amenaza de que eso 'proprio', adverso, lo absorba exponiéndolo, en consecuencia, al total naufragio de su ideal. Y ello debido a que esa comunidad nacida de lo que se comparte cree poseer en propiedad los atributos compartidos, y a que lo que hacía que sus miembros se abrieran unos a otros vuelve a cerrarse ahora en forma de propiedad común".

### 1.2.2 Do reconhecimento de graus de cidadania em uma mesma sociedade: a perspectiva de Benito Alaéz Corral

Embora não utilize o pluralismo jurídico como marco teórico, a compreensão de cidadania gradual de Benito Alaéz Corral, filiado ao positivismo jurídico, é de grande contribuição para a constatação de diferentes níveis de cidadania em âmbito intraestatal, razão pela qual sua obra será examinada nesta pesquisa.

Alaéz Corral (2006, p. 1) reconhece a deficiência de abordagens sobre os destinatários da democracia (*demos*) e o enfoque generalizado no estudo desta sob a perspectiva dos mecanismos de governo e dos elementos necessários para a sua configuração (*kratos*) para, como mencionado em tópico anterior, propor uma análise funcional do instituto da nacionalidade e, com isso, diferenciá-la da cidadania, defendendo que os indivíduos que detém aquela possuem esta em plenitude, embora não sejam seus únicos detentores. Nas palavras do autor,

[A caracterização como] cidadãos, pois, tem sido contemplada, no mais estrito sentido do termo, a um subconjunto dos membros do povo, os nacionais, aos quais se imputa a soberania; os primeiros (os cidadãos), caracterizados por sua capacidade de serem titulares e/ou de exercer os direitos de participação em que se funda aquela; e os segundos (o nacionais), caracterizados por conformar o sujeito coletivo da soberania a partir de um pacto político e de um acervo étnico-cultural comum mais ou menos intenso. [...] Mas, à medida que a sociedade tem se complexificado com contribuição dos fluxos migratórios internacionais, pode resultar contraditório manter essa vinculação entre soberania e um sujeito nacional relativamente estático ao mesmo tempo que se afirma o caráter democrático dessa soberania, ao menos na configuração que a ela tem sido atribuída em alguns dos textos constitucionais contemporâneos<sup>29</sup>. (ALAEZ CORRAL, 2006, pp. 6-7)

Segundo Corral (2006, p. 3), através da nacionalidade, o Estado especifica o conjunto de condições para que alguém seja declarado como pertencente à parcela estável e permanente de seu povo. Diferencia, assim, aqueles que estão submetidos a sua ordem jurídica de forma perene, os nacionais, daqueles que só o estão de maneira eventual e residual, os estrangeiros. É, portanto, um critério que serve prioritariamente para discrimén, diferente

---

<sup>29</sup> No original: "Ciudadanos, pues, se han considerado en el más estricto sentido del término a un subconjunto de los miembros del pueblo, los nacionales, a los que se imputa la soberanía; los primeros (los ciudadanos), caracterizados por su capacidad para ser titulares y/o ejercer los derechos de participación en los que se plasma aquélla; y los segundos (los nacionales), caracterizados por conformar el sujeto colectivo de la soberanía a partir de un pacto político y de un acervo étnico-cultural común más o menos intenso. [...] Pero a medida que la sociedad ha ido aumentando en su complejidad, y los flujos migratorios internacionales han contribuido a ello, puede resultar contradictorio mantener esa vinculación entre la soberanía y un sujeto nacional relativamente estático, y al mismo tiempo afirmar el carácter democrático de dicha soberanía, por lo menos en la concreta configuración que la democracia han hecho algunos de los textos constitucionales contemporáneos".

de sua utilização na Roma Antiga baseada na inclusão política e econômica (ALAEZ CORRAL, 2006, p. 24). São os nacionais que garantem a existência do Estado moderno, uma vez que é deles que emergem os serviços militares e o pagamento substancial de tributos.

Não obstante, em Estados Democráticos de Direito, a Constituição deve zelar para que o estrangeiro sinta-se respeitado enquanto ser humano, com direitos fundamentais garantidos, e que, caso tenha interesse, possa tornar-se súdito permanente a partir da obtenção de condições de naturalização.

Esse pensamento já havia sido defendido por Kant (2005), quando propôs o direito de hospitalidade como sendo um dos elementos essenciais para a consecução da paz perpétua. A novidade de Corral (2006, pp. 196-197) é de concluir desse fato que a cidadania é um processo jurídico fundamental de integração social e política que não pode ter conteúdo generalizado e definido previamente, uma vez que seus direitos e deveres são garantidos de forma gradual, à medida que o indivíduo vai sendo incorporado à ordem jurídica estatal. Com isso, contrapõe-se à noção de cidadania como status, defendida por Thomas H. Marshall (1963).

Desse modo, Alaez Corral (2006, p. 203) reconhece dois elementos essenciais ao instituto da cidadania: a atribuição de capacidade de participação na sociedade em conformidade com as normas jurídicas e, com isso, um ou diversos níveis de pertença a comunidade humana específica. Identifica, assim, como intrínsecos à condição de cidadão tanto a participação, quanto o pertencimento a uma cultura política aberta compatível com o pluralismo político e cultural.

Isso porque a democratização do Estado contrapõe-se à reducionista equivalência entre cidadania e nacionalidade e reconfigura a titularidade dos direitos de participação que compõem aquela, de forma a estendê-los a um número cada vez maior de indivíduos. Afinal, a concepção da democracia enquanto modelo plural, livre, participativo e igualitário condiciona a ação estatal, que não pode pautar-se em desigualdades injustificadas ou na exclusão ilegítima de indivíduos do âmbito político, econômico e social. É o que defende Corral (2006, p. 221) quando afirma que

Nesse sentido, a cidadania passa a ser concebida como um processo jurídico que, através do exercício dos direitos fundamentais, permite ao indivíduo integrar-se em uma prática cívica comunicativa, funcionalmente orientada a preservar o marco constitucional que a possibilita e o pluriculturalismo dos sujeitos e dos grupos que se encontram sujeitos a esse marco<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> No original: "En este sentido, la ciudadanía pasa a ser concebida como un proceso jurídico que, a través del ejercicio de los derechos fundamentales, permite al individuo integrarse en una praxis cívica comunicativa,

Nessa compreensão, a cidadania é vista como instituto inclusivo que abarca nacionais e estrangeiros, mas que, por abarcar diversos âmbitos materiais de integração social, pode ser graduada, de maneira a diferenciar em relação à quantidade de direitos e obrigações reconhecidas a cada indivíduo, o que deve ser feito baseado em desigualdades compatíveis com o modelo democrático e fruto da heterogeneidade particular de uma sociedade complexa (ALAÉZ CORRAL, 2006, p. 232). Assim, defende-se que a cidadania é composta por uma pluralidade de relações jurídicas fundamentais que contribuem para a realização da dignidade humana através da vinculação da capacidade jurídica individual ao acesso à titularidade e ao exercício de direitos fundamentais, verdadeiros fragmentos de soberania (ALAÉZ CORRAL, 2006, pp. 268-269).

Outra conclusão essencial dessa abordagem é que apenas os nacionais e, em alguma medida, somente os natos ou a eles equiparados, detêm cidadania plena (ALAÉZ CORRAL, 2006, p. 240). Isso decorre de manifestação do ordenamento jurídico estatal a partir da eleição da nacionalidade como critério relevante para delimitar o maior pertencimento social e a integração do indivíduo à comunidade política.

Embora a teoria de Corral reconheça a existência de diversos níveis internos de inclusão política e social do indivíduo a partir da cidadania, desconsidera em seu trabalho a graduação existente também entre os próprios nacionais. Seu estudo, embora avance no sentido da cidadania do estrangeiro residente - esteja ele legal ou ilegalmente no país -, pressupõe certa igualdade jurídica entre os nacionais de cada Estado, como se fossem capazes de participar e estivessem integrados à comunidade jurídica na mesma proporção. Todavia, nem todos os cidadãos que são também nacionais tem acesso aos direitos de cidadania em sua plenitude ou em igualdade de condições com os demais. Trata-se, assim, da necessidade de reconhecer, mesmo em Estados autoentitulados democráticos, a existência de nacionais que são cidadãos em plenitude, em contraponto a outros que o são de forma limitada.

### 1.2.3 Classes e cidadanias em países periféricos: a contribuição de Jessé Souza

Jessé Souza, tal qual Alaéz Corral (2006), reconhece a existência de diversos graus de cidadania numa mesma sociedade. Seu diferencial consiste na forma como aborda essas distinções e como analisa a repercussão da construção da figura do brasileiro cordial na

---

funcionalmente orientada a preservar el marco constitucional que la hace posible y el pluriculturalismo de los sujetos y los grupos que se hallan sujetos a ese marco".

perpetuação de formas veladas de discriminação. Parte da constatação de que, no seio de sociedades periféricas e em contexto formalmente democrático e pluralista, há a hierarquização dos cidadãos em primeira e segunda classe por meio de distinções sociais implícitas (SOUZA, 2012a, p. 41).

Seu foco, portanto, é a análise da cidadania brasileira sob uma perspectiva sociológica que julga adequada a países periféricos. Apresenta, para isso, interrelações entre cidadania e classes sociais - aqui entendidas como estruturas sociais que ultrapassam distinções por capital econômico e agregam também aquelas por capital cultural -, voltando a atenção para os diferentes graus de cidadania entre nacionais. Dessa forma, demonstra como diferenças instituídas tendem a ser compreendidas como distinções naturais a partir da utilização de poder simbólico (SOUZA, 2012a, p. 46 e SOUZA, 2012b, p. 98).

Para tanto, traz nomenclaturas próprias, como "ralé brasileira" e "subcidadania"<sup>31</sup>, com a intenção de referir-se àqueles que não detém igualdade nas condições que possibilitam a auferição da cidadania plena. Os termos irônicos adotados, simultaneamente, destacam a latente violação a direitos humanos da situação e evidenciam o propósito do autor de tratar das condições não de cidadãos genéricos, mas de grupos de marginalizados que, não sem razão, tendem a permanecer excluídos<sup>32</sup> (SOUZA, 2012b, p. 25). Propõe, assim, uma análise contra-hegemônica dos cidadãos e da cidadania no Brasil, o que é essencial para permitir a organização da identidade coletiva de cidadãos marginalizados, excedentes (ABREU, 2008, p. 348).

Esse tipo enraizado de distinção entre cidadãos é de grande relevância para esta pesquisa em razão de ser ele o mais difícil de ser constatado no dia-a-dia, ainda que continuamente repetido. Por essa razão, costuma escapar também da percepção do Estado e, por consequência, do Judiciário, órgão ao qual cabe, em primazia, garantir a efetividade dos direitos e deveres de cidadania.

Conforme atenta Souza (2011, p. 35), a discriminação entre cidadãos nacionais de primeira e segunda categoria remonta à invenção dos símbolos nacionais que, ao se proporem

---

<sup>31</sup> O termo "subcidadania" é utilizado por Jessé Souza (2011) quando se propõe a compreender a experiência humana de maneira profundamente contextualizada, ressignificada a partir das realidades em questão. Nesse sentido, o autor atenta para o fato de que "só se pode pleitear uma análise da economia ou do direito como se eles fossem 'neutros', ou pensar nos indivíduos como última ratio da explicação sociológica na medida em que esse pano de fundo social e moral permanece não tematizado. [...] as fontes morais ou os 'bens constitutivos' de uma cultura precisam ser articulados de modo a poderem ser utilizados como motivação efetiva para o comportamento concreto" (SOUZA, 2012a, p. 28).

<sup>32</sup> Apesar de compreender a nomenclatura do autor, serão utilizados neste trabalho os termos "cidadania plena" e "cidadania limitada" com preponderância. Quando falar-se em subcidadania ou ralé brasileira, pretende-se apenas referir à perspectiva de Souza (2011), o que equivale a compreensão de "cidadãos limitados" aqui adotada.

a garantir lealdades locais por meio de contraposição aos "outros externos", criam mitos para serem internacionalizados pelo povo como forma de fazer com que se sintam pertencentes à comunidade nacional, de maneira a interligar as identidades individual e comunitária a partir da síntese de uma terceira: a identidade nacional. É por essa razão que as práticas legitimadoras da subcidadania e da criação de "cidadãos excedentes"<sup>33</sup> encontram-se tão enraizadas em comportamentos e na forma de pensar o outro.

No caso específico brasileiro, como supramencionado, a "invenção do Brasil" de Freyre alastrou-se mesmo na concepção científica dominante sobre o país (SOUZA, 2011, p. 53). Construiu-se, assim, a homogeneidade do brasileiro a partir de sua cordialidade, de sua capacidade de unir as diferenças e formar algo próprio, repleto de contradições e afetuosidade (FREYRE, 2006, p. 116).

Como dito, a inversão especular feita por Freyre faz do elemento miscigenação algo positivo e singular do povo brasileiro; passa a constituir a própria identidade nacional a mistura de raças e culturas e, dessa forma, confere suporte teórico ao que já era uma evidência empírica sem, contudo, questionar se essa mestiçagem não era oriunda do poder exercido pelo homem branco frente as mulheres negras e índias, apresentando apenas o fato como uma predisposição cultural a ser valorada positivamente, reflexo da "plasticidade" portuguesa (SOUZA, 2011, p. 54).

Essa abordagem omite os conflitos sociais existentes na sociedade, uma vez que qualquer brasileiro é caracterizado genérica e indistintamente como homem cordial, como se todos os indivíduos dessa sociedade fossem semelhantes em substância, ignorando-se qualquer divisão de classe e distinguindo-os apenas em relação à renda que possuem. É por essa razão que, conforme atenta Jessé Souza (2011, p. 59), "todo o processo de dominação social e de legitimação da desigualdade, ou seja, o núcleo mesmo de qualquer teoria crítica da sociedade não pode ser discutido posto que não é sequer percebido como uma dúvida ou como uma pergunta fundamental".

Isso faz com que se pense o desenvolvimento nacional vinculado exclusivamente ao progresso econômico, como se só assim pudessem ser resolvidos as crônicas desigualdades que levam à perpetuação da subcidadania no país. Repete-se, acriticamente, que "primeiro devemos fazer crescer o bolo, para só então dividi-lo", como se defendeu durante os governos militares no país e em outros que os sucederam, sem, contudo, vislumbrar o desenvolvimento

---

<sup>33</sup> O termo "cidadãos excedentes" é originário da obra de Haroldo Abreu (2008) e remete aos cidadãos que trabalham e produzem, mas não podem se apropriar da riqueza por eles produzida, e que não governam sequer a si próprios.

nacional com base no oferecimento das liberdades essenciais aos cidadãos brasileiros (SEN, 2000).

A hierquização velada consegue manter-se através de discursos que Souza (2011, p. 89 ss.) convencionou chamar de "politicamente corretos", que invertem os marcos da crítica patrimonialista sem, contudo, reconstruírem os pressupostos teóricos censurados. Como Souza (2011, p. 90) esclarece,

Se, como vimos, o "liberal-conservador" culpa a vítima pelo próprio fracasso para usufruir de seus privilégios sem má consciência, o "politicamente correto" trata de "idealizar: e de "romantizar" o oprimido, como se fossem as representações conscientes a causa da dominação social e apenas bastasse a "boa vontade cristã" para reverter o quadro de dominação injusta. Assim, mantém-se a leitura superficial da realidade do nosso liberalismo conservador, que não percebe a "estrutura profunda" que faz a dominação social se reproduzir de modo aparentemente "legítimo", e "idealiza-se" a vítima, apenas por ser vítima.

Há também os pseudocríticos que apontam a secular desigualdade fruto da escravidão no país como sendo estrutural. Com isso, afasta-se a responsabilidade do presente e trata-se novamente o problema de forma genérica e intangível. Olvida, dessa maneira, que o núcleo central do conflito não foi a escravidão em si, mas a ausência de políticas de inclusão social dos ex-escravos e dos homens livres que, independente de cor de pele, não dispunham de quaisquer condições de acessar os recursos mínimos a sua existência (SOUZA, 2012b, p. 403). A respeito desses homens livres, que consistiam os primórdios dos subcidadãos brasileiros, Gilberto Freyre (2006, pp. 97-98) relata que

E não só terá sido afetada pela má ou insuficiente alimentação a grande massa de gente livre, mas miserável, como também aqueles extremos de nossa população - as grandes famílias proprietárias e os escravos das senzalas [...] Senhores e escravos que se consideramos bem alimentados - em certo sentido estes melhor que aqueles - é apenas em relação aos matutos, caipiras, caboclos, agregados e sertanejos pobres - os seis milhões de inúteis do cálculo de Couty para uma população de doze, o vácuo enorme que lhe pareceu haver no Brasil entre senhores das casas-grandes e os negros das senzalas. "*La situation fonctionnelle de cette population peut se résumer d'un mot: le Brésil n'a pas de peuple*", escreveu Couty. [...] Párias inúteis vivendo em choças de palha, dormindo em rede ou estrado, a vasilha de água e a panela seus únicos utensílios, sua alimentação a farinha com bacalhau ou charque; e "a viola suspensa ao lado da imagem".

Além disso, legitima-se as desigualdades por meio de seu reconhecimento a partir de uma perspectiva individual, como se não consistissem privilégios de classe. Esse disfarce do caráter social da desigualdade costuma ser obtido pelo recurso à ideologia da meritocracia, capaz de aparentar certa individualidade à discriminação, ofuscando o caráter classista das precondições sociais que possibilitam a conquista do mérito. Com isso, mascara-se a



existência de classes significativas sem acesso algum às vantagens do Produto Interno Bruto (PIB) de seu país, ou mesmo às condições mínimas para uma competição justa com os demais membros da sociedade (SOUZA, 2011, p. 120 ss.).

Um exemplo característico dessa compreensão de problemas coletivos como se tratassem de questões singulares é o mito da educação, paradigma comumente aceito e que parece ofuscar a desigualdade inicial de condições. Através dele, costuma-se defender que a escolarização, em abstrato, seria a maneira de tornar o Brasil mais igualitário e conscientizar o sem-número de excluídos e esquecidos do sistema dominante. Todavia, fundamenta-se em premissas falsas, como as de que a escola consistiria o marco inicial da competição social e de que, no ambiente escolar, todas as pessoas teriam igualdade de condições para, a partir de seu próprio mérito, tornar-se mais ou menos preparada. Ignora-se, portanto, que os meios e objetos possuídos em âmbito privado condicionam as possibilidades de dispor das capacidades físicas e mentais dos indivíduos (ABREU, 2008, p. 34). Com isso,

Mais uma vez, é o esquecimento da "gênese" da desigualdade social que torna possível falar da escola como uma variável isolada, sem relação com o mundo social da sua clientela. Por mais importante que seja a escola - nosso ponto de crítica aqui é apenas seu uso manipulador e populista - tomada isoladamente ela apenas legitima desigualdades que começaram muito antes dela.

Existe ainda outro aspecto importante nesse tipo de pseudocrítica liberal que quase sempre passa despercebido: como os efeitos da escola são sempre a longo prazo, joga-se, com sua ênfase absoluta, a questão da desigualdade social para um futuro longínquo, para a "mudança de gerações" [...] Desse modo, não se retira apenas a atenção para outros temas fundamentais que reproduzem a desigualdade numa dimensão mais profunda, mas também retira-se o foco da percepção para mudanças sociais e políticas de curto e médio prazo. (SOUZA, 2011, p. 83)

Outro problema desse mito é abordar a necessidade de escolarização sem, contudo, discutir sobre a educação e a pedagogia que será oferecida no ambiente escolar, como se bastasse concluir todos os níveis de uma instituição de ensino para estar apto em igualdade de condições. Aqui não se trata sequer da qualidade do ensino, mas do modelo de educação adotado, principalmente quando este é universalizante, desconsiderando as experiências e conhecimentos pregressos de cada estudante; e reproduzidor de ideologias feitas por classes dominantes, conhecimentos inúteis e hierarquizações que mais contribuem para a domesticação do que para o empoderamento dos indivíduos (FREIRE, 2011).

Sem uma compreensão dos mecanismos sociais que garantem a produção e reprodução das condições que sustentam cidadanias limitadas, não será possível modificar essa realidade. Disfarçada sob o manto do aparente universalismo e igualdade de condições tão defendidos na sociedade burguesa, essa distinção de capital cultural parece naturalizar-se

na modernidade periférica de modo tão opaco que muitas vezes soa desafiador desvelar as distinções sociais escondidas na noção de dignidade<sup>34</sup>.

Esse processo de dominação social legitima-se a partir do uso de poder simbólico que torna invisível ou suave a violência a ele arraigada. O exercício desse poder só é possível, simultaneamente, com a cumplicidade daqueles que o exercem e a aceitação dos que a ele se sujeitam (BOURDIEU, 2012, pp. 7-8). Nesse caso, isso ocorre através do deslocamento das causas concretas da injustiça social para classes, entes e ideais abstratos, difíceis de serem identificados com figuras determinadas. Usa-se, assim, termos como "elite", "Estado" e "mercado" e, com isso, não se refere a ninguém específico e não se combate a causa originária, razão pela qual, nas palavras de Souza (2011, p. 398), "a crítica social é transformada em mero 'gesto ritual', sem qualquer consequência efetiva".

A violência simbólica consiste em transfiguração de outras formas de poder e, por isso, em poderoso instrumento de dominação capaz de reduzir indivíduos potencialmente criadores a meros espectadores e repetidores de um padrão hegemônico (BOAL, 2009, p. 15), como se houvesse um pequeno número de legitimados para comandar o destino de uma multidão (DAMATTA, 1997, p. 240). Torna-se cada vez mais improvável superar esse arquétipo, uma vez que, para isso, far-se-ia necessário neutralizar ou destruir uma herança histórica e cultural consolidada e, por isso, condicionante (BOURDIEU, 2012, pp. 100-101). Conforme alerta Abreu (2008, pp. 198-199)

A indústria cultural, como todas as formas reificadas da vida social, necessitou reproduzir-se como uma escolha do cotidiano das massas de modo aparentemente "espontâneo" e "natural". Mas diferentemente dos demais ramos do capital, essa indústria passou a condicionar mais do que as escolhas dos indivíduos: condicionou também os referenciais intelectuais e morais do entendimento da vida social. Tornou-se uma força social que tem por finalidade a estabilidade do processo de

---

34 É de tamanha clareza a seguinte passagem da mesma obra: "A burguesia, como a primeira classe dirigente na história que trabalha, logrou romper com a dupla moral típica das sociedades tradicionais baseadas no código da honra e construir, pelo menos em uma medida apreciável e significativa, uma homogeneização de tipo humano a partir da generalização de sua própria economia emocional – domínio da razão sobre as emoções, cálculo prospectivo, autorresponsabilidade etc. - às classes dominadas. Esse processo se deu em todas as sociedades centrais do Ocidente das mais variadas maneiras. Em todas as sociedades que lograram homogeneizar um tipo humano transclassista, esse foi um desiderato, como vimos, perseguido de forma consciente e decidida e não deixado a uma suposta ação automática do progresso econômico. Assim sendo, esse gigantesco processo histórico homogeneizador, que posteriormente foi ainda mais aprofundado pelas conquistas sociais e políticas de iniciativa da própria classe trabalhadora, o qual certamente não equalizou todas as classes em todas as esferas da vida, mas, sem dúvida, generalizou e expandiu as dimensões fundamentais da igualdade nas dimensões civis, políticas e sociais como examinadas por Marshall no seu texto célebre, pode ser percebido como um gigantesco processo de aprendizado moral e político de profundas consequências. [...] É essa 'dignidade', efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultrajurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade e, portanto, da noção moderna de cidadania" (SOUZA, 2012a, pp. 166-167).

reprodução social que necessita de uma cultura hegemônica capaz de dirigir intelectual e moralmente a "opinião pública" e o "senso comum" dos indivíduos subalternos transfigurados em cidadãos. Desenvolvendo-se como um sistema de produção das formas míticas e resignadas de entendimento da vida social e de sua reprodução ampliada como moralidade padronizada dos comportamentos, a indústria cultural, ao lado do sistema educacional e das "trinceiras privadas da sociedade civil", tornou-se um dos meios decisivos e imprescindíveis do processo de formação do entendimento da realidade e das "escolhas possíveis" dos cidadãos. A intrincada reificação da existência social dos indivíduos e a mistificação das escolhas a elas subsumidas como "livres" fizeram com que tudo parecesse espontâneo e não previamente ordenado.

Por essa razão, Augusto Boal (2009, p. 35) propõe a multiplicidade estética, correspondente e reflexo do pluriculturalismo, como forma de recuperar a dignidade e a valorização de cada identidade cultural, rompendo com o paradigma dominante. Dessa maneira, contrapõe-se à dissimulação do homogêneo como universal e contribui para a auto-emancipação de culturas não hegemônicas. Como ressalta Bourdieu (2012, p. 11), "a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante".

Constatado que a dominação tende a perpetuar-se a partir da reprodução das relações de força objetivas no poder simbólico (BOURDIEU, 2012, p. 145), menos perceptível, emerge a necessidade de modificar o paradigma com que se tem concebido a cidadania e o cidadão no país. Isso repercute em outra demanda: a alteração da maneira como é entendida a função e a atuação do Judiciário estatal, órgão garantidor da observância dos direitos e deveres essenciais à condição de cidadão.

## 2 A "CEGUEIRA DA JUSTIÇA": SOBRE OS OBSTÁCULOS À OBTENÇÃO DA CIDADANIA PLENA

Embora a representação imagética da Justiça com vendas nos olhos seja algo comum na contemporaneidade, essa figura é recente na história da arte, uma vez que, tradicionalmente, a retratação da Justiça costumava ser feita com os olhos em evidência, exaltando sua capacidade onisciente para perceber os fatos e, com isso, mensurar a utilização de suas ferramentas: a espada e a balança (FRANCA FILHO, 2011, p. 32).

Até o Renascimento, as reproduções da imagem da Justiça com os olhos cobertos eram satíricas, com a finalidade de criticar a litigância excessiva, os abusos processuais ou o recurso a chicanas, a exemplo da figura feita por Albrecht Dürer (anexo I), em 1494, para o canto LXXI do poema "A náu dos insensatos", de Sebastian Brant (FRANCA FILHO, 2011, p. 36). Nos dizeres de Brant (2010, p. 205),

Falarei agora dos insensatos que em qualquer assunto querem demandar em juízo. Eles não aceitam chegar a um acordo e nunca evitam o conflito. A fim de prolongar o processo e fugir da justiça, fazem com que sejam citados, rogados, exortados, advertidos, execrados com os sinos e proscritos, na esperança de burlar a lei, para que esta fique vergada, como nariz de cera. [...] Muitos ganham em processos mais do que seu soldo diário, e pensam poder cobrir os olhos da verdade e impedir que o julgamento termine em pouco tempo. Quisera eu que aqueles que gostam de querelar em tribunal tivessem a bunda escovada com um pesado rastelo.

De forma a propor um sentir do Direito através da arte, Marcílio Toscano Franca Filho (2011) aborda a venda, provocativamente falando em "cegueira", para mostrar as variações no trato da Justiça, e de sua instituição essencial - o Judiciário -, no decorrer do tempo. Neste trabalho, todavia, alude-se à cegueira, utilizando-se do termo empregado por Franca Filho, tal qual fizeram Albrecht Dürer e Sebastian Brant, para referir-se concretamente às deficiências na atuação do Judiciário brasileiro para reconhecer as práticas e os ideais mantenedores da discriminação por violência simbólica e, consequentemente, para cumprir seu papel de garantir a cidadania plena aos cidadãos excedentes.

A relevância dessa abordagem sobre o Judiciário nacional advém da interpretação moderna da Justiça como um contra-poder (WOLKMER, 2001, pp. 98-99), instrumento de autoemancipação e disciplinador de uma sociedade já decepcionada com suas demais instituições tradicionais. Simultaneamente, o Judiciário, essa "autoridade que destitui qualquer autoridade" (GARAPON, 2001, p. 174) e a quem compete garantir direitos e

deveres, resiste a particularismos culturais em nome de valores hegemônicos legislados, que são homogêneos, mas tidos como universais.

Isso porque, conforme abordado no capítulo anterior, sob o parâmetro da totalidade social em movimento, constata-se que os direitos e deveres, antes mesmo de serem componentes da cidadania, são resultado de processos históricos e são, portanto, inseparáveis das disputas sociais.

Com isso, pensamentos objetivos sobre a cidadania condicionam a participação dos indivíduos à repetição de uma estrutura de dominação previamente estabelecida. Contudo, para legitimar-se, esse modelo de dominação necessita da coerção de um poder institucionalmente exterior capaz de impor a adoção de comportamentos hegemônicos aceitos pela legislação uniformizadora, essa atuação, na sociedade moderna, cabe ao Judiciário. Conforme alerta Haroldo Abreu (2008, p. 50)

O único modo de proteger e efetivar essa justiça, como preceito jurídico ordenador das relações sociais e como obrigação cívica dos cidadãos, ainda quando este preceito obtém o consentimento da maioria, é a existência de magistrados constituídos em tribunais formalmente públicos e de funcionários legalmente autorizados a fazer uso da violência como força policial exterior à existência privada (formalizada como força pública). A eficácia do direito civil burguês encontra-se, assim, funcionalmente dependente do direito e da força politicamente constituídos que obrigam, criminalizam e punem suas violações por intermédio de tribunais e aparatos policiais que objetivam a justiça criada sobreposta aos indivíduos reais.

Em maior ou menor intensidade, o Judiciário reproduz a crise do modelo clássico de Estado Nação e da estrutura da sociedade de massa (WOLKMER, 2001, p. 98). Por essa razão, um modelo de administração da Justiça voltado para o pluralismo participativo democrático demanda o exercício de repensar os fundamentos de práticas sociais e da própria cultura jurídica e formação dos magistrados (VÉRAS NETO, 2010, p. 160).

## **2.1 Mudam os tempos e as compreensões do sistema processual**

A transição democrática, o histórico recente de graves violações a direitos humanos e os debates acerca da elaboração da nova Constituição, realçaram os discursos a respeito do acesso à jurisdição no Brasil. Principalmente sob influência da Escola paulista de Direito

Processual, a teoria socializante do processo, adotada na Europa a partir do final do século XIX<sup>35</sup>, foi incorporada no Brasil aos raciocínios jurídicos tidos à época como progressistas.

A obra que projetou o conhecimento da teoria importada e que mais difundiu essas ideias no país ficou a cargo de um membro da Escola paulista: Cândido Rangel Dinamarco (2009), com a primeira edição de "A instrumentalidade do processo", datada de 1987. A teoria, que chegou ao país com cerca de um século de atraso, foi recebida com quase consenso - que perdura até a atualidade - dentro da academia e no exercício prático do Direito, representando largo avanço na compreensão que se tinha do processo, do acesso à jurisdição e, por decorrência, das garantias dos direitos de cidadania no país.

A aclamação da corrente socializadora do processo justificou-se em razão do avanço representado frente ao modelo adotado até então. Isso porque o instrumentalismo processual sustenta a simplificação processual, a participação e o diálogo do juiz com as partes, a atuação do magistrado direcionada a conformar o enunciado normativo às necessidades da justiça, os poderes do juiz voltados à efetividade prática do resultado do processo e a propagação da tutela coletiva (DINAMARCO, 2009, pp. 362-364). Com isso, defendeu-se a eliminação de quaisquer formalismos inúteis ou de restrições ao acesso à jurisdição.

O modelo anterior, em contraponto, baseava-se no liberalismo processual, teoria igualmente colonizada, que buscava prioritariamente a resolução de conflitos individuais. Nele, o processo era dominado pela habilidade e argumentação dos advogados das partes, enquanto a figura do julgador permanecia adstrita ao papel decisório, segundo o princípio dispositivo. Não sem razão, valorizava-se o conteúdo dos autos processuais como a verdade jurídica absoluta.

Inicialmente, a legitimidade da jurisdição advinha em exclusivo de sua capacidade de pacificar os conflitos sociais através da segurança jurídica, o que refletia a limitação da compreensão do acesso à jurisdição enquanto mero direito abstrato de ingresso no Judiciário, não sendo relevante a análise das condições materiais das partes. Por essa razão, assumia-se o risco de que o direito resguardado em juízo fosse, prioritariamente, o direito do autor, uma vez que este, ao propor a ação, teria superado eventuais barreiras e acessado o Judiciário enquanto demandante, capacidade essa incerta em relação à parte demandada.

---

<sup>35</sup> A compreensão socializadora do processo civil constava na lei processual civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, obra de Franz Klein, jurista e Ministro da Justiça que exerceu papel fundamental na divulgação dos ideais estatistas do processo civil e no rompimento com o modelo liberal. O Código de 1895 continua servindo de modelo até nossos dias e, inclusive, inspira algumas disposições do projeto de novo Código de Processo Civil, que tramita no Congresso Nacional.

Com a mudança de perspectiva do Estado liberal para o social, modificou-se igualmente a noção do acesso à jurisdição. Nesse momento histórico, a igualdade material entre as partes passou a ser essencial para o exame do acesso. Dessa forma, a defesa da efetivação de direitos passou a justificar atitudes proativas do juiz, que abandonou seu papel de exclusivo *bouche de la loi* e foi autorizado a imiscuir-se em assuntos antes atinentes exclusivamente ao Executivo e ao Legislativo, com a finalidade de, nos limites da inércia de sua função, influir ativamente na realidade social.

Se até então o Judiciário era interpretado como instituição moralmente neutra à medida que seus executores atuavam segundo ideais legalmente instituídos para o bem comum da nação, nessa nova fase, a abstrata igualdade jurídica passou a ser complementada através da persecução por isonomia no pertencimento moral e simbólico à nação, almejando garantir a igualdade de condições independente da posição ocupada na sociedade (ABREU, 2008, p. 147).

Esse discurso passou a ser aclamado por processualistas comprometidos com o efetivo acesso à jurisdição no país, a exemplo de Ricardo Tinoco de Góes (2004, p. 74) que, baseado na teoria da instrumentalidade do processo, defende que “cada ato processual tem sua existência condicionada ao cumprimento de algo que seja relevante na esfera substancial do direito”.

Quanto a esse aspecto, é importante salientar que, a despeito da disseminação de afirmações que atribuem valorização ao potencial garantístico do processo nos trabalhos do Constituinte de 1988, a afirmação de direitos e garantias pela Constituição Cidadã não se expandiu suficientemente no viés processual. Limitou-se, ao contrário, a assegurar a instrumentalização do processo com o intuito de reduzir os sintomas da crise do Judiciário<sup>36</sup> através da garantia do acesso à jurisdição, respondendo à explosão de litigiosidade oriunda das décadas anteriores.

A importação da teoria socializadora do processo, ainda que tardiamente, trouxe consigo os pressupostos que marcaram a passagem do Estado liberal para o social, refletindo

---

<sup>36</sup> A crise do Judiciário brasileiro será abordada com maior detalhamento em item posterior deste capítulo. Todavia, desde esse momento é importante fazer a ressalva que não se fala aqui em crise num sentido genérico; ao contrário, trata-se de conceito com conteúdo preciso, a saber: crise é apresentada como a consequência manifesta da disparidade entre a função que justifica e fundamenta a existência do Judiciário e o resultado prático de sua atuação. Assim, a constatação de congestionamento processual em montante superior a 92 milhões (CNJ, 2013) contraposta ao dever institucional do Judiciário de, por meio do exercício prioritário da jurisdição e da proibição de *non liquet*, conferir decisão final aos conflitos sociais a ele apresentados, indica a crise da Justiça ao não oferecer satisfatoriamente a pacificação social. É relevante ainda ressaltar que, no Estado brasileiro, tem prevalecido os períodos de crise, e não o de normalidade, razão pela qual não se trata de um fenômeno pontual, mas de algo estrutural.

a tensão entre igualdade formal e material, Estado mínimo e intervencionista. Reflete, outrossim, a mudança de compreensão do Direito e a ampliação de direitos de cidadania.

Com a finalidade de concretizar esses novos direitos e atender às novas exigências relacionadas ao processo, defendeu-se a politização do Judiciário baseada em atuações direcionadas a antever as consequências políticas, econômicas e sociais da provável decisão. O juiz, portanto, passou a ser concebido como um canal da carga axiológica da sociedade, que, na interpretação da Constituição, deveria suprir os déficits de igualdade entre as partes.

Essa visão reforça o papel do juiz e, por consequência, do Estado, ponderando o princípio dispositivo e defendendo o processo como instrumento de bem estar e inclusão social. Essa aposta no agir social do juiz foi proposta nos primórdios do século XX, quando os conflitos que chegavam ao Judiciário eram meramente individuais, razão pela qual cabia ao juiz apenas compensar as desigualdades entre partes concretas a ele apresentadas no processo.

No momento em que a teoria foi majoritariamente incorporada no Brasil, contudo, os conflitos sociais, os "bolsões de conflitos generalizados"<sup>37</sup>, já faziam parte do país. Do outro lado, contava-se com alta carga de trabalho, infraestrutura insuficiente e orientação formalista no Judiciário brasileiro; ainda assim, a limitação ao *non liquet* proibia os magistrados de eximir-se de julgar a crescente quantidade de novos litígios, o que intensificou a crise do Judiciário nacional.

Dessa maneira, é pertinente observar que

[...] as *rupturas* do processo de redemocratização são supervalorizadas, aliviando o peso da herança normativa e da estrutura sócio-política preexistentes na apreciação das propostas de melhoramento do sistema de justiça. O que transparece nessas interpretações é a tentativa de imunizar o discurso nacional sobre o acesso à justiça contra as críticas já dirigidas aos métodos adotados nos países "centrais".

Ao se partir do suposto ineditismo do "pano de fundo" brasileiro, a tendência é que se tomem por *inovadoras* todas as sugestões colocadas a serviço do projeto de democratização do acesso, induzindo a aceitação de chavões do tipo "participação ativa do juiz", "quebra do mito da neutralidade", "relativização do binômio do direito material e processo", "busca dos valores a serem realizados pela Jurisdição" como proposta heróica de uma ciência processual esgotada de argumentos, mas comprometida com os novos valores instituídos. (NUNES, TEIXEIRA, 2013, p. 47).

A teoria defendida por Dinamarco (2009) aproxima-se, sob alguns aspectos, à jurisprudência sociológica de Roscoe Pound, à medida que defende que o processo deve servir de instrumento para a realização de fins sociais, políticos e econômicos a partir da intervenção sensível do juiz, figura que possui, portanto, papel destacado nessa teoria. Essa afirmação tem fundamento na perspectiva defendida por Roscoe Pound (1976, p. 32) do juiz

---

<sup>37</sup> Expressão utilizada originariamente por José Eduardo Faria (2005).



como engenheiro social. Nesse sentido, o mentor da jurisprudência sociológica (2004, p. 175) esclarece, em tradução livre<sup>38</sup>, que

A civilização de cada tempo e lugar possui certos postulados jurídicos; não regras de Direito, mas ideias de justiça que hão de fazer-se efetivas mediante instituições e normas jurídicas. Cabe ao jurista a tarefa de indagar e formular os postulados jurídicos, não de toda civilização, mas daquela que corresponde a cada tempo e lugar, com as ideias de direito (*right*) e justiça que ela supõe, e tratar de adaptar os materiais jurídicos que chegam a nós para que expressem ou confirmem eficácia a ditos postulados. Não existe um Direito eterno, mas uma finalidade ou objetivo eterno: o desenvolvimento das potencialidades humanas até seu limite máximo. [...] Uma vez formulados ditos postulados jurídicos, o legislador pode alterar velhas regras e promulgar outras novas que se adaptem a eles; os juízes podem interpretar, isto é, desenvolver por analogia e aplicar, à luz de ditos postulados, os códigos e todo o material jurídico tradicional; e também os juristas podem, sobre a base desses postulados, sistematizar e fazer a crítica da obra dos legisladores e tribunais. (grifos do autor).

Esses postulados a que aduz Pound variam no tempo e no espaço e são derivados da experiência prática de dada civilização, consoante sua própria compreensão do justo, já que parte do pressuposto de que as instituições jurídicas não são inacabadas; ao contrário, elas são construídas dia a dia. Não importa se foram concebidas em dado momento passado, pois também no presente estão sendo concebidas por aqueles que nelas acreditam (POUND, 2004, p. 178).

Nesse sentido, compreende o Direito como ciência de engenharia social, em razão da engenharia ser atividade que deve ser considerada como processo, nunca como dado composto por conhecimentos e estruturas fixadas de antemão. Assim, reflete sobre como os juristas vêm pensando o ordenamento jurídico e esquecendo do Direito em si (POUND, 2004, p. 179) e, por essa razão, defende que “o que é preciso fazer no controle social e também na lei, é conciliar e ajustar, tanto quanto possível, desejos, necessidades e expectativas, de sorte a conseguir porção tão grande da totalidade deles quanto possível” (POUND, 1976, p. 33).

Nesses moldes, a tarefa dos juízes é ponderar maneiras para fazer com que a satisfação das necessidades humanas seja cada vez menos custosa e mais efetiva. A

---

<sup>38</sup> No original: "La civilización de cada tiempo y lugar posee ciertos postulados jurídicos; no reglas de Derecho, sino ideas de lo justo que han de hacerse efectivas mediante instituciones y normas jurídicas. Corresponde al jurista la tarea de indagar y formular los postulados jurídicos, no de toda civilización, sino de la que corresponde a cada tiempo y lugar, con las ideas de derecho (*right*) y justicia que ello supone, y tratar de adaptar los materiales jurídicos que han llegado hasta nosotros en forma que expresen o confieran eficacia a dichos postulados. No existe un Derecho eterno, pero sí una finalidad u objetivo eterno: el desarrollo de las potencias humanas hasta su límite máximo. [...] Una vez formulados dichos postulados jurídicos, el legislador puede alterar viejas reglas y promulgar otras nuevas que a ellos se adapten; los jueces pueden interpretar, esto es, desarrollar por analogía y aplicar a la luz de dichos postulados los códigos y todo el material jurídico tradicional; y también los juristas pueden, sobre la base de dichos postulados, sistematizar y hacer la crítica de la obra de los legisladores y tribunales".

engenharia social dos juízes, portanto, será tanto mais efetiva quanto mais claramente reconhecerem o que estão fazendo e por que razão o fazem (POUND, 2004, p. 185).

O que Pound propõe, em outras palavras, é um exercício de ponderação e razoabilidade fundamentado numa compreensão da sociedade que o cerca e vinculado a certa sensibilidade que é tão cara a todas as atuações dos profissionais da área jurídica, dentre as quais se encontra a dos juízes.

Dessa maneira, a importação da teoria feita por Dinamarco parece caminhar em sentido semelhante ao defendido anteriormente por Roscoe Pound nos Estados Unidos da América, o que não significa necessariamente que se afaste do positivismo jurídico. Ao contrário, indica apenas certa aproximação com os pressupostos pragmáticos, que podem ou não ser utilizados conjuntamente ao positivismo.

A ênfase nesse aspecto é no sentido de discordar da opinião de Nunes (2012), que defende certa familiaridade da teoria de Dinamarco com a Escola do Direito Livre brasileira. Para Dierle Nunes (2012, p. 145), é “conveniente, ainda, perceber que a teoria de Dinamarco busca elaborar táticas para a mudança social de acordo com as escolhas políticas do juiz, presumivelmente colhidas dos valores do ordenamento”.

Entendemos, todavia, que Dinamarco apenas busca o senso de adequação e proporção a que alude Benjamin Cardozo (2004, p. 83). Acerca do tema, é importante rememorar a lucidez dos argumentos de Cardozo (2004, pp. 99-100) ao afirmar que

O leitor poderá dizer que nada garante que os juízes vão interpretar os usos e costumes de sua época de maneira mais sábia e verdadeira do que os outros homens. Não estou disposto a negar isso mas, em minha opinião, trata-se de coisa irrelevante. A questão principal é que esse poder de interpretação deve alojar-se em algum lugar, e a prática da Constituição alojou-o nos juízes. Para que eles cumpram sua função de juízes, dificilmente tal poder poderia estar alojado em outro lugar. É verdade que as conclusões dos juízes devem ser constantemente submetidas a exames e reexames, a revisões e reajustes; mas, se agirem com consciência e inteligência, deverão chegar, em suas conclusões, a uma media satisfatória de verdade e sabedoria. O reconhecimento desse poder e dever de moldar o Direito em conformidade com a moralidade costumeira é algo muito distante da destruição de todas as normas e da substituição, em cada caso, do senso individual de justiça, o *arbitrium boni viri*. Isso poderia resultar num despotismo benevolente, fossem os juízes homens benevolentes. Poria fim ao reinado do Direito. O método da sociologia, ainda que aplicado com maior liberdade que no passado, não está nos conduzindo a nenhum cataclismo desse tipo. A forma e a estrutura do organismo são fixas. As células nas quais há movimento não alteram as proporções da massa. É insignificante o poder de inovação de qualquer juiz quando comparado à magnitude e à pressão das normas que o restringem de todos os lados. Até certo ponto, porém, ele deve inovar, pois novas condições pedem novas normas. O método da sociologia exige apenas que, dentro desse restrito espaço de escolha, o juiz busque a justiça social. (grifos do autor).

Apesar dessa discordância inicial, acredita-se, como Dierle Nunes (2012), na necessidade de superação da instrumentalidade processual: bem intencionada, mas concebida sem análise mais profunda da influência das bases econômicas no Direito e, por isso, conivente com o neoliberalismo processual<sup>39</sup>, ou seja, com a perspectiva da produtividade processo. Isso porque a teoria socializadora olvidou o papel do processo como realizador de direitos fundamentais, encarando-o como simples instrumento do Estado para a realização dos fins a que se propôs (NUNES, 2012, p. 147).

Como esclarece Nunes (2012, p. 163-164),

Tal perspectiva processual, aqui denominada "neoliberal", permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea "c", CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da "prestação jurisdicional", como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).

O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços.

Essa perspectiva reduz o papel do cidadão ao de mero consumidor dos produtos do Estado-privado-jurisdicção, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.

Esse lapso repercutiu no modelo reformista processual brasileiro, que acompanhou o raciocínio e caiu no equívoco de proclamar a celeridade como bastante em si, incindindo num dos mitos do futuro da Justiça a que aludiu Barbosa Moreira (2004).

São muitos os mitos<sup>40</sup> que circundam o real aperfeiçoamento do Judiciário. Não são incomuns os discursos que hiperdimensionam a necessidade de rapidez da Justiça e esquecem

---

<sup>39</sup> A expressão "neoliberalismo processual" é empregada aqui com o sentido a ela atribuído por Nunes (2012) para caracterizar, sob uma perspectiva crítica, o modelo processual majoritariamente defendido no Brasil, que se caracteriza pela conivência com a formação de "juizes de números". Nas palavras de Nunes (2012, p. 166), "permite-se a prolatação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito". O autor completa constatando que "a análise do perfil atual dos juizes em exercício no nosso País e dos mecanismos de avaliação dos candidatos ao ingresso na magistratura pelos concursos públicos revela que não se busca um magistrado com uma formação humanística adequada, mas, sim, um especialista na dogmática. Juizes com adequada formação humanística representam uma pequena parcela, e mesmo esses são consumidos pela lógica neoliberal da produtividade, uma vez que, caso desejem fazer uma análise adequada de todos os casos, certamente não cumprirão o requisito objetivo de promoção por merecimento (produtividade) (art. 93, inc. II, alínea 'c', CRFB/88)" (NUNES, 2012, p. 167).

<sup>40</sup> Esses mitos compõem o tão danoso "senso comum teórico dos juristas" ao qual se referia Luis Alberto Warat em seu "A rua grita Dionísio". Esse senso comum teórico advém de reflexões puramente vinculadas a uma concepção do Direito enquanto norma e acaba por construir conceitos que viram verdadeiros lugares comuns jurídicos e que acabam por aprisionar os juristas numa teia de abstração completamente desligada e, por isso,

um mínimo fundamental de garantias, assim como não são raros os adeptos de crenças simplistas como a de que alterar a redação de dado artigo ou mesmo abolir determinado recurso implicará na solução da crise do Judiciário.

É o que constata Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 355) quando afirma que

Percebe-se que a ausência de maiores preocupações de fundo decorre da imposição, como verdade última, das bases do denominado “Processo civil social” (*soziale Zivilprozess*), mesmo que na prática e sob o nome teórico de “socialização” imponha-se uma aplicação em massa, em escala industrial, de uma “prestação jurisdicional” em perspectiva neoliberal, que não se preocupa com uma participação cidadã, mas, sim, com uma justiça de números, que conta somente na teoria com juízes com sensibilidade e formação humanística adequada (sociológica, filosófica, administrativa, política e econômica) para garantir a aplicação de uma razoabilidade (devido processo legal na dimensão substancial ou material) na aplicação do direito.

Até que seja de fato superada, contudo, o direito processual, a compreensão de acesso à jurisdição e a efetivação de direitos de cidadania no Brasil baseiam-se na teoria socializadora do processo. Nesse contexto, predomina a percepção do acesso à jurisdição segundo defendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), ou seja, em conformidade com a persecução do acesso material.

Na compreensão liberal, no que pese o reconhecimento do acesso à jurisdição, sua análise jurídica não contemplava os conteúdos sociopolíticos envolvidos no tema. Isso ocorria não pelo profundo desconhecimento do interrelacionamento dessas questões, mas em razão da postura formalista e privatista que caracterizou o período. Nas palavras de Nunes e Teixeira (2013, p. 20), nesse momento histórico, “todo o estudo da atividade processual era ainda um fenômeno ‘introspectivo’”.

O acesso à jurisdição, assim, correspondia substancialmente ao direito formal dos indivíduos de propor uma ação ou contestá-la. Tratava-se de um estudo prioritariamente dogmático e formalista do tema, despreocupado com questões atinentes, por exemplo, à paridade de armas entre as partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4).

Foi no período do *welfare state* que o acesso à jurisdição ganhou uma conotação diferenciada, passando a ser visto como requisito fundamental para a concretização dos

---

insensível à realidade. Graças a ele, portanto, os juristas passam a ter uma prática respaldada em crenças que não encontram amparo no mundo fático, principalmente em razão do medo da insegurança jurídica e da busca desenfreada por racionalismos. Assim, nas palavras do professor argentino, “os juristas terminam só escutando, de modo autorreferencial, as vozes e crenças de sua ideologia funcional ou institucional; as escutam e ficam fascinados por elas a ponto de gerar um processo em que terminam devorando-se a si mesmos por conta de suas ideologias” (2010, p. 50). Isso talvez ocorra porque, como já dizia Jessé de Souza, a verdade e, por consequência, a ciência crítica são extremamente incômodas.

demais direitos humanos. Essa nova ótica teve origem na compreensão de que pouco adiantaria reconhecer novos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, se seus titulares não dispusessem de mecanismos para reivindicar seu efetivo cumprimento.

Nesse interím, os autores esclarecem que

Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais (9), que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada (10) e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva — com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas [...] O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 5).

Foi no contexto de Estado social, em contraponto ao modelo liberal de Estado e de processo, que surgiram as condições capazes de embasar o ideal e a consecução do "Projeto de Florença de Acesso à Justiça", coordenado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti e formado pela união de pesquisadores de diversas áreas das ciências sociais com o propósito de, entre os anos de 1973 e 1978, investigar o sistema judicial de 23 países, sendo poucos deles latinoamericanos. Com o projeto, passou-se a atribuir ao acesso à jurisdição o papel do mais fundamental entre os direitos humanos ou mesmo de ponto nodal da processualística moderna (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 36).

Além disso, a obra em questão foi essencial por identificar os obstáculos ao acesso material à jurisdição e as formas de superá-los, assim como por abordar as ondas renovatórias correspondentes à tentativa de transposição de cada um desses percalços. De maneira bastante sucinta, pode-se afirmar que os obstáculos encontrados dizem respeito ora aos altos custos ou às possibilidades das partes, ora são afetos à problemática de tratar os direitos difusos numa perspectiva individual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 33).

No que tange ao obstáculo econômico, suas principais causas são os honorários advocatícios, as custas judiciais, os valores de sucumbência e a delonga do processo. Conforme observam Cappelletti e Garth (1988, p. 7), esse percalço será mais lesivo quanto menor for o valor da causa em questão, uma vez que, nesses casos, representará proporção maior do bem jurídico em causa e pode, inclusive, desestimular a proposição da ação ou, indiretamente, estimular a perpetuação do conflito. Não só, os obstáculos de cunho econômico afetam de forma mais severa os mais pobres que, não raras vezes, coincidem com os litigantes de causas de menor valor.

No que diz respeito à possibilidade das partes, Cappelletti e Garth (1988. p. 7 ss.) apontam o desconhecimento dos direitos e das maneiras de ajuizar a ação; as condições psicológicas diante do excesso de formalismo, da suntuosidade dos templos da Justiça e da figura dos juristas; e o desequilíbrio existente entre "litigantes habituais" e os "litigantes eventuais" como os principais obstáculos ao acesso à jurisdição.

Quanto aos problemas relacionados aos direitos difusos, a crítica dos autores (1988) consiste na ausência de previsão, à época, de atores jurídicos específicos para essas causas, uma vez que os percalços à demanda individual de direito coletivo seriam suficientes para desestimular os indivíduos a ajuizá-la.

Constatados esses obstáculos, foram propostas ondas renovatórias para a sua superação ou, ao menos, para sua atenuação. Dessa forma, foram sugeridas a implementação da assistência judiciária gratuita aos pobres; a representação jurídica coletiva no tocante a interesses difusos; e a discussão sobre o papel do Judiciário e do processo civil, visando seu aprimoramento (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Dado esse impulso inicial, o tema passou a ser estudado de maneira mais profunda e levou a verdadeira mudança na forma de conceber o processo, distanciando-se da perspectiva individualista liberal e aplicando o paradigma social à compreensão do processo e, por consequência, à efetivação dos direitos humanos.

Foi essa compreensão social do acesso à jurisdição que se irradiou no território nacional, fornecendo o referencial para correntes teóricas que foram se desenvolvendo no Brasil ao longo dos anos. Todavia, justamente por basear-se no Estado de bem-estar social já em declínio, as ondas renovatórias propostas nesse modelo ignoram os obstáculos advindos da opressão exercida pelo próprio Estado e por sua burocracia (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 44).

Outrossim, nas últimas décadas, em maior ou menor medida, foram identificados no contexto brasileiro os obstáculos constatados por Cappelletti e Garth e implementadas no país as ondas renovatórias por eles propostas, é o que se pode verificar, dentre outros exemplos, com a gratuidade da Justiça para hipossuficientes, a mudança de atuação do Ministério Público, o estabelecimento das Defensorias Públicas e a criação da Justiça Itinerante e dos Juizados Especiais.

Todavia, a adoção dessas medidas não foi suficiente para sanar os obstáculos ao acesso à jurisdição no país e, pela mesma razão, não proporcionaram a efetividade dos direitos de cidadania a todos, de modo a garantir a cidadania plena a cidadãos limitados. Essa constatação já é suficiente para indicar a necessidade de novos caminhos, bem como de outra

mudança no paradigma processual brasileiro. Caso contrário, a venda da Justiça não passará de cegueira institucional.

## **2.2 Limitações da cidadania no Judiciário**

Nas últimas três décadas, os cenários político, econômico e jurídico brasileiros passaram por forte reestruturação: houve a redemocratização do país e o estabelecimento de nova ordem jurídica constitucional; a globalização modificou o mercado consumidor brasileiro e as condições de vida no país; sua moeda e economia adquiriram certa estabilidade; instituiu-se, sem interrupções, a transição democrática por sucessivos governos eleitos popularmente; e o país, gradualmente, caminha para a implementação de direitos humanos em suas práticas internas e externas, começando a rever, inclusive, violações a esses direitos cometidas no passado recente com o aval do Estado.

Essa nova forma de administrar e conceber o Brasil implica também na necessidade de modificar a maneira como se vê suas instituições e seus cidadãos, sob pena de não transformarem em profundidade a realidade nacional, o que exigiria mudanças estruturais. No âmbito do acesso à jurisdição e da garantia de concretização de direitos de cidadania, essas últimas décadas caracterizaram-se pela implosão legislativa e a defesa de reformas processuais.

Ocorre, todavia, que o reconhecimento e aprofundamento do conteúdo de certos direitos necessitam ser acompanhados de garantias de efetividade para não se resumirem a legislação-álibi (NEVES, 2007, p. 36 ss.). Assim, o papel central das mudanças fica a cabo das reformas no Judiciário, cujo maior expoente no país foi a implementação a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>41</sup>.

A Emenda Constitucional 45/2004, a um só tempo, ampliou a garantia de duração razoável aos processos administrativos; estabeleceu o status de emenda constitucional aos

---

<sup>41</sup> A proposta de um novo Código de Processo Civil, embora seja um marco importante, não será aqui analisada em razão de, até o momento, não haver sido aprovado, não havendo um parâmetro certo de seu texto eventual e, por isso, das possíveis modificações advindas a partir de então na forma de compreender, exercer e garantir os direitos de cidadania no país.

Todavia, é relevante deixar ressaltada a importância que o projeto, tal como concebido, traz para a legislação brasileira: o novo Código de Processo Civil fundamenta-se, de maneira explícita, em perspectiva principiológica consoante com o Estado Democrático de Direito. Não que fosse necessário um novo diploma legislativo para ressaltar essa necessidade de vontade de Constituição (HESSE, 1991); mas, diante da constatação de prática jurídica pouco ética no país (CHAVES, 2008), não se pode desprezar a reafirmação do que, apesar de evidente no modelo normativo adotado pela Constituição Federal de 1988, continua sendo eminentemente descumprido.

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com seu quórum; submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional em caso do cometimento de crimes de guerra, contra a humanidade, de agressão e genocídio; instituiu o Conselho Nacional de Justiça, no intuito de aperfeiçoar o sistema processual brasileiro, a partir de sua supervisão e da exigência de transparência nas decisões e trâmites processuais; estabeleceu, como critério para aferição do merecimento para fins de promoção do magistrado, a produtividade e a presteza nas decisões, assim como a frequência em cursos de aperfeiçoamento; instituiu o incidente de deslocamento de competência, que federalizou a apreciação de graves violações de direitos humanos eventualmente comprometidas no exame pelo Judiciário estadual; e reconheceu a justiça itinerante.

Essas e outras mudanças advindas da reforma constitucional, todavia, não foram suficientes para afastar a compreensão mecânica de eficiência na administração da Justiça, fundada nas diretrizes do Banco Mundial, estabelecidas prioritariamente em seu Documento Técnico n. 319<sup>42</sup>, de 1996.

A importância da administração da Justiça nesse contexto de reconversão do Estado imposto pela política neoliberal de grandes centros econômicos, conduziu ao reconhecimento de mudanças no papel do Judiciário, que passou a ter proeminência frente aos demais órgãos estatais. Por essa razão, as últimas décadas refletiram forte interesse e influência de agências de fomento internacional, tal qual o Banco Mundial, no estabelecimento de parâmetros para

---

<sup>42</sup> O Documento Técnico n. 319, elaborado por Maria Dakolias e publicado pelo Banco Mundial, em 1996, ressalta a distinção entre indivíduo e empresário, como se o interesse de ambos fosse relevante para suas recomendações de reforma do Judiciário, mas devessem ser tratados de maneira diferenciada. Isso fica claro à medida que sempre que se fala em "indivíduo", menciona-se em seguida o "empresário", como se houvesse a necessidade de diferenciá-lo do indivíduo comum ou como se sua condição de empresário fizesse com que ele não estivesse abarcado nos interesses de indivíduos. O que fica manifesto a partir da seguinte passagem: "O propósito do judiciário, em qualquer sociedade é de ordenar as relações sociais (entre entes públicos e privados e indivíduos) e solucionar os conflitos entre estes atores sociais. O setor judiciário na América Latina efetivamente não assegura essas funções, estado de crise que é atualmente percebido por todos os seus usuários - indivíduos e empresários - e seus atores - juízes e advogados. Como resultado, o público em geral e os empresários passam a não acreditar no judiciário, vendo a resolução de conflitos nesta instituição como excessivamente morosa" (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 7).

O Banco Mundial (1996, p. 7) é claro ao reconhecer a necessidade do funcionamento célere e seguro do Judiciário para a reforma econômica na América Latina e Caribe. Ele constata a ineficiência e insegurança do Judiciário na região, razão pela qual propõe a instituição de padrões de desempenho e gerenciamento estatístico da atividade da Justiça (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 17). Os valores centrais sustentados no documento são, dessa forma, a previsibilidade nos resultados dos processos, a acessibilidade às Cortes e a celeridade no julgamento.

Contudo, o documento é relevante à medida que ressalta, em segundo plano, a necessidade de harmonização com as decisões internacionais, de maior independência institucional e menor politização das Cortes superiores, da substituição das funções administrativa dos magistrados, da defesa de projetos piloto anteriores a reformas procedimentais e administrativas, da identificação das principais causas da morosidade, de modificações na formação jurídica dos magistrados e da defesa de meios alternativos para a resolução de conflitos. Com isso, defende que "um sistema justo não existirá sem que os julgadores tenham consciência e comecem a mudar os preconceitos ainda que não intencionais do sistema jurídico" (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 25).



reforma do Judiciário de países periféricos de modo a atender as necessidades e interesses do mercado (VÉRAS NETO, 2010, p. 152).

A partir da perspectiva do Banco Mundial, o Judiciário de países periféricos deve ser administrado tal qual uma empresa, almejando a eficiência e a celeridade máximas, capazes de garantir segurança para o investidor. Assim, as modificações no Judiciário nacional, principalmente sob influência das diretrizes do Banco Mundial, têm sido feitas prioritariamente com finalidade de simplificar o processo, garantir a estabilidade das transações e reduzir os efeitos do "risco Brasil".

A atribuição de primazia a celeridade e segurança tem levado a modificações profundas na forma de compreender o Direito no país: passou-se a defender que o Brasil tem um sistema híbrido entre *civil law* e *common law*<sup>43</sup> e reforçou-se o peso dos precedentes judiciais e o papel das súmulas emitidas pelas Cortes superiores.

---

<sup>43</sup> Atualmente, é comum aludir-se ao suposto "híbrido sistema jurídico brasileiro", resultante do misto entre o civil law, originariamente adotado no país, e a forte inclinação recente para o common law, seguindo a tendência de reforçar o papel dos precedentes judiciais. Com isso, defende-se que o ordenamento jurídico brasileiro fundamenta-se na norma legislada, mas reconhece a relevância normatizadora dos precedentes e de orientações de seus tribunais superiores. Nesse sentido, nos últimos anos, o ordenamento jurídico do país passou a abarcar figuras como as da súmula vinculante, da teoria da transcendência dos motivos determinantes - esta menos pacífica -, do recurso especial repetitivo e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Todavia, não se pode defender que a postura adotada no Brasil condiz com o modelo de common law apenas por reforçar a segurança jurídica a partir da padronização de decisões judiciais (NUNES; BAHIA, 2013). Isso porque a prática nacional é de abordar as súmulas e enunciados de súmula como se lei fossem, a partir de interpretações literais e exegéticas e segundo uma ótica positivista; sem, contudo, ter em mente que, no modelo consuetudinário, os enunciados jurisprudenciais são interpretados e aplicados a partir da análise discursiva dos julgados que o formaram e da potencial identidade com o caso em exame.

Importou-se, assim, mais os termos - e a carga valorativa da semântica - do que o sistema de common law propriamente dito. Os precedentes são utilizados no Brasil como se fossem enunciados gerais e abstratos que devem ser aplicados ao maior número possível de casos concretos. Essa perspectiva exegética, que trata o precedente como se lei fosse, ignora que decisões judiciais não partem de condições abstratas e que, ao contrário, pressupõem premissas fáticas. O precedente, que deveria ser o princípio do diálogo para apuração do caso concreto, passa a ser seu termo, como se tratasse de conclusão necessária, padronizada. A prática jurídica tem dispensado, assim, o estudo dos precedentes em conteúdo, conformidade constitucional e viabilidade, adotando-os irrefletidamente apenas pelo argumento ontológico, por serem precedentes.

É por essa razão que Paulo Henrique Tavares da Silva (2012, p. 155) afirma que "Tudo isso faz com que a atividade judicante na primeira instância tenda a ser um ato no mais das vezes meramente mecânico, partindo-se de uma premissa maior de origem metalegal: tem súmula ou orientação jurisprudencial regulando o caso? Poder-se-ia objetar que boa parte desses entendimentos cristalizados não é cogente ao julgador. Ocorre que nosso sistema recursal ao longo do tempo passou a ser centrado na presença das súmulas, mesmo porque o relator, desde que existente entendimento jurisprudencial prevalecente, pela via monocrática, pode barrar seguimento da pretensão do recorrente". Ainda segundo Paulo Henrique da Silva (2012, p. 157), "Nessa nova configuração, o litigante se torna um mero usuário de um sistema mecânico de provimentos judiciais, produzidos por uma máquina fria e previsível, cujo funcionamento se pauta numa dupla hierarquia, incidindo tanto no resultado final do produto quanto naqueles resultados que participam de sua montagem".

Como contraponto, o substitutivo ao novo Código de Processo Civil, Lei 8.046/2010, reconhece essa tendência de valorização dos precedentes no Brasil, mas normatiza seu emprego, reconhecendo um mínimo de garantias a serem observadas nas decisões. Nesse sentido, tem relevo seus artigos 499, 520 e 521. Pela relevância das modificações propostas do art. 499, § 1º, V, transcreve-se:

"Art. 499, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

Para tentar equilibrar a tendência de celeridade com as necessidades de acesso de hipossuficientes e de paridade de armas, reforçou-se o papel do juiz, de acordo com a perspectiva socializadora do processo abordada retro, que atribui ao magistrado o dever de corrigir eventuais desigualdades entre as partes processuais.

Contudo, tanto a atuação em busca da celeridade e a defesa do sistema judicial misto no país, quanto ao papel social do juiz não implicam, necessariamente, na redução das condições que produzem a cegueira da Justiça em sociedades complexas de países periféricos. Razão pela qual faz-se necessário analisar até que ponto essa modificação na atuação do Judiciário tem favorecido a garantia de cidadania plena a cidadãos limitados ou, ao contrário, tem contribuído para a confusão entre uniformidade e universalidade e, com isso, reforçado valores homogêneos e oprimido o pluriculturalismo.

#### 2.2.1 Repercussões da politização do juiz

É evidente o avanço da teoria socializadora do processo no que tange à defesa da isonomia, se comparado com o modelo liberal ao qual se contrapôs. Isso, todavia, não imuniza essa corrente, nem faz dela o melhor modelo possível para a concretização da igualdade material e a diminuição de discriminações que negam a cidadania plena a grupos não hegemônicos.

O ideal de politização do magistrado, verdadeiro "engenheiro social" (POUND, 1976), procura satisfazer a paridade de armas diante da constatação de obstáculos econômicos e de desníveis nas possibilidades das partes. Com isso, responde-se com a politização dos membros do Judiciário ao problema de desigualdade entre as partes em vistas a um equilíbrio nas relações processuais. Contudo, o esforço de politizar o juiz distancia a percepção de que o resultado almejado não é simplesmente a igualdade material alcançada a qualquer custo, mas a partir da superação de sua causa, ou seja, da existência de procedimentos discriminatórios.

Apesar de ter procurado responder ao conflito de modo a apaziguar seus efeitos danosos, a perspectiva instrumentalista do processo mantém a infraestrutura institucional e procedimental discriminadora já adotada no modelo liberal e propõe apenas uma inversão especular: a liberdade individual, antes tida como máxima incapaz de ceder aos ditames da igualdade material, agora passa a ser ponderada em função desta. Dessa forma, repete-se

---

[...]

V - se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [...]"

inconscientemente o paradigma moderno da tensão permanente entre regulação e emancipação social (SANTOS, 2011a, p. 15), sem, nada obstante, alcançar satisfatoriamente uma ou outra.

Embora essa resposta simule a percepção de melhoria de condições e resolução da questão da paridade de armas, limita-se a conservar procedimentos discriminatórios cujos efeitos passam a ser mitigados. O obstáculo central à manutenção desse modelo advém do simplismo de seu raciocínio: deposita-se confiança em elementos subjetivos incertos - a consciência, a ponderação e o bom senso do julgador - para amenizar os efeitos de um conflito que, objetivamente, poderia ser solucionado desde sua raiz através de mudanças procedimentais e estruturais aplicadas a todos e com critérios transparentes, especificados *a priori*, a exemplo do reforço do papel do contraditório como possibilidade de influir na decisão judicial.

Nesse sentido, é relevante a crítica conclusiva de Antoine Garapon (1996, p. 283) de que

A justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável por ninguém. A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política. A nossa velha cultura republicana, que gostava de fazer leis mas não as respeitava, e que regulava a prática das suas instituições sobre a hipótese de uma ordem judicial fraca e subjugada, passou à história. Eis que os juízes, levados por um poderoso consenso, pretendem aplicar todas as leis e exercer a plenitude da sua função. Eles tomam o legislador à letra e querem fazer corresponder o seu papel real ao seu papel anunciado. Esta revolução cultural está em andamento, e talvez não tomemos consciência dela, como acontece frequentemente, senão no momento em que ela estiver parcialmente consumada.

A compreensão socializadora de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Garth (1988) parte de pensamento fragilizado da cidadania, contemplando o cidadão como cliente hipossuficiente que necessita em absoluto da intervenção do Estado para alcançar seus direitos, vistos como bens. Assim, aborda a capacidade do cidadão de forma limitada e simplista, como se fosse o Estado, através do Direito, que empoderasse o cidadão e como se o Direito e o Estado não fossem reprodutores de forças dominantes. Essa noção funda-se, portanto, no social-conformismo cidadão, ao contrário da perspectiva de empoderamento, em que só se judicializa questões absolutamente necessárias e não se compreende o cidadão como mero consumidor de produtos e serviços oferecidos pelo Judiciário.

Outrossim, esse câmbio na compreensão do processo permite maior segurança para todas as partes: havendo disparidades de condições, a parte tida como hipossuficiente terá direitos e garantias específicos para equilibrar sua situação processual, independente de eventual entendimento do julgador e disponível não só a este, mas também ao seu advogado, a ele próprio e a quem mais couber no caso concreto; ao mesmo tempo, a parte contrária saberá desde o princípio as garantias que serão concedidas em prol da outra parte, podendo prever suas consequências e decidir como agir a partir dessa constatação.

Desse modo, não só se amplia a segurança dos jurisdicionados e respalda as expectativas no sistema processual, como também garante que outros atores processuais, e não só o juiz, poderão utilizar-se de todos os meios necessários para a satisfação da igualdade entre as partes. De forma ainda mais precisa, a modificação na maneira de se compreender o processo e de se instituir procedimentos pode contribuir para a participação e o empoderamento de cidadãos limitados para, democraticamente, atingirem a categoria de cidadãos plenos.

Além disso, evita a manutenção do *statu quo*, do uniforme como se universal fosse, a partir de discursos aceitos e repetidos irrefletidamente, mas que carregam ideologias e poder simbólico a favor do culturalmente hegemônico (JULLIEN, 2010); afinal, o injusto burocraticamente instituído é banal e não demanda grandes esforços ou reflexões, ao contrário, pressupõe sua inexistência (ARENDT, 1999).

A própria dissimulação híbrida do sistema jurídico nacional contribui para a manutenção de cidadãos limitados a partir do distanciamento com a realidade fática na exegese do precedente aplicada segundo interpretações sumuladas pelas Cortes superiores. É o que ressalta Paulo Henrique Tavares da Silva (2012, p. 159) quando afirma que

Observa-se no Brasil uma gradual desconexão do Legislativo e do Executivo para com autênticas aspirações populares. Fazendo alusão à teoria dos sistemas, diríamos que as vozes da periferia não estão chegando ao centro do sistema. Se o Judiciário pretende fazer diferente, deve valorizar aqueles que estão mais perto das bordas do sistema, em contato direto com o povo; esses somos nós, os magistrados de primeira instância, que convivem diuturnamente com os dilemas das partes, aqueles que o trabalhador realmente vê como a cara da Justiça do Trabalho, não suntuosos tribunais onde tantas vezes por acanhamento ele nem sequer pode entrar.

Há ainda outro problema oriundo da politização do juiz, e não do processo: a seletividade dos assuntos jurisprudencialmente politizáveis. Isso porque se é certo que o juiz não necessita ser o mais hábil para decidir que os demais da sociedade, mas que, em sua função, encontra-se investido da jurisdição estatal (CARDOZO, 2004); é também correto que

ao visualizar o juiz enquanto engenheiro social assume-se o risco de instrumentalizar o Direito para determinados fins estratégicos.

[...] *Se o "ativismo" puder servir a dois senhores*, igualmente à concretização de direitos e à instrumentalização do Judiciário para os projetos estatais ou do sistema econômico, é claro que a tese não passa de uma especulação inconsequente, que e a respeito do acesso à justiça só aproveita o apelo, e que pouco ou nada diz sobre o lugar do juiz na democracia.

Imunizados ao menos contra a tentação (e decepções) de toda solução redentora, estaríamos prontos a questionar: afinal, o que leva a criatividade do decisor ser tão incetivada (se for para produzir, flexibilizar os sentidos da lei, adaptar procedimentos) e tão reprimida (pela padronização decisória, pela filtragem de litígios de massa, pela vinculação sumular)? Por que razão o rigor pretoriano com a dinâmica da separação entre os poderes varia tanto conforme o grau de Jurisdição? O que nos faz interpretar o arrojo como cautela em questões tributárias e como inconsequência em questões de saúde pública? [grifos no original] (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 85).

Dessa maneira, constata-se a existência e a defesa de um "ativismo judicial seletivo"<sup>44</sup>, ora largamente incetivado, ora coibido, a depender do tema em questão. Nesse caso, é relevante se ter em mente que se a seletividade das causas nas quais e em benefício de quem o ativismo é autorizado não passa por qualquer mecanismo de controle, o Judiciário, ao adotá-lo, será mais vulnerável e menos independente, e não o contrário. Sendo assim, o ativismo incentivado sob o argumento de pretensa materialização de justiça social pode dar ensejo a novas exclusões isentas de controle democrático (NUNES; TEIXEIRA, 2013, pp. 92 ss.).

### 2.2.2 Crise do Judiciário, morosidade jurisdicional e exclusão cidadã

A última metade do século XX foi caracterizada, em nível mundial, pela guerra fria, disputa ideológica entre capitalistas e socialistas ao redor do globo. Essa rivalidade entre potências motivou, simultaneamente, disputas de cunho científico e tecnológico, medidos a partir da publicidade de grandes descobertas e, por consequência, do poder de influência de cada um desses modelos em nações periféricas. Desenvolveu-se áreas do conhecimento com maior rapidez do que o habitual e cada fração passou a ser decisiva no cômputo do tempo, em virtude do iminente perigo nuclear e da necessidade premente de vencer o inimigo e cooptar aliados.

A constância dessa animosidade impulsionou apoios a governos ditatoriais pelo mundo, justificados pela necessidade de repressão de ideologias opositoras. Na América

---

<sup>44</sup> Termo empregado por Nunes e Teixeira (2013).

Latina, como visto, isso ocorreu através do financiamento pelos Estados Unidos da América de governos militares de cunho burocrático-autoritário. No Brasil, em específico, permaneceu-se por 21 anos sob regime militar com intensas perseguições políticas e privações de liberdade.

Ao mesmo tempo, esse período foi caracterizado por constantes conquistas de direitos humanos e, portanto, de ampliações de direitos de cidadania. Isso foi possível em decorrência das transformações e reivindicações sociais ocorridas a partir da nova realidade política e econômica mundial, bem como da constatação e condenação das práticas de violações de direitos patentes desde a Segunda Guerra Mundial.

Com isso, coube ao Estado e, por decorrência, ao Direito por ele aceito reconhecer, nacional e internacionalmente, novos direitos, sujeitos de direitos, bens tutelados e possibilidades de reparação de danos. Semelhante, no Brasil, foi o transcurso do acesso à justiça: reformulado segundo a teoria instrumentalista, pós Constituição Federal de 1988, com a finalidade de expandir sua abrangência e garantir a observância de novos direitos.

Essa conjuntura mundial de valorização do imediato, descoberta e paulatina popularização de novas tecnologias, reconhecimento de novos direitos, concentração de riquezas e perpetuação de relações políticas de grande interferência nas liberdades civis e políticas dos indivíduos evidenciou por todo o planeta o que se convencionou chamar de "crise do Judiciário", a incapacidade institucional da Justiça de responder de maneira célere e satisfatória aos novos conflitos sociais.

Em âmbito nacional, o maior impacto adveio da ruptura com o regime burocrático-autoritário pós-64, fruto, em grande medida, de sua insuficiência para reformular gastos após o primeiro choque do petróleo. A “expansão Leviatã” do Executivo brasileiro teve como principal característica a substituição de importações e o esvaziamento do campo, com a consequente aglomeração nas grandes cidades, agora transformadas em verdadeiros “bolsões de conflitos generalizados” (FARIA, 2005).

Nesse contexto, não só os novos direitos, mas também os emergentes conflitos sociais não demoraram a alcançar a esfera do Judiciário, que, para responder de forma útil a essas novas demandas, necessitava empregar um aparato estrutural e fazer uso de concepções de que não dispunha. Deu-se início, então, à crise do Judiciário, tendo a morosidade como seu principal sintoma.

Conforme supramencionado, as instabilidades e desigualdades características das décadas de 80 e 90 do século passado e o contexto de redemocratização do país conferiram destaque ao Judiciário, compreendido agora como contra-poder (WOLKMER, 2001).

Todavia, repleto de conflitos inéditos, essa dimensão do Poder não dispunha de muitos meios para resolvê-los além de institutos jurídicos anacrônicos, estrutura obsoleta e algumas leis de caráter social.

Ainda assim, a teoria socializadora do processo não recuou na defesa da necessidade de politizar o juiz e suas decisões. Isso ocorria mesmo diante do evidente despreparo dos agentes processuais, formados segundo parâmetros excessivamente formalistas e exegeticos, que atribuíam, em regra, viés individual mesmo diante de conflitos complexos de cunho coletivo, como a favelização e a precariedade generalizada dela decorrente.

Sobre o tema, Theodoro Júnior (2009, p. 250-251) alerta que

Um aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional, por isso mesmo, só se poderá alcançar quando se resolver enfrentar a modernização dos órgãos responsáveis pela justiça, dotando-os de recursos e métodos compatíveis com as técnicas atuais de ciências da administração, e preparando todo o pessoal envolvido para adequar-se ao desempenho das mesmas técnicas.

Em suma, impende reconhecer, numa visão isenta, não apaixonada, sobre o problema, que a implantação do processo justo não depende tanto de reformas legislativas sobre os textos dos códigos. O que sua efetiva observância reclama, na verdade, é uma nova mentalidade para direcionar o comportamento dos operadores do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais envolvidos na garantia do que hoje se tem por “processo justo”. O legislador tem a obrigação de aprimorar as normas procedimentais, sem dúvida. Na maioria das hipóteses, no entanto, basta aplicar o processo existente sob o influxo exegetico dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo, que se concretiza quando por ele se garante, em tempo razoável, e mediante amplo contraditório, a efetiva e adequada atuação do direito material.

O confronto entre a crença no Judiciário, o guardião da sociedade, e as prestações insuficientes exprimiram o despreparo da Justiça brasileira para responder satisfatoriamente às novas demandas sociais. Ao mesmo tempo, a nova medida do tempo advinda da globalização reforçou a inefetividade e morosidade dos provimentos jurisdicionais.

Se um processo ideal é aquele capaz de distribuir a justiça em período razoável, sem delongas que excedam o prazo necessário para chegar a resultado seguro e pautado em garantias para as partes, tornou-se manifesto que o Judiciário brasileiro não era, nas condições em que apresentava, suficiente para garantir esse processo. Com isso, permitiu-se, ainda que involuntariamente, a violação de um sem-número de direitos fundamentais que prescindiam de sua coerção para serem concretizados.

Assim, não tardou para que a ausência de resultado útil do processo enfatizasse a função simbólica da legislação-álibi (NEVES, 2007, p. 36 ss.). Desse fenômeno decorreu uma banalização da ilegalidade e impunidade, frequentemente associadas como características do

país desde de Freyre (2006). Nesse caso, isso não decorreu da existência de justiças privadas de grandes latifundiários e da circunscrição da influência do Estado até os muros da fazenda, mas da infinitude no tempo de processos que, não raras vezes, desafiavam o compasso natural das criações humanas, formado por começo, meio e fim (SILVAb, 2004, p. 32).

A lentidão processual, assim, exsurge como fator que reforça a exclusão de determinados segmentos sociais incapazes de suportar, sem grandes prejuízos, o tempo necessário para o seu desfecho. Nesses casos, não é incomum que o indivíduo se reconheça numa situação em que é obrigado a suportar o lento desencadear de atos flagrantemente lesivos aos seus interesses.

Assim, o processo, que deveria dar ao detentor do direito, sempre que possível, tudo e exatamente o que lhe for de direito<sup>45</sup>, passa a ser visto como “fonte perene de decepções”<sup>46</sup>. Por essa razão, Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 243) afirma que

Há uma crise da justiça que a sociedade unanimemente situa na intolerável demora com que se define a resposta jurisdicional à demanda dos litigantes. Não se faz justiça, a quem dela necessita, retardando a eliminação do litígio injustificadamente e submetendo o titular do direito subjetivo à sujeição longa e desmensurada, à violação já consumada ou à intranquilidade da ameaça injusta à situação jurídica legítima da parte. *Demorar, sem justa causa, na prestação da tutela jurídica efetiva a quem tem, constitucionalmente, o direito de obtê-la, equivale a denegá-la, na ordem prática. Equivale, em outros termos, a desviar o processo, pelo menos durante sua procrastinação indevida, para a imoral tutela do injusto violador do direito alheio.* De instrumento de “justiça”, o processo torna-se instrumento de “injustiça”, gerando o atual descrédito que inunda a sociedade quando se põe a avaliar a qualidade da tutela que pode esperar dos órgãos jurisdicionais, entre nós. [grifos acrescentados]

Dessa forma, qualquer decisão proferida após o transcurso de prazo superior ao razoado, por maior que seja o mérito científico de seu conteúdo, será decisão injusta, razão pela qual será temerária toda tutela jurisdicional despreocupada em garantir resposta justa em lapso temporal compatível com o direito em questão. A procrastinação processual, ainda que involuntária, mantém e reforça a condição de limitação de cidadania de indivíduos pertencentes a classes e grupos não hegemônicos ao mesmo tempo que sustenta o dever de garantir a eles condições para auferição de cidadania plena.

A morosidade jurisdicional, portanto, esvazia a própria legitimidade do Judiciário, uma vez que a razão de existência de todo o aparato institucional tem sido eminentemente descumprida em sua atuação. Por essa razão, Fabiana Rodrigues Silveira (2007, p. 165)

---

<sup>45</sup> Noção célebre chiovendiana.

<sup>46</sup> Expressão originariamente utilizada em DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.



afirma que "se a Justiça não é efetiva e eficaz em tempo certo, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos passa a ter um aval implícito, um permissivo sistêmico advindo dessa disfuncionalidade". Com isso, o contra-poder passa a constituir poder-contráído, uma vez que sustenta toda uma estrutura e movimenta recursos econômicos e humanos, mas não consegue sustentar a concretização e exercício de poder autêntico.

Embora sua intensificação diante da supramencionada crise do Judiciário, a inefetividade processual é problema mais antigo, sendo o direito ao processo sem dilações indevidas reconhecido desde a Magna Carta inglesa de 1215 que, em seu artigo 40, estabelecia que "a ninguém será vendido, recusado ou postergado o direito e a justiça"<sup>47</sup>.

A morosidade é dano marginal, resultante dos chamados "tempos mortos processuais", isso é, das dilações indevidas resultantes de qualquer causa que não o natural desencadear dos atos que visem constituir as garantias das partes intrínsecas ao procedimento ou no adequado exame do caso (BOTELHO, 2010, p.144). Implica, por essa razão, na negação de liberdades substantivas essenciais ao desenvolvimento<sup>48</sup> e à superação de limitações à cidadania.

De modo a intensificar o problema, tem-se estimulado a defesa de métodos alternativos à resolução de conflitos, mas, no geral, a competência para exercício desses métodos tem permanecido atrelada ao Judiciário estatal, a exemplo das conciliações judiciais. Incentiva-se formas alternativas ao Judiciário para solucionar os conflitos com a finalidade de estimular tanto a autoemancipação do indivíduo, quanto a desobstrução da Justiça; todavia, a utilização desses mecanismos a partir da burocracia estatal rompe com a lógica que motivou sua criação e responde indevidamente à questão: constata-se que o Estado-juiz tem respondido de maneira insuficiente à perpetuação dos conflitos e, não obstante, continua a utilizar o aparato jurisdicional já insatisfatório para novas funções (ARAUJO; SILVA, 2013, p. 806).

---

<sup>47</sup> No original: "to no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice".

<sup>48</sup> Segundo Amartya Sen (2000, p. 18), a liberdade é central para o processo de desenvolvimento, já que a realização deste depende da livre condição de agente das pessoas e que, por isso, a avaliação do progresso deve ser concebida, em primazia, pelo aumento das liberdades das pessoas. Isso porque, segundo o autor, "a ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades" (SEN, 2000, p. 19).

Não só, por vezes os meios alternativos para a resolução de conflitos parecem ser incentivados mais para atender ao desejo do Judiciário de aliviar as aparências de sua crise, do que para garantir a consecução de direitos de cidadania. A esse respeito, frisa-se que

O que se percebe é que embora se pregue uma "cultura de paz", através da utilização de institutos como a conciliação, em especial a judicial, tal método, por pressupor uma isonomia entre partes acordantes, pode mesmo levar a transgressão dos direitos fundamentais dos cidadãos, com efeitos diametralmente opostos aos previstos. Não se pode olvidar o fato do Judiciário, para enfrentar a crise se adequou a uma lógica neoliberal, norteadas por ideais de produtividade, massificação e celeridade perseguidos a todo custo, o que apesar de trazer um ganho notável na sua agilidade, é indubitavelmente danoso à promoção da justiça e da harmonia social. À imagem dessa ótica, o foco da conciliação se deslocou de uma maneira a assegurar o amplo acesso à efetivação dos direitos dos cidadãos, notadamente da "ralé brasileira", para a rápida resolução do caso e sua repercussão nas estatísticas do CNJ. (ARAÚJO; SILVA, 2013, p. 817)

Há, ainda, outra repercussão danosa na forma como se aborda a morosidade da prestação jurisdicional: não há estudos detalhados capazes de identificar o predomínio de uma ou outra de suas causas no país. Com isso, combate-se ao mal genérico da morosidade e da crise do Judiciário sem, contudo, ter alvos específicos para, a partir deles, adequar a administração da Justiça para efetivamente superá-los.

A importância dessa crítica consiste no reconhecimento de que, embora as repercussões negativas da morosidade sejam as mesmas, as formas de evitá-las e combatê-las distinguem-se a depender da razão de origem de cada uma delas. Por esse motivo, Boaventura de Sousa Santos<sup>49</sup>, propôs uma tipologia da morosidade<sup>50</sup>.

Quanto ao modo de configuração, o sociólogo português classifica-a como morosidade necessária ou legal. A primeira delas reflete o tempo do processo, ou seja, aquela decorrente dos atos procedimentais, do exercício de contraditório e ampla defesa e da formação do convencimento do juiz. A morosidade legal, a seu turno, é aquela resultante do cumprimento dos prazos estabelecidos em lei. Essa morosidade deve corresponder ao máximo

---

<sup>49</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>50</sup> Importante precisar que se adota a compreensão de morosidade como o resultado negativo oriundo de tempos mortos, nos quais o "andamento" costumeiro dos atos processuais costuma ser a inércia ou a protelação de decisões. Sendo assim, o tempo natural para resolução democrática do processo não poderia ser classificado como forma de morosidade. Essa distinção, todavia, escapa das considerações de Santos apresentadas nesse ítem, uma vez que esse autor entende por morosidade todo e qualquer tempo empregado, ainda que pré processual, até a obtenção efetiva do provimento de mérito.

à necessária, sob pena de haver, já nesse ponto, dilação indevida por formalismos desnecessários<sup>51</sup>.

Há também a classificação da morosidade quanto ao momento de configuração, podendo ser pré-judicial, judicial ou pós-judicial, a depender de anteceder, ser contemporânea ou posterior à fase de conhecimento. Quanto a esse aspecto, entende-se que a distinção entre judicial e pós-judicial não é relevante, já que, na moderna concepção de jurisdição, o direito do jurisdicionado não está satisfeito com sua mera declaração, mas apenas com a obtenção do resultado útil do processo. Assim, compreende-se que ambas fariam parte de uma só modalidade de morosidade, a judicial.

Quanto à sua causa, a morosidade pode ser endógena ou funcional. Será endógena ou sistêmica quando for inerente ao próprio sistema, decorrente da sobrecarga de trabalho e do excesso de burocracia, positivismo e legalismo. Funcional, todavia, é aquela decorrente dos atos de alguma ou de ambas as partes, que o fazem com o intuito de dilatar o tempo para resolução do processo.

Quanto a esta última, também chamada de morosidade ativa em outro trabalho (SANTOS, 2011b), é importante ter em mente que, em grande parte dos casos, há o interesse de ao menos um dos litigantes de que o processo se prolongue tanto quanto possível. Para tanto, não é incomum que se faça uso de meios lícitos e ilícitos, com o aval de atores do processo, em verdadeira crise ética contra o processo e a favor da cultura brasileira do inadimplemento. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Justiça brasileira tem processos demais por ter ética de menos (CHAVES, 2008).

Apesar da constatação de diversos tipos de morosidade, como dito, a previsão constitucional de duração razoável do processo veio desacompanhada de mapeamento detalhado das causas da morosidade do Judiciário brasileiro. Mesmo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponíveis no portal "Justiça Aberta", não são suficientes para especificar os principais vícios da Justiça brasileira, uma vez que se limitam a apresentar, nesse aspecto, o somatório de decisões e sentenças proferidas, das audiências agendadas e realizadas, dos processos conclusos para sentença há mais de 100 dias e das audiências remarcadas por ausência do juiz mês a mês.

Não analisa, portanto, quais tipos de ação costumam aguardar julgamento por mais de 100 dias, se o prazo excede em muito ou pouco esse marco temporal e se, nesses casos,

---

<sup>51</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011, p. 2.

predomina litisconsórcio necessário ou facultativo. Além disso, não examina os tempos mortos processuais oriundos de espera por atos executivos, despacho, marcação de audiência ou mesmo por juntada de petição e documentos. Por esse motivo, não é possível constatar qualquer especificidade substancial que conduza à determinação dos tipos de morosidade predominantes: se é pela complexidade da causa, pela ausência de pessoal, pelo descaso dos profissionais ou mesmo decorrente da atuação de má fé das partes (ARAUJO; LUSTOSA, 2013).

Uma sugestão possível para facilitar o mapeamento seria a consecução de convênios com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) com o intuito de traçar o panorama e o diagnóstico judicial de cada estado da federação (CAMPOS, 2009, p. 64). Com isso, poderia-se, inclusive, atribuir quesito específico para auferir a executoriedade de processos correspondentes a tipos de ações específicos e segundo sua distribuição nas classes econômicas.

Identificar o caso de cada uma dessas formas de morosidade é essencial para que se possa combatê-las de maneira eficaz e, com isso, garantir as condições para superação da crise do Judiciário, da recuperação da legitimidade funcional da Justiça e da perpetuação de cidadanias limitadas a grupos não hegemônicos. É, portanto, passo essencial para a consecução do acesso à jurisdição substancial.

### 2.2.3 O dilema do resultado inútil do processo: Congestionamento processual e eficiência no Judiciário

A interferência externa de instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial conduziu à aferição da qualidade do Judiciário segundo indicadores objetivos de segurança jurídica e celeridade processual (SILVAa, 2012, p. 157). Com isso, a Justiça estatal passou a ser visualizada a partir de parâmetros antes aplicados exclusivamente a empresas: entram insumos e saem produtos massificados com a maior redução de custos possível e no tempo mínimo necessário.

É o que ressalta Santos (2011b, pp. 34-35) quando afirma que

As reformas [do Judiciário] são orientadas, quase exclusivamente, pela idéia de eficiência, isto é, pela necessidade de se construir um sistema de justiça célere. Há áreas do judiciário e formas de atuação que são consideradas importantes e outras não. A formação dos magistrados, por exemplo, é orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia.

Há, contudo, um outro campo. Designo-o por campo contra-hegemônico. É o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social.

Dessa maneira, confundiu-se padronização de decisões com segurança jurídica e celeridade a qualquer custo com razoável duração do processo. Como reflexo, não só a instituição, mas também seus magistrados passaram a ser avaliados e promovidos segundo os mesmos parâmetros: a partir de então, os valores centrais para medir o bom magistrado são a produtividade e a obediência a súmulas dos Tribunais superiores (SILVA, 2012).

Nesse contexto, surgiu a necessidade de produzir dados e indicadores estatísticos, tal qual estabelecido no ponto 9 do I Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, de 2004. No mesmo ano, criou-se a primeira edição do Relatório Justiça em Números<sup>52</sup>, preservando os princípios do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ). Com os dados obtidos, foi emitida a Resolução n. 15 do CNJ, em 2006, adotada como marco metodológico para a coleta de dados estatísticos do Judiciário nacional.

Posteriormente, em 2009, foi editada a Resolução n. 76 do CNJ, que aprimorou os dados do Relatório Justiça em Números, exigindo detalhamento de dados de despesa, litigiosidade, recursos humanos e cálculo de taxa de congestionamento<sup>53</sup> e de processos pendentes em relação à data de baixa. Dessa forma, foram fixados os critérios que medem e avaliam o desempenho do Judiciário nacional ano a ano, em cada uma de suas esferas e instâncias.

Desse modo, o Portal Justiça em números, atrelado ao CNJ, procura identificar as características do Judiciário brasileiro a partir da análise dos insumos, dotações e graus de utilização; da litigiosidade e do congestionamento processual; do acesso à jurisdição; e do perfil das demandas (CNJ, 2013, p. 11).

Todavia, os dados oferecidos pelo CNJ apresentam aspecto meramente quantitativo que, embora úteis, não permitem a constatação dos entraves concretos ao acesso à jurisdição e das especificidades dos processos congestionados - se provenientes de ações coletivas ou individuais, se traduzem demandas de massa ou conflitos isolados e a qual tipo de ações se referem.

---

<sup>52</sup> Note-se que o nome do programa já denuncia a perspectiva quantitativa, segundo eficiência empresarial, que se tem da atividade jurisdicional brasileira.

<sup>53</sup> O relatório usa o termo “taxa de congestionamento” para referir-se ao indicador do percentual de processos que, em dado ano, tramitaram e não foram baixados definitivamente ou remetidos à fase de execução.

Essa tendência à análise quantitativa e vinculada a uma visão empresarial do Judiciário é, inclusive, especificada no próprio relatório, que utiliza termos produtivistas para seu parâmetro avaliativo. Segundo o CNJ (2013, p. 90),

Os dados fornecidos pelos tribunais ao Relatório Justiça em Números permitem a realização de diversas análises sobre produtividade. Elegeu-se como forma demonstrativa de medição a elaboração do Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), construído a partir do método Análise Envoltória de Dados (DEA) e dos gráficos de quadrantes e de fronteira. *Tais análises permitem, primeiramente, que se tenha a produtividade de cada tribunal – ou seja, a razão entre o que foi produzido (output ou produto) e o que foi gasto para produzir (input ou insumo) –, para que, posteriormente, sejam feitas as análises comparativas de eficiência.* É relevante destacar que o conceito de eficiência é relativo, pois considera a produtividade real (a produção ponderada aos recursos) com aquela ideal, que poderia ter sido atingida. Esse marco ideal é encontrado a partir da comparação da unidade produtiva com outras equivalentes, ou seja, com possíveis benchmarks. Desse modo, a fim de se obter comparações correspondentes e proporcionais à realidade de cada tribunal é importante conjugar algumas de suas características. [grifos acrescidos]

Não obstante, os dados e estatísticas informados no portal possibilitam aferir conclusões relevantes sobre o perfil do Judiciário nacional. Segundo os dados coletados, o total de processos em tramitação no Judiciário tem aumentado gradativamente desde 2009 e, no ano de 2012, representam 64 milhões (69%) pendentes dos anos anteriores, frente a 28,2 milhões (31%) de novos casos, totalizando 92,2 milhões de processos.

Embora tenha havido crescimento no total de processos baixados, seu total continua sendo inferior ao de novos casos, o que indica a existência de congestionamento processual e da tendência de aumento do número de processos pendentes para os anos consecutivos (CNJ, 2013, p. 294). Outrossim, percebe-se que o quantitativo de processos pendentes tem sido ampliado em razão do aumento gradual da demanda.

É importante ressaltar, contudo, que essa progressão da utilização da Justiça não advém, em substância, de maior participação democrática e acesso material à justiça, como poderia imaginar Nalini (2005, p. 173). Embora reconheça-se que a litigação relaciona-se com o nível de efetividade de direitos e com a constatação de estruturas administrativas hábeis a sustentar essa aplicação (SANTOS, 2011b, p. 24), nesse caso, conforme dados disponibilizados pelo CNJ (2011), 89% dos processos baixados até 31 de março de 2011 tem como partes o setor público ou instituições bancárias, parte considerável deles, portanto, refere-se a demandas repetitivas.

É o que se pode extrair dos dois gráficos a seguir<sup>54</sup>:

Gráfico 1 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor.

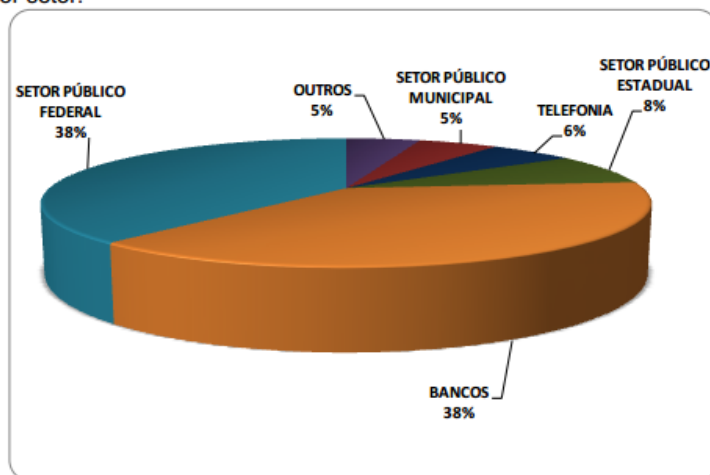
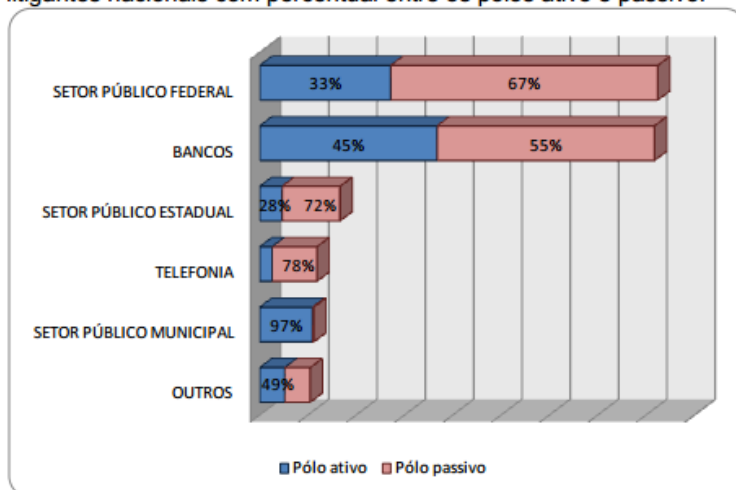


Gráfico 2 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os pólos ativo e passivo.



Ainda sobre o crescimento do número de processos novos em 2012, os dados apresentados pela instituição permitem observar que seu aumento foi superior ao dobro da ampliação no total de sentenças. Apesar do julgamento de 12% menos processos em relação ao total de ingresso, o crescimento na quantidade de ações baixadas repercutiu na redução de um ponto percentual da taxa de congestionamento em relação ao ano de 2011.

Em 2012, a cada 100 processos que tramitaram no Judiciário, apenas 30 foram baixados definitivamente, o que implica em taxa de congestionamento processual de 70%,

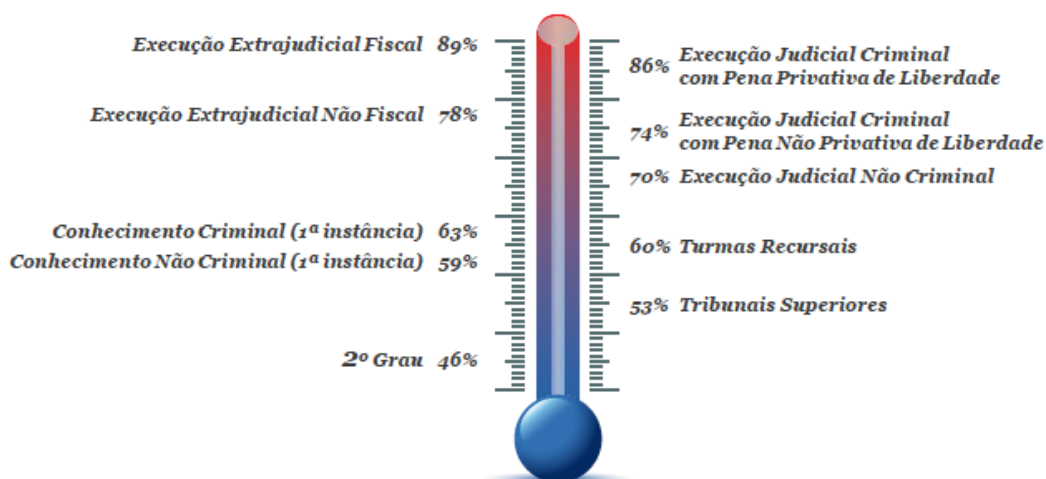
<sup>54</sup> Gráficos extraídos de: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2012. p. 15.

resultante primordialmente da quantidade de processos acumulados ao longo dos anos (CNJ, 2013, p. 299).

Entretando, dos dados passíveis de constatação, o mais relevante para análise da garantia de direitos de cidadania é o predomínio do congestionamento processual na fase de execução da primeira instância (85%), frente ao observado na fase de cognição (60%) (CNJ, 2013, p. 299). Assim, apesar da demanda de ações de conhecimento (76,7%) ser substancialmente superior à de ações de execução (23,3%), a aglomeração de casos pendentes concentra-se no momento da efetivação dos provimentos de mérito<sup>55</sup> (CNJ, 2013, p. 300).

Essa conclusão é possível a partir da análise do termômetro da taxa de congestionamento e da movimentação processual do Poder Judiciário, disponíveis no relatório do ano-base de 2012 (CNJ, 2013, pp. 300-301), expostos a seguir:

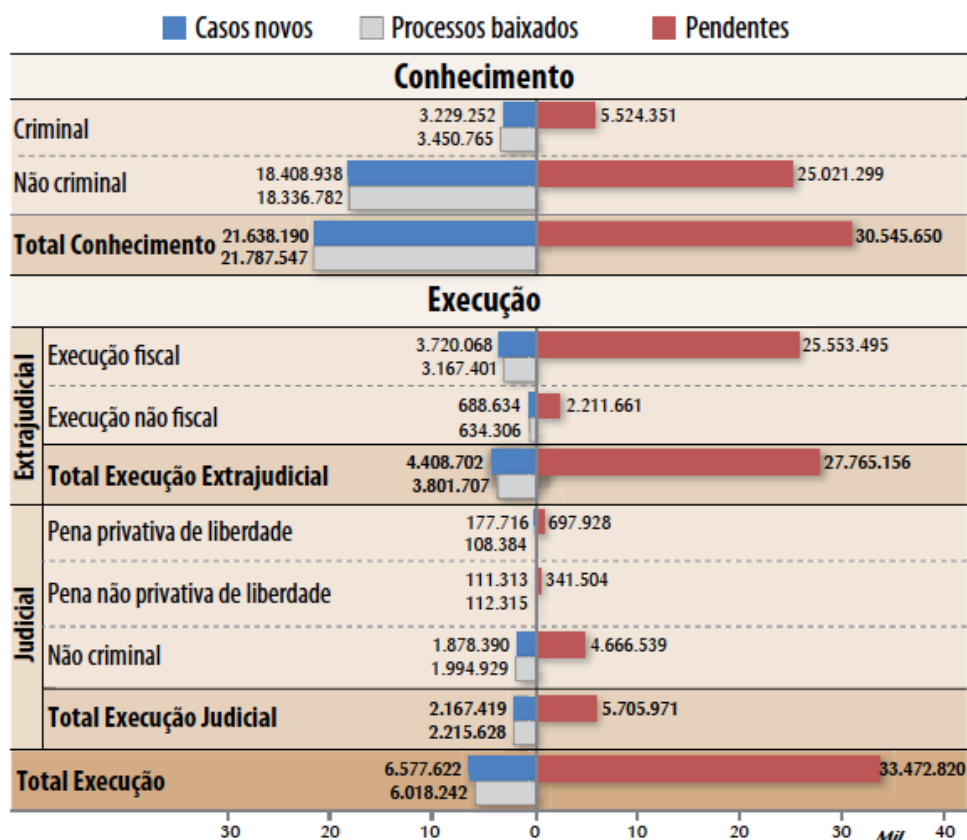
Figura 1 - Termômetro da taxa de congestionamento processual



<sup>55</sup> Os estudos jurídicos no Brasil têm se fundamentado, historicamente, com clara prevalência da perspectiva teórica de sua justificação, conteúdo e regulamentação, o que é feito em detrimento de análises empíricas e de efetividade. Em relação a aspectos processuais, essa tendência pode ter legitimado-se a partir da larga influência da obra de Giuseppe Chiovenda, que iniciou suas pesquisas sobre a cognição processual e teve de interrompê-la antes de concluir seus estudos sobre execução.



Figura 2 - Movimentação processual do Poder Judiciário



Esses dados demonstram que o obstáculo primordial para a efetividade de direitos de cidadania no Brasil consiste na proferição de sentenças de mérito que não conseguem ser executadas, ou seja, não atingem seu resultado útil. Esse fato, somado à morosidade característica também da fase de conhecimento, contribui para a manutenção do *statu quo*, por meio da valorização do homogêneo e da discriminação velada do culturalmente distinto, a quem são negados direitos essenciais ainda que seja nacional e que, por isso, só consegue gozar de cidadania limitada.

As razões para isso não ficam claras no relatório do CNJ, mas genericamente é possível admitir a contribuição do *ethos* de inadimplemento brasileiro<sup>56</sup>, das reduzidas condenações por má-fé processual e da atuação tímida do juiz, baseada em separação estanque entre as fases de cognição e execução (ARAÚJO; LUSTOSA, 2013). Quanto a este último aspecto, importante frisar que a concepção democrática constitucionalmente adequada do processo requer que, ainda no momento da cognição, o julgador já utilize os meios que

<sup>56</sup> Termo empregado por Luciano Athayde Chaves (2008).

dispõe com a maior utilidade possível, visando assegurar a efetividade de eventual tutela jurisdicional.

Esse dever tem origem na própria compreensão da jurisdição como direito-garantia (DELGADO, 1998, p. 105) e é corolário da legitimidade do Estado Constitucional de Direito. É nesse sentido que cabe a observação de Carlos Hindenburg de Figueiredo (2012, p. 60) de que "acrescentar a tendência a um Poder Judiciário preocupado com a maximização das satisfações humanas deve ser um mantra. Afinal, de que serve criar uma estrutura se não for para atender a necessidades humanas?".

Assim, faz-se necessária a implementação da efetividade segundo prisma humanístico (FIGUEIREDO, 2012, p. 60), e não de mera eficiência empresarial. Caso contrário, sua não observância converte o processo em burocracia inútil. Conforme os dados publicados pelo CNJ, todavia, essa não é a realidade majoritariamente observada no Judiciário brasileiro, sendo o resultado útil do processo não a regra, mas a exceção.

Ressalte-se que, no que pese desacreditar-se nos benefícios do “juiz de números” medido pela quantidade de resultados alcançados, é relevante expor que mesmo nas metas do Judiciário estabelecidas pelo CNJ, os processos em fase de execução não são tidos como critérios avaliadores do desempenho dos juízes e da Justiça para qualquer dado além da auferição da taxa de congestionamento, como se houvesse uma autorização velada ou, ao menos, uma aceitação de histórico *ethos* de inadimplemento. Outrossim, a avaliação de resultados para a promoção de magistrados por merecimento desconsidera os dados referentes a execução processual, o que pode justificar parte do descaso ou da conivência desses profissionais com a ausência de resultado útil.

Desse modo, é essencial que se compreenda que, caso pretendam continuar avaliando o Judiciário através de metas nacionais atribuídas pelo CNJ, faz-se necessário que se conjugue a elas o mapa estratégico do Poder Judiciário (MARINHO, 2012, p. 127), que, dentre seus objetivos, reconhece o dever de promover a efetividade no cumprimento das decisões como questão atinente ao acesso à jurisdição.

### **2.3 Exclusão no Judiciário: quando a compreensão contemporânea do processo não serve à contemporaneidade**

Diante de todo o exposto, constata-se que as teorias socializadoras do processo e a perspectiva instrumentalista não foram suficientes para democratizar o Judiciário; contribuíram, mas não foram capazes de modificar estruturalmente a instituição. A formação

jurídica continua exegeta e acentuadamente positivista, voltada exclusivamente ao estudo e compreensão do Direito proclamado pelo Estado e para o culturalmente homogêneo.

A crise do Judiciário e do próprio Estado moderno reflete a incapacidade de ambos para lidar com a sociedade, enxergada sob o manto de pretensa universalidade. Ainda que involuntariamente, a Justiça acaba por reproduzir ou assentar os mecanismos ou entendimentos típicos dos grupos hegemônicos, do Estado ou da economia. Desse modo, mantém e fomenta discriminações veladas e garante as condições de existência de párias de cidadãos limitados frente a grupos dominantes de nacionais que são cidadãos plenos.

Modificar essa realidade não é impossível, mas exige câmbio dos paradigmas sob os quais se assenta o Estado, o Direito e o Judiciário brasileiro. Para tanto, faz-se necessário analisar o ordenamento pós-1988 como algo completamente novo, uma análise profunda que desconsidera preconceitos e violações a direitos imbuídos nas formas de compreender o Direito e a cidadania defendidas até então.

Não basta, portanto, a mera transposição de modelos estrangeiros ou a mudança do tom do discurso com manutenção da defesa do social e economicamente hegemônico. Essa resolução demanda, igualmente, modificação do senso comum teórico dos juristas, o que deve ser feito com base em três premissas necessárias: a crítica do monopólio estatal e científico do Direito e a adoção do pluralismo jurídico; o esforço de discutir e identificar não só a função de resolução de conflitos, mas também as funções simbólicas e políticas que tem sido assumidas, conscientemente ou não, pela Justiça; e a atenção à legalidade subalterna, isso é, às práticas de grupos socialmente oprimidos, dos cidadãos limitados (SANTOS, 2011b, pp. 14-15).

Com isso, evidencia-se a insuficiência da perspectiva contemporânea de processo para lidar com a contemporaneidade, com a sociedade complexa e o pluriculturalismo; mas também propõe-se parâmetros para a construção do novo senso comum teórico dos juristas e, por conseguinte, da nova forma de pensar a Justiça e o Direito. Essa transformação requer ainda o câmbio na forma como se compreende o cidadão, a necessidade de romper com a identidade cordial defendida desde Gilberto Freyre e com a perspectiva exclusivamente assistencialista com que se vislumbra o cidadão limitado brasileiro.

Assim, rompe-se com a noção do Judiciário como *locus* de resolução de problemas, sejam eles singelos ou complexos, e sustenta-se as possibilidades para o desempenho autônomo dos cidadãos, que devem contar com aparato objetivamente discriminado para, independente de compreensões e atos do juiz, exercerem seus direitos.

O patente fracasso do modelo de protagonismo do juiz, da reprodução mecânica de enunciados de tribunais superiores e da análise quantitativa da Justiça indicam a necessidade

de transformar a maneira como se vê o Judiciário e os cidadãos no Brasil e de perquirir a recuperação da legitimação da Justiça a partir da obtenção do resultado útil nos processos e das condições para o empoderamento de cidadãos limitados.

### **3 PARA UMA COMPREENSÃO PLURAL DA JUSTIÇA: RECONHECENDO DIREITOS, CIDADÃOS E PROCESSOS**

Qualquer compreensão emancipatória do Direito, embora pretensamente progressista, incorre em erro à medida em que olvida que todo ordenamento jurídico e mesmo o ensino e formação jurídicos foram instituídos com o objetivo de garantir a continuidade de dado modelo de sociedade. O Direito não pretende ou propõe-se a romper com algo instituído, mas, ao contrário, justifica-se no interesse de sua conservação.

Não que o Direito não possa ser progressista, mas só o fará nos limites da garantia de continuidade do sistema sob o qual foi instituído. Qualquer teoria que descarte esse encadeamento lógico do sistema jurídico comete o erro de, por desejar utopias inalcançáveis, iludir e investir energias em algo que sequer será capaz de afetar o sistema jurídico. Não que a emancipação de setores marginalizados não seja possível; ao contrário, o é, mas não pelo Direito que, no máximo, poderá reconhecê-las depois que as condições determinantes na totalidade social já tenham sido modificadas.

Desse modo, o que se pretende com essa pesquisa não é apresentar perspectivas de emancipação através do Direito, mas de desconstrução gradual de resistências sustentadas pelo ordenamento e pela atividade jurídica para, com isso, garantir condições de auto-emancipação de grupos de cidadãos limitados e do reconhecimento do não hegemônico. Isso porque a limitação do jurídico refere-se à continuidade de determinado modelo social, e não necessariamente das práticas e subterfúgios que dele se aproveitam. Não que vencer certas dominações perpetuadas através do sistema seja simples, mas não é impossível nem demanda câmbio formal no Direito em si, mas apenas na formação jurídica e na utilização que se faz dele.

De toda forma, mesmo com as insuficiências do Direito, há a possibilidade de, por meio dele, sustentar-se a plenitude de direitos de cidadania reconhecidos, sem os quais a democracia admitida não passa de ditadura mal disfarçada (SANTOS, 2011b, p. 125). Essa questão é relevante, uma vez que possibilita constatar a necessidade de reverter a inércia característica da compreensão do Judiciário no Brasil.

Conforme alerta Santos (2011b, p. 99),

No Brasil, tal qual em Portugal depois de 1974, a passagem da ditadura para a democracia não implicou em debates, e tão poucas pressões políticas que exigissem mudanças profundas na estrutura organizacional dos tribunais. Isto conduziu a um

reforço da independência judicial em relação aos outros poderes sem a correlata discussão sobre os mecanismos de controle democrático da magistratura. Por outro lado, não foi questionada a independência interna, preservando-se um modelo burocrático de organização, com subordinação dos juízes à cúpula, dentro de uma estrutura em que os magistrados se concentram nas suas carreiras individuais e mantêm um distanciamento em relação à esfera pública e às organizações sociais.

Assim, emerge a necessidade de superar a letargia em torno das concepções de injustiça que têm sido percebidas pelos magistrados, com a finalidade de abranger também as de cunho histórico, social e étnico-cultural. Para tanto, os parâmetros que servem para aferir e avaliar a atividade judicial devem ser modificados; de pouco adianta celeridade mecânica sem sensibilidade perceptiva.

Por essa razão, faz-se imprescindível a adoção de compreensões contra-hegemônicas de direitos humanos e culturas, pautadas, simultaneamente, sob o paradigma da igualdade e o do direito à diferença e que permitam a coexistência de direitos de cunho individual e coletivo (SANTOS, 2011b, p. 103). É a partir da afirmação desse dever, e não de ativismos isolados que o Judiciário contribuirá efetivamente para o cumprimento de políticas sociais.

Com isso, a Justiça assumiria-se enquanto espaço representativo, hábil ao exercício democrático e à efetiva resolução de conflitos sociais (GARAPON, 2001, p. 264). Da mesma maneira que é superficial compreender-se o Direito como instituto aparte da totalidade social, suas instituições não podem ignorar as forças, os poderes e as dominações que emergem dessa totalidade (ALMEIDA, 2010, p. 171). Tendo isso em mente, reconhece-se a necessidade de paradigmas plurais para conceber os Direitos, os processos e os cidadãos de acordo com a realidade brasileira de país periférico e historicamente colonizado.

Isso, todavia, não seria possível sem construção dialógica da aplicação jurídica, uma vez que, sob a perspectiva do Direito, "parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a cidadania de baixa intensidade, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais" (CITTADINO, 2013, p. 231). É nessa medida que fala-se em construção democrática do processo, do acesso à jurisdição e dos direitos de cidadania.

### **3.1 Por uma mudança de perspectiva: a proposta do processo constitucional democrático**

Assim como o modelo socializador erigiu o maior obstáculo da teoria anterior para servir de critério balizador da reforma que pretendia proporcionar, uma nova forma de

compreender o processo deve partir do ideal de solução das falhas do instrumentalismo. Deve, portanto, ter foco na autonomia e participação do cidadão e, portanto, nas condições essenciais para que tenha capacidade de empoderamento, para que se sinta efetivamente como alguém hábil a gerir os próprios conflitos<sup>57</sup>.

Nesse sentido, Nunes e Teixeira (2013, p. 61) são enfáticos ao afirmar que

É fundamental que se diga que o paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal) nem de metas coletivas (como no paradigma social), tampouco com uma leitura unilateral sobre os direitos e liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz "árbitro" ou "treinador".

Por essa razão, como alternativa ao instrumentalismo, opta-se pelo processualismo constitucional democrático, proposto por Dierle Nunes (2012), que fundamenta-se na participação e no policentrismo por conceber que o procedimento é elemento constitutivo da decisão e que esta não pode ser condizente com a afirmação de direitos de cidadania se aquele não o é.

Desse modo, entende-se que para o processo e o provimento jurisdicional acompanharem os direitos fundamentais e a consagração da cidadania plena, é essencial que haja fomento à participação de todos os envolvidos no intercurso do processo, bem como a estruturação procedimental a partir das especificidades dos bens jurídicos em questão. Assim, combate-se a adoção de decisões padronizadas, com conteúdo abstrato, fixo e predeterminado

---

<sup>57</sup> Sobre o modelo de processo proposto, fundamentado na participação através de contraditório, é relevante destacar desde já que essa compreensão é incompatível com a noção clássica do processo como relação jurídica, uma vez que a caracterização como relação jurídica pressupõe a existência de vínculo de subordinação, exigibilidade, sujeição ou de ordenação (DIAS, 2012, p. 87). O contraditório visto como direito, e não como obrigação, não pode ser retratado sob o pressuposto da relação jurídica, já que não é possível que qualquer das partes exija da outra a prática de qualquer ato processual. Assim, é relevante rememorar Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 113), quando afirma que "uma garantia não é imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual". Sem a identificação dessa distinção intrínseca, não seria possível defender a contribuição do contraditório no procedimento para, a partir da participação, preparar e construir, junto com o juiz, as bases da decisão judicial. Esse entendimento, portanto, está de acordo com o pensamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, pp. 134-135) de que "a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais ou em critérios salomônicos ou sentimentos vagos de justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditórias, que suportarão seus efeitos". Assim, conforma-se a decisão jurisdicional com o Estado Democrático de Direito, que não aceita meras fundamentações desconexas, exigindo também o esclarecimento e a determinação das razões desses mesmos fundamentos.

(NUNES, 2012, p. 147). O processo é visto, aqui, enquanto garantia de debate voltado não à celeridade em si, mas à concretização de direitos fundamentais, o que deve ser feito com presteza sem, contudo, contentar-se só com ela. Sobre o tema, Habermas (2012, pp. 273-274) esclarece que

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.

Esse posicionamento justifica-se em razão de compreender o processo como meio de efetivação de direitos, e não apenas como mera burocracia pedante exercida pelo Estado. Impõe-se ainda como repercussão necessária da conclusão de que a instrumentalidade incorre em erro de graves consequências para os direitos de cidadania ao acreditar que pode-se dissociar o direito material do direito processual, isto é, o direito material de sua forma de garantia e execução.

Assim, de mero instrumento, o processo passa a ser contemplado como estrutura de exercício democrático voltada para a construção de condições essenciais para aferição de seu resultado útil. Reforça-se, com isso, a importância de constatação do devido processo legal que, agora, coaduna-se com uma perspectiva policêntrica que visa resgatar o mérito do espaço público processual, onde todos os interessados devem poder participar para o aprimoramento do sistema jurídico (NUNES, 2012, p. 251)

Para tanto, mostra-se essencial, igualmente, abandonar a perspectiva estatizante com que se pensa o acesso à jurisdição no país. Sem a superação desse paradigma, a compreensão de "ordem jurídica justa" ou mesmo de "acesso à justiça" tem sua extensão limitada aos contornos possíveis através da "tutela jurisdicional" paternalista, permanecendo alheia a todas as outras formas possíveis para a produção adequada de decisões.

No que diz respeito à adequação, frise-se que esta pode ser alcançada por meio de três diferentes aspectos, o quantitativo, o qualitativo, e o probabilístico (ÁVILA, 2009, p. 166). Portanto, a utilização do termo, nesse caso, remete não a uma dada decisão específica que assegure mais um desses aspectos do que os demais, quando comparada com outras decisões; mas a um conjunto de decisões possíveis, todas hábeis para solucionar o conflito e admitidas na ordem jurídica, variando umas das outras apenas pelo aspecto a receber maior



ênfase. O ponto fulcral desse argumento não é, portanto, qual aspecto da adequação deve-se frisar, e sim que isso deve ser feito independente da legitimação do paradigma do Estado enquanto fornecedor de direitos por meio de tutela jurisdicional.

Pretende-se abandonar a perspectiva da "estadania" a que se refere Carvalho (2004) e desvincular a produção de decisões justas à limitante figura do Estado-provedor que, conforme supramencionado, embora pretensamente social, continua arraigada ao liberalismo processual ao basear-se em uma simplista inversão dos pressupostos defendidos na visão liberal do processo sem esforçar-se para superá-los.

Ao contrário, a perspectiva democrática do processo e do acesso à jurisdição exige a observância da autonomia dos cidadãos tanto na instituição do direito, quanto no momento da sua aplicação. É para o que alertam Nunes e Teixeira (2013, pp. 67-68) ao afirmarem que

Nestes termos, o acesso à justiça democrático postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem tomadas discursivamente, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros, afinal, de que valem os direitos fundamentais se estes estiverem a mercê de critérios tão herméticos e variáveis?

Essa noção é importante, uma vez que a defesa da autonomia dos cidadãos, por intermédio da conquista das liberdades que possibilitam e medem o desenvolvimento (SEN, 2000), ultrapassa a reivindicação de acesso a um sistema de direitos pré estabelecidos. Com isso, objetiva-se questionar as próprias construções dogmáticas em torno desses direitos que, falando em "acesso", constróem a imagem de falso pertencimento a um sistema rígido, com rol de incluídos, excluídos e esquecidos demilitados desde a sua origem (NUNES; TEIXEIRA, 2013).

*Em outras palavras, se o sistema de justiça não funcionar de modo a revitalizar o modelo democrático constitucional, se ele não favorecer a dinamicidade com que a periferia e os centros de poder se alternam, se retirar do alcance do cidadão a oportunidade de influir na estruturação das normas e decisões que lhe vinculam, não fará sentido prosseguir com a pesquisa sobre as formas de aprofundamento do acesso à justiça, eis que nem o mais generoso orçamento, nem o mais responsável e numeroso quadro de profissionais será capaz de dotar o sujeito de poderes de influência na mecânica de formação do consenso, mesmo que provisório. Todas essas tentativas serão inúteis se o Judiciário estiver "engajado em fazer política", porque esse engajamento quase sempre se traduz na perda de autonomia, de comprometimento com os direitos fundamentais em benefício de fins coletivos ou "razões de Estado". (NUNES; TEIXEIRA, 2013, pp. 90-91) [grifos acrescidos]*

De forma a confirmar esse posicionamento, Benjamin Cardozo (2004, pp. 129-130) afirma que

Não me indisponho, portanto, com a doutrina de que os juízes devem estar em sintonia com o espírito de sua época. Afinal, a aceitação de tal generalidade não nos afasta muito do caminho da verdade. Em cada tribunal há provavelmente tantas avaliações do *Zeitgeist* quantos são os juízes que ali atuam. Do poder de favorecer ou prejudicar, em qualquer sentido sórdido, vulgar ou nocivo, não encontrei nenhum vestígio, por mínimo que fosse, entre os juízes que conheci. A cada dia, porém, nasce em mim uma nova convicção acerca da inevitável relação entre a verdade fora de nós e a que vem de dentro. O espírito da época, tal como se revela a cada um de nós, muitas vezes nada mais é que o espírito do grupo no qual os acasos do nascimento, da educação, da profissão ou da comunhão de interesses nos deram um lugar. Nenhum esforço ou revolução da mente destronará, completa e definitivamente, o império dessas lealdades subscientes.

Por essa razão é que não se consegue propor um sistema com acesso à jurisdição democrático se anteriormente não foi feita uma análise crítica do conteúdo da cidadania e, conseqüentemente, da compreensão de cidadão que se tem na sociedade de certo lugar e tempo. Assim, entender o corporativismo com que marcou a história dos direitos sociais no Brasil, por exemplo, é essencial para identificar para quem e como o acesso à jurisdição é concebido no país.

Nesse sentido, ter acesso à jurisdição transcende a aquisição de direitos, enquanto meras liberdades, para contemplar também as garantias materiais e institucionais de pertencimento às dinâmicas de reconhecimento social (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 79). Sobre esse aspecto, todavia, é importante ressaltar que esse posicionamento não autoriza o juiz a agir de maneira compensatória segundo sua interpretação pessoal de justiça.

Como já ressaltado, o ativismo judicial é seletivo, empregado com maior vigor a determinadas matérias do que a outras, o que é feito segundo valores falsamente universais, como o predomínio do interesse público frente ao privado, a concentricidade do Direito e a homogeneidade cultural. Isso porque

[...] o Judiciário tende a priorizar, através do uso político do direito, as soluções socialmente mais oportunas, obscurecendo o sentido deontológico das garantias que o acesso à justiça qualitativo reclama, afinal, elas são a única segurança de que o jurisdicionado continuará a ser tratado como um sujeito de direitos, digno de ser ouvido ainda que *contra* as conveniências políticas. (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 97) [grifo dos autores]

Com isso, objetiva afastar-se da tentativa frustrada de superação do modelo liberal de processo pela realização de justiça material, através do Estado social, para seguir um modelo de efetivação dos direitos de cidadania a partir do diálogo oriundo da ampla participação, em contraditório, dos interessados no litígio, dilatando, por conseguinte, a compreensão que se tem do acesso à jurisdição.

Assim, pretende-se reduzir a hierarquização processual, ao redor do poder do magistrado, e contribuir para a formação de processos mais abertos, nos quais toda a colaboração é igualmente mensurada e incentivada. A politização do juiz, que inova solitariamente no ordenamento jurídico, ao contrário, esvazia, em grande medida, o papel das partes e dos advogados. O que se pretende, assim, é a existência de vínculos de subordinação recíprocos entre as partes processuais.

O processo visto como garantia de direitos de cidadania e, por isso, como parte da totalidade social, pretende analisar o sistema jurídico segundo a ótica de todos os sujeitos envolvidos no conflito para, assim, poder ser exercido com poderes diferenciados. Parte, então, de uma compreensão do processo que ultrapassa o discurso tradicional de analisá-lo conforme a Constituição, como se o ordenamento jurídico estatal tivesse que ser sempre autocentrado e autoreferente, sem admitir pluralismos sociais que o excedem. É nesse sentido que se fala em um processo democrático, já que aceita o diferente, estimula a solidariedade e baseia-se na participação através do contraditório.

Nesse novo modelo, inclusive, a figura do *amicus curiae* é estimulada com o intuito de construir a solução mais adequada e legítima. Ao mesmo tempo, busca-se alcançar uma regulação multidisciplinar e experimental do processo que "institucionaliza um processo de constante aprendizado e aprimoramento das decisões" (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 95).

Desse modo, faz-se análise panorâmica no sistema jurídico, sem isolá-lo nos próprios problemas e ignorar as interferências que a totalidade social produz sobre ele. Essa compreensão dialógica do processo permite não só analisar casos esparsos, mas refletir sobre suas causas.

Isso modifica a forma de olhar para o conflito e é fundamental para que se evidenciem os déficits de fiscalização que permitem a propagação de litígios. É um primeiro passo rumo aos diálogos institucionais dentro do Estado e mesmo para a compreensão de outras formas de processo, capazes de evidenciar a existência de outros Direitos e cidadãos.

Para a implementação dessas reformas, é relevante o papel que pode desempenhar o projeto de novo Código de Processo Civil, que deve permitir uma maior interlocução entre sujeitos processuais e debater o sistema de formação e aplicação jurisprudencial no país. Sob esse parâmetro, o Brasil terá efetivamente um modelo normativo de processo, em que não só as regras, mas essencialmente os princípios permanecem integrados e concretizados na atividade jurídica.

### **3.2 A qualificação do processo constitucional democrático: por provimentos jurisdicionais tempestivos, adequados, efetivos e dialógicos**

Reconhecida a necessidade de uma teoria dialógica do processo e do acesso à jurisdição, resta, ainda, fixar os marcos que, através do exercício democrático processual, determinarão a atividade jurisdicional. Nesse sentido, propõe-se uma compreensão qualificada do processo brasileiro, que parte dos insuficientes resultados da perspectiva instrumentalista para determinar os pontos nodais para o aperfeiçoamento do procedimento, do acesso e do exercício de cidadania através do Judiciário.

Desde já é essencial fazer uma ressalva sobre a temática: o reconhecimento da necessidade de qualificar o processo não é, necessariamente, algo atual. Contudo, os estudos a respeito do assunto foram feitos com amparo ora na teoria socializante, ora na constitucionalização do processo civil. Embora a discussão possa parecer essencialmente teórica e sem grandes contribuições práticas, uma compreensão profunda das distinções entre as supraditas teorias reforça o que se pretende afirmar nessa pesquisa: a interferência dessas formas de compreender o sistema jurídico e processual na limitação dos contornos possíveis para o seu conteúdo.

Como dito retro, a perspectiva dialógica do processo modifica não só o olhar que se lança sobre ele, mas suas próprias bases fundantes. Com essa singela diferença, retira-se o foco, no caso do modelo socializador, do provimento jurisdicional qualificado voltado para a consecução da resolução efetiva de conflitos, a partir de provimento estatal e por meio da garantia de tutela<sup>58</sup> estatal de isonomia ao jurisdicionado hipossuficiente.

Embora exista quem sustente a imprescindibilidade de qualificar o processo ainda sob o paradigma da teoria socializante, como Ricardo Tinoco de Góes (2004), a defesa desse pensamento soa contraditória, em virtude do próprio conteúdo do processo qualificado romper com a mera exigência de instrumentalidade.

Isso porque, ao analisar o processo não mais como instrumento, mas enquanto exercício de direito fundamental, essa perspectiva renega, de forma silente, a teoria socializante. A aparente - e as vezes manifesta - adesão de algumas das poucas vozes que retratam o tema ao instrumentalismo provavelmente se deve ao que Santos (2011a)

---

<sup>58</sup> O emprego do termo "tutela", tradicionalmente utilizado no processo civil, tem a intenção de expor a característica essencial dessa compreensão do cidadão e de seus direitos. Assim, ao mesmo tempo que a tutela significa amparo e proteção, implica em sujeição e dependência de quem a recebe em relação a seu provedor.

convencionou chamar de "inércia histórica", comum a períodos de transição entre paradigmas.

Sobre a constitucionalização do processo civil, é importante lembrar que sua construção teórica teve início na América Latina, principalmente a partir da contribuição do uruguaio Eduardo Couture (2008), enquanto a Europa, imersa em guerras, continuava a adotar modelos de processo ligados ao Estado Social.

Nesse sentido, é relevante ter em mente que na primeira edição de seu “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, de 1942, Couture sequer contemplava a jurisdição como tema afeito principalmente ao processo, e sim ao Direito Constitucional. Para ele, a jurisdição, mais do que simples poder do Estado, era também dever e função deste (MADEIRA, 2013).

Com o entendimento de que o processo não é mero instrumento para a concretização de direitos, e que, ao contrário, constitui direito humano essencial<sup>59</sup> para a realização dos demais direitos, sendo, por isso, verdadeiro direito-garantia, há a evolução do direito de ação, de ascender ao Judiciário, ao direito ao processo qualificado.

Sob a perspectiva constitucionalizante, a ação tem três acepções principais para o processo civil, incluindo uma faculdade assemelhada ao direito de participação processual. Nas palavras de Couture (2008, p. 18),

Primeiro: como sinônimo de *direito*. É esse o sentido que tem, na linguagem forense, a expressão "carecer de ação", a qual não significa mais que a ausência de um direito legítimo que justifique uma sentença favorável ao autor.

Segundo: como sinônimo de *demanda* em sentido formal. Fala-se, nesse sentido, de admitir ou rejeitar a ação, de interpor ou adiar a ação, etc.

Terceiro: como sinônimo de *faculdade* de provocar a atuação do Poder judiciário. Trata-se, nesse caso, de *um poder jurídico, diverso do direito e da demanda em sentido formal, destinado a provocar a atividade estatal por meio de seus órgãos competentes, no sentido da declaração coativa de um direito*. [grifos no original]

Embora essa teoria esteja mais adaptada à realidade social hodierna do que a reconhecida pela socialização processual, ainda é insuficiente por permanecer autocentrada. Desse modo, em relação à constitucionalização do processo, a adoção da perspectiva processual democrática supera a insuficiência de analisar o direito a provimento jurisdicional

---

<sup>59</sup> Em 1950, com a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, houve o reconhecimento positivo do direito à tutela jurisdicional proferida em tempo razoável, pelo seu art. 6º, I, que assim dispõe: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”. Desde esse período, a duração razoável do processo passou a ser concebida como direito subjetivo e humano. Essa constatação impulsionou o surgimento das tutelas de urgência, das tutelas inibitórias, da mediação e da arbitragem, bem como da responsabilidade do Estado pela demora não razoável da tutela jurisdicional.

efetivo, adequado e tempestivo exclusivamente com base na Constituição e no ordenamento jurídico ditado pelo Estado, isso é, combate a limitação exclusivista do Direito monista autoreferente e evidencia o pluralismo jurídico, o pluriculturalismo e a totalidade social.

Essa evolução teórica decorre da constitucionalização por que passou o direito processual, mas não se limita a ela. Superou-se, assim, a noção de “devido processo legal” para que fosse atingida a compreensão da necessidade de um “processo justo”, formado por garantias individuais e estruturais que buscam proteger, respectivamente, os bens jurídicos das partes processuais e a devida organização judiciária, visando obter, dessa maneira, um resultado diferenciado qualitativamente (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 235-236).

Nesse contexto, o direito à jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88) passa a ser visto como acesso à ordem jurídica justa e, com isso, reflete não só o direito de petição, mas compreende também o direito ao processo qualificado, isto é, efetivo, adequado e tempestivo.

Nas palavras de Guilherme Botelho (2010, p. 134)

Além de um plexo de situações subjetivas, não basta que este direito subjetivo público seja examinado como um instrumento complexo vazio ou abstrato. Trata-se de direito de conteúdo não apenas formal ou abstrato, que assume um conteúdo modal qualificado. Esse conteúdo qualificado integra não apenas os meios, como também os resultados proporcionados pelo processo no mundo sensível. O direito ao processo qualificado passa a ter seu principal corolário no direito a um instrumento jurisdicional de proteção tempestiva, justa e adequada ao direito substancial afirmado em juízo.

Formou-se, dessa forma, doutrina defensora do processo qualificado não só como garantia, mas também como direito humano que contempla um processo sem dilações indevidas, com resposta adequada ao direito e satisfação do resultado útil do processo. Sob o viés democrático, todavia, é relevante acrescentar a essas características, a necessidade do diálogo pluralista nos ritos processuais.

Trata-se, assim, de condução da dignidade da pessoa humana na relação processual. Nas palavras de Leonardo Greco<sup>60</sup>,

Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.

---

<sup>60</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429)>. Acesso em: 03 set. 2011.

Por meio do atributo da tempestividade, tem-se em mente a necessidade de superação do obstáculo da morosidade, reconhecendo que a "justiça que tarda é sempre falha" (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 270). Quanto a esse aspecto, defende-se a necessidade de o magistrado evitar e reprimir todas as delongas injustificáveis, de forma a eliminar tempos mortos, combater a litigiosidade de má-fé e reduzir a espera pela prestação jurisdicional.

Essa atuação do Judiciário, todavia, deve ser pautada a não reduzir os limites constitucionais das garantias processuais. Busca-se, assim, não a simplista celeridade, mas o equilíbrio entre a duração razoável e o direito-garantia de participar e influir no resultado do processo.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 250) ressalta que

Entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários, vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça – cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.

A adequação, por sua vez, decorre do reconhecimento de que não basta ser tempestivo, o provimento jurisdicional tem que ser também apropriado para satisfazer o bem jurídico no caso concreto. Isto é, são insatisfatórias as decisões de indenizatórias ou ilíquidas sempre que for possível proferir sentença líquida ou oferecer provimento jurisdicional específico.

Desse modo, pretende-se garantir, na medida do possível, que, ao final do processo, o bem jurídico seja obtido como se não houvesse sido inicialmente violado. Assim, apenas nas condições de total impossibilidade de restauração é compreensível a reparação pecuniária. Nas demais situações, deverão ser priorizadas as "tutelas específicas", sejam elas preventivas ou de urgência.

No que tange à liquidez, evidencia-se a insuficiência de provimento meritório que, podendo desde já especificar o *quantum* devido por meros cálculos, posterga essa aferição para momento executório, dilatando desnecessariamente o processo. Essa perspectiva encontra amparo na visão moderna de processo, que não compreende o direito à jurisdição apenas como direito à sentença genérica e pecuniária.

Ao contrário, exige-se que o Direito e o provimento jurisdicional molde-se ao direito

subjetivo. Por essa razão, o procedimento, os meios de execução e a decisão devem ser adequados ao direito e às partes em questão. Isso porque, como ressalta Marinoni (2004, p. 12), "o fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material, não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial".

O atributo da efetividade, a seu turno, reconhece a necessidade de garantir o resultado útil do processo e renega a genérica declaração de mérito. Para isso, é indispensável que se faça uso de todas as vantagens dos institutos característicos da fase de conhecimento para, ainda neste momento, garantir e preservar o resultado útil do processo.

Nesse percurso, é indispensável que se imponha o menor sacrifício para as partes, mas desde que seja capaz de satisfazer integralmente o titular do direito. Com essa atitude, há um menor desgaste do aparelho jurisdicional, sendo dispensados menos tempo e dinheiro, mas alcançando o resultado útil para o titular do direito (GOES, 2004).

Com isso, aproxima a cognição da satisfação de modo a garantir a utilidade do provimento jurisdicional. Ainda que preso à teoria socializadora, Ricardo Tinoco de Góes (2004, pp. 73-74) apreende a emergência da concentração de conhecimento e execução no encadeamento do processo, conforme pode-se constatar a seguir:

Essa absorção da idéia de instrumentalidade (*sic*), antes exposta, visa a garantir a utilidade do provimento jurisdicional, resultante da atividade cognitiva exercida no âmbito do processo de conhecimento, assegurando-se ao vencedor que o conteúdo daquela decisão contará com todo um instrumental técnico, dotado de todas as condições necessárias à sua realização prática, pois não é mais possível admitir, no atual estágio de desenvolvimento por que passa a ciência do processo, que ao cabo da prestação jurisdicional de natureza condenatória, ainda estejam fora do conhecimento do órgão jurisdicional que proferiu a sentença, todas as situações de fato imprescindíveis à concretização daquele comando sentencial.

A idéia de instrumentalidade (*sic*) incide exatamente neste plano, à medida que já impõe o uso de uma técnica capaz de permitir ao julgador, ainda no âmbito do processo de conhecimento, levar a efeito atividades de típica cognição, destinadas a assegurar que o comando sentencial a ser exarado terá todas as condições práticas capazes de assegurar-lhe a realização. É que não basta mais ao jurisdicionado obter o reconhecimento estatal de que seu direito existe e de que é ele o seu titular. É preciso bem mais que isso. É fundamental que esse direito saia do papel e se integre à sua vida, definitivamente.

Dessa forma, a antiga compreensão de neutralidade resta malfadada frente ao rompimento com o conformismo com um processo que se limite ao juízo de declaração. Agora, o processo deve estar destinado a produzir resultados voltados à realização do direito material. Isso é alcançado a partir de uma técnica de cognição ampliada que excede os limites da pretensão imediata para compreender também a pretensão mediata, de forma plena e profunda, o que é feito objetivando-se a efetividade do processo (GÓES, 2004, p. 81).



O aspecto dialógico, para finalizar, admite a necessidade de tempestividade, adequação e efetividade no processo, mas reconhece que só esses elementos não são suficientes para garantir um processo democrático. Assim, determina que cada um desses valores deve ser perseguido através da discursividade no procedimento, da participação ativa de cada um dos interessados na lide e da compreensão plural a respeito dos Direitos e culturas que compõem a totalidade social.

É a partir do diálogo que cidadãos limitados e de cultura não hegemônica conseguem trazer sua perspectiva sobre os seus direitos e, com isso, obterem decisões condizentes não com pretensos universalismos jurídicos e sociais, mas com o reconhecimento do não homogêneo, do uniforme e do comum e das conseqüentes dominações implícitas no ambiente social.

Caso contrário,

A compreensível burocratização do processo de recrutamento burocrático envolve o risco de estiolar-se na seleção de burocratas. Insensíveis, tendem a tratar os processos como abstração e a considerar o indivíduo uma entidade periférica e não implicante para definir qual o sistema de administração da Justiça e qual a estratégia adequada de sua funcionalidade. (NALINI, 2005, p. 179).

Assim, o processo justo passa a ser concebido como garantia do jurisdicionado e como atributo essencial de um Estado democrático, dependendo, para sua real concretude, de indissociável mudança de mentalidade daqueles que atuam no processo. Dessa forma, afasta-se a ideia do processo como “fonte perene de decepções” e renova-se a legitimidade do sistema, até então tão desgastada.

### **3.3 Acesso à justiça democrático e cidadania plena**

Se cidadão é aquele que tem - e que pode reivindicar o cumprimento de - direitos essenciais e obrigações recíprocas, reconhecidos pelo Direito por intermédio do Estado e a partir de certo referencial de igualdade partilhada; então a cidadania exige participação. Se não exatamente nos moldes exercidos na Antiguidade, mas ao menos para o desempenho dos direitos inerentes à própria condição de cidadão e para a construção de ambiente social democrático, que respeite suas preferências políticas e que reconheça e proteja suas especificidades sociais e culturais, ainda que não hegemônicas.

Assim, ser cidadão, e não mero consumidor de bens e serviços oferecidos por intermédio de iniciativa privada ou pública exige capacidade de diálogo, de participação na formação das decisões fundamentais que regem a sociedade e de possibilidade de manifestar seu pensamento e suas peculiaridades sem discriminação ou interferências injustificadas. Conforme Paul Barry Clarke (2010, p. 10), em tradução livre, é imprescindível

[...] Uma confluência entre o cidadão e o eu individual: um eu cidadão capaz de entregar-se à tarefa de ser um cidadão pleno. A cidadania plena é a atividade do eu cidadão ao atuar em distintos lugares e espaços que não remetem exclusivamente ao Estado. Quando o centro da política já não é estatal, ela pode ser tudo aquilo que signifique participação do indivíduo em exercício compartilhado<sup>61</sup>.

Ocorre que, como visto, não basta que essa participação seja garantida em espaços públicos e privados se, em virtude de eventual violação desses mesmos direitos, o cidadão será convertido a consumidor perante o órgão a quem cabe garantir seu cumprimento e exigibilidade. Sem a valorização da efetiva participação do cidadão no ambiente judicial, por intermédio do contraditório e da vinculação da fundamentação das decisões, o provimento advindo do processo não será democrático e, provavelmente, não condizirá com a situação de cidadãos já limitados cotidianamente em razão de discriminações veladas e imposição de homogeneidade no seio da sociedade.

Por essa razão, é essencial que o Judiciário, enquanto última medida a qual pode o cidadão reivindicar seus direitos, assumo-se como espaço democrático, de exercício ativo dialógico e com igual valorização das partes processuais, sem qualquer tipo de hierarquização ao redor da figura do juiz. Assim, é essencial ter em mente que "a finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença" (GONÇALVES, 2012, p. 165).

Caso contrário, mais uma vez o cidadão é suprimido à condição passiva de consumidor que cede a terceiro, o juiz, o poder de decidir e gerir seus conflitos. Essa posição é bastante confortável dentro de parâmetros de Estado social exclusivamente paternalista e que desacredita ou, ao menos, não estimula a auto-emancipação de seus cidadãos.

Como abordado, a história recente do país e decorrente construção da cidadania brasileira foram cercadas de diversas oportunidades para reafirmação de políticas populistas -

---

<sup>61</sup> No original: "Una confluencia entre el ciudadano y el yo: un yo ciudadano capaz de entregarse a la tarea de ser un ciudadano pleno. La ciudadanía plena es el quehacer del yo ciudadano actuando en distintos lugares y espacios que no se remiten exclusivamente al Estado. Cuando el centro de la política ya no es estatal, la política puede ser todo aquello que signifique participación del individuo en una actividad compartida".

de direita ou de esquerda -, limitações de liberdade - de razões variáveis desde enraizada escravidão até recorrentes ditaduras - e omissão de opressões através de evasão de conflitos - principalmente através da institucionalizada imagem do brasileiro cordial.

De forma a agravar a intensidade desses aspectos, a globalização travestiu de universalidade padrões exclusivamente uniformes e implicou na vinculação da decorrência lógica *a priori* daquela em comportamentos que não passam de reiteraões ordinárias em grupos majoritários.

Desse modo, mesmo governos autoentitulados democráticos assentem com determinadas exclusões do culturalmente diverso e aceitam como verdade a inexistência de condicionantes que diferenciam os indivíduos pertencentes a grupos não hegemônicos ou a classes marginalizadas. Com isso, oprime-se, com certa autorização estatal, cidadãos que não condizem com os parâmetros abstratos idealizados pelo Direito e, pela mesma lógica, pelos direitos humanos. Olvida-se, portanto, que é inerente à democracia o respeito e a proteção de minorias qualitativas.

Isso repercute, até o presente, na forma de se compreender a cidadania e o cidadão no Brasil e acaba por restringir a efetiva participação de cidadãos limitados na totalidade social. Por essa razão, há a manifesta violação de direitos fundamentais desses cidadãos que, embora nacionais, estão em desigualdade desde a origem. Ao tolher a possibilidade de acesso ao Judiciário de maneira dialógica, reforça-se essa condição de opressão dissimulada mesmo no órgão ao qual cabe resguardar que essas infrações cessem.

Além disso, se essa discriminação está enraizada na sociedade como mostrou-se estar, ela atinge a própria formação e compreensão de mundo dos atores processuais. Por essa razão, é essencial que os jurisdicionados possam manifestar-se de forma recorrente, expressando suas especificidades, condições e formas de compreender a sociedade que os cerca. Caso contrário, o provimento jurisdicional não será capaz de condizer com os anseios e necessidades desses cidadãos limitados.

Conforme ressalta Garapon (2001, p. 256)

Por mais necessária que seja, a ética não deixa de se chocar com sérios paradoxos. O paradoxo da *neutralidade*, antes de mais nada: o juiz deve certamente manter-se afastado das paixões, mas não muito, entretanto; *não há um bom juiz que não partilhe, com aqueles que vai julgar, uma mesma parte de humanidade*. Para bem julgar, não deveria o juiz ter vivido a paixão e, finalmente, como o sábio, ter conseguido dela desligar-se? O paradoxo da *lealdade*, em seguida, que etimologicamente pede ao juiz que respeite a lei; mas o que fazer se a lei é injusta? Em nome do que sua consciência poderia liberá-lo dessa obrigação? Lealdade em demasia transforma o juiz em colaborador ativo de governos injustos e, quando não o bastante, faz com que pare uma ameaça de arbitrariedade. Enfim, o paradoxo da

própria *ética judiciária*: a ética, para o juiz, não pode ser esta espécie de valor acrescentado à sua ação, como ela o é para outras profissões, uma vez que ela é a própria essência de sua ação. [grifos acrescentados]

Com essas considerações, Antoine Garapon pretende impor a necessidade de se publicizar e debater a ética dos juizes, de forma a questioná-la e adaptá-la aos parâmetros democráticos, respeitando não só maiorias, mas também minorias qualitativas. Isso é relevante diante da constatação de Frederico Normanha Almeida (2010) da perpetuação na composição do Judiciário brasileiro, em sua maioria, de elite oriunda de universidades tradicionais na área jurídica e que, por isso, tem mais semelhanças com os ideais uniformizadores do que com especificidades oriundas do pluralismo cultural.

Por essa razão, emerge a necessidade de rever o modelo de administração e compreensão da Justiça e do processo no país para, através dessa reforma, possibilitar e incentivar o câmbio no exercício do Judiciário, valorizando-se a participação cidadã através do diálogo. Nesse sentido, Dierle Nunes (2012, p. 159) afirma que

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implantada [uso do aparato jurisdicional e do processo como meio de participação] geraria efeitos na estrutura processual.

Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado ou a quem controla.

A "síndrome de privatização de cidadania" (*Syndrom des staatsburgerlichen Privatismus*) e a intervenção legítima do mercado, aludida por Habermas<sup>62</sup> (1994, p. 105), que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

O discurso tradicional da teoria socializante baseada na dependência do cidadão reificado, todavia, consegue manter-se em virtude de seu embasamento na suposta solidariedade defendida de modo dominante nos estudos sobre acesso à justiça (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 149).

A superficialidade com que os discursos hegemônicos retratam o acesso à jurisdição faz com que se vincule o ativismo do juiz ao aprofundamento da cidadania democrática (NUNES, 2013, p. 195), sem considerar a seletividade e as limitações impregnadas na pró-

---

<sup>62</sup> A referência completa da obra de Habermas a que se refere o autor é a seguinte: HABERMAS, Jürgen. **Faktität und Geltung**: beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

atividade judicial ou mesmo o distanciamento em relação aos cidadãos limitados do juiz produtivista e do judiciário administrado como uma empresa baseado em eficiência.

Olvida, inclusive, que a ótica que se tem direcionado para as questões de cidadania no Brasil é limitadora, ora confundido-a com nacionalidade ou direitos políticos, ora acreditando que todos os cidadãos partilham de status de igualdade em razão de seu simples reconhecimento enquanto tal.

Por esse motivo, faz-se manifesta a necessidade de adotar o diálogo como elemento essencial para a configuração do efetivo acesso à jurisdição, não bastando a possibilidade de ascender ao Judiciário; a assistência jurídica gratuita; a criação e solidificação de instituições voltadas a garantir o acesso de hipossuficientes e a efetivação de direitos coletivos; o estabelecimento de juizados especiais; o incentivo, em âmbito do Judiciário, à conciliação baseada em análises quantitativas; a celeridade; e mesmo o processo qualificado.

Como enfatiza Nunes e Teixeira (2013, p. 197), "a ideia de *inclusão* não se limita na habilitação a participar, na absorção do jurisdicionado por um sistema de direitos já dado, sendo ineliminável o poder que lhe é dado para dialogar, contestar e ter preferências acatadas" [grifos no original]. Nesse sentido, passa-se a defender a existência de pluralidade de Direitos e processos, aos quais cabe garantir a inclusão de diferentes cidadãos.

Para tanto, é imprescindível a superação da cultura técnico-burocrática dos atores processuais baseada em generalismos conceituais, na superioridade hierárquica dos juízes e desresponsabilização sistêmica; e que valoriza mais o refúgio institucional burocrático e o andamento aparente dos processos, do que a interpretação da realidade social e as decisões capazes de alcançar resultado útil (SANTOS, 2011b).

Repercute, por isso, também em mudanças no ensino jurídico e na forma de enxergar o Direito, uma vez que, deve priorizar a formação não mais de operadores das regras coativamente impostas pelo Estado, mas de profissionais que buscam para harmonizar o Direito às reivindicações justas da totalidade social.

### **3.4 Pela mudança de paradigmas: Direitos, cidadãos e processos**

A concepção monopolizadora que reconhece apenas um Direito, o estatal, e um modelo processual e delimita certa homogeneidade na compreensão genérica de cidadão, como visto, não reflete a totalidade social e, ao contrário, caminha aparte dela. Essa noção unidirecional, portanto, pressupõe universalismos inexistentes, baseados exclusivamente nas práticas dominantes, e ignora ou mesmo discrimina a pluralidade cultural.

Conforme alerta Boaventura de Sousa Santos (2011a, p. 117),

Os nossos problemas sociais assumiram uma dimensão epistemológica quando a ciência passou a estar na origem deles. Os problemas não deixaram de ser sociais para passarem a ser epistemológicos. São epistemológicos na medida em que a ciência moderna, não podendo resolvê-los, deixou de os pensar como problemas. Daqui decorre a necessidade de uma crítica da epistemologia hegemónica e a necessidade de invenções credíveis de novas formas de conhecimento.

Ainda assim, a ineficácia no exercício das funções estatais e a patente crise do Judiciário têm favorecido perspectivas diferenciadas em relação ao processo brasileiro. São correntes os discursos sobre a necessidade de expansão de métodos alternativos para a resolução de conflitos, embora até o momento tenha predominado o sentimento de autosuficiência estatal ao atrelar essas tendências à burocracia de seu Judiciário.

Apesar da contradição intrínseca à prática supradita, a expansão de procedimentos extrajudiciais para a resolução de conflitos é iminente. E, continuando a inefetividade dos provimentos jurisdicionais, também não tardará para a emergência e reconhecimento de práticas normativas não-estatais. É a totalidade social mostrando que a pretensa autosuficiência do Direito nunca existiu, não passando de uma abstração tolerada por bastante tempo.

A difusão de procedimentos extrajudiciais para solver a litigiosidade é essencial para a obtenção da plenitude de cidadania. Só serão efetivos, todavia, a partir de modificação na imagem cordial atribuída ao brasileiro, sendo necessário que reconheça os conflitos, e não os camufle, para poder resolvê-los. O mito da identidade nacional e a aversão ao conflito, sempre atribuído ao outro, debilita a possibilidade de ação diante do litígio e repercute no maior coeficiente de demandas, judicializando mesmo o que poderia ser facilmente resolvido de forma extrajudicial.

Desse modo, essas práticas contribuem essencialmente para obtenção de cidadania plena, uma vez que além de garantirem maior efetividade da resposta ao conflito social, partem do próprio cidadão ou do grupo comunitário ao qual este pertence. O exercício dessas experiências advém de subjetividades sociais, muitas vezes oprimidas e marginalizadas na visão corrente e oficial do sistema. É, portanto, oportunidade de espaço plural, legitimado na auto-emancipação e baseado no diálogo.

Sua admissão parte, contudo, da necessidade de assumir que os centros geradores de Direito não podem ser reduzidos exclusivamente às instituições oficiais e aos órgãos que representam o monopólio do Estado. Demanda, assim, o entendimento da interdependência

entre o Direito e a totalidade social e, portanto, da existência de múltiplos centros de produção normativa independentes do aparato estatal (WOLKMER, 2006, pp. 121).

Esse modelo é essencial por corrigir a crise de correspondência entre o Estado - e seu Direito - e a sociedade multicultural, fundamentada nos seguintes paradoxos: oposição entre a multiplicidade da população e o modelo único estatal para resolução e compreensão dos litígios; e o contraste entre o pluriculturalismo e a uniformização das instituições públicas. Por esse motivo, José Luiz Quadro de Magalhães (2012, p. 85) defende que

É justamente este aspecto que traz uma novidade radical. enquanto as formas de organização territorial modernas (os Estados unitário, regional, autônomo e federal); o direito comunitário (a União Europeia) e mesmo o direito internacional são, na sua essência, modernos e, logo, uniformizadores, hegemônicos e europeus, a novidade do Estado plurinacional é a existência de um sistema plurijurídico marcado pela diversidade de direitos de família e de propriedade e da autonomia para resolver as controvérsias sobre estes temas em seus espaços territoriais pela sua própria justiça. Esta diversidade de sistemas jurídicos, de formas de organização econômica resulta de uma nova perspectiva democrática (a democracia consensual e uma justiça consensual - já vistos) e reforça a possibilidade de construção de espaços de convivências e diálogos de diversas formas de ver, sentir, compreender o mundo, de diversas epistemologias. Isto é riquíssimo para se repensar um direito mundial para além da modernidade europeia hegemônica e uniformizadora que influencia na construção do direito moderno e, logo, do direito internacional.

Assim, substitui-se o sistema europeu pretensamente universal e civilizatório por um sistema plurijurídico e não hegemônico, que garante o pluralismo essencial à democracia a partir do diálogo, do multiculturalismo e da valorização de modelos complementares e extraestatais para a resolução auto-emancipadora de conflitos.

Desse modo, parte-se do reconhecimento de diversos centros de produção jurídica e da ampliação da compreensão do acesso à justiça, que passa a abranger a busca por canais complementares e alternativos para a solução de ameaças ou infrações a direitos. Por isso, passa-se a analisar o Estado plurijurídico a partir do grau de reconhecimento de direitos, de confiança nas instituições e nos indivíduos que exercem a competência de solucionar conflitos, e da aceitação de diferentes possibilidades de solver litígios (SADEK, 2005, p. 281).

Isso porque, como constata Antoine Garapon (2001, p. 263),

[...] A consciência cidadã é mais importante para julgar do que o profissionalismo. *A representatividade é tão benéfica para a justiça como para a democracia. Se àquela ela empresta legitimidade, a esta ela proporciona uma intensa experiência de cidadania.* A participação em missões de justiça permite a alguns cidadãos a ocasião rara numa democracia moderna de exercer a verdadeira responsabilidade, e qualquer uma! Na hora em que os cidadãos se queixam de perder o contato com a complexidade do funcionamento político, a jurisdição lhes oferece a possibilidade

de exercer seu julgamento sobre os valores essenciais à democracia em seu estado bruto: a liberdade, o erro, a sanção. O afastamento do Estado deve ser compensado pela maior atribuição de responsabilidades aos próprios cidadãos. *É preciso despertar o sentimento cívico que o assistencialismo e o bem-estar previdencial haviam feito adormecer.* [grifos acrescidos]

Embora essa análise de Garapon tenha sido feita tomando por referencial a atividade de jurados em tribunais, é aplicável em sua completude à proposta de processo constitucional democrático e qualificado, apresentada nesse estudo com o intuito de restringir limitações da cidadania e reforçar as condições para a cidadania plena em grupos não dominantes.

Ocorre que, em razão do estudo de Antoine Garapon ser anterior à própria noção dialógica de processo, não haveria como prevê-la ou considerá-la. De todo modo, seu pensamento reconhece que eventuais recursos ao Judiciário não refletem o grau de confiança em seu desempenho ou o reconhecimento da Justiça como espaço democrático oportuno, mas apenas condizem com certa utilização oportunista das deficiências do Judiciário ou com a incapacidade pessoal de reconhecer e solucionar os próprios conflitos.

Constatados esses obstáculos, o pluralismo jurídico pretende reconhecer o poder estatal como apenas mais uma fonte do direito, propagando a produção e aplicação normativa oriundas de um sistema difuso de poder, emanado dos grupos sociais. Todavia, muitas vezes o aparente pluralismo jurídico estatal reconhece o pluriculturalismo e até o permite sob certos aspectos, mas o controla, submetendo os múltiplos sistemas reconhecidos à superioridade hierárquica à ordem jurídica estatal.

Dessa maneira, os direitos e costumes de grupos culturalmente não hegemônicos são limitados a abordagens residuais, quando não são completamente incorporados pela regulamentação estatal. Por essa razão, Wolkmer (2001, p. 201) distingue esse pluralismo jurídico aparente do comunitário, que se manifesta a partir das especificidades identitárias de sujeitos coletivos, ocorrendo de maneira independente de controle estatal.

A adoção do modelo de justiça comunitária pretende contrapor-se a esse processo tradicional, propondo forma mais dialógica de se conceber a justiça, com a reapropriação da execução e aplicação normativa dentro da comunidade, sem que haja intervenção de profissionais alheios para resolver conflitos próprios a ela.

Aqui, é relevante especificar que a noção de comunidade envolve "aglomerados sociais com características singulares, interesses comuns e identidade própria, que, embora inseridos num espectro de relações pulverizadas por consenso/dissenso, interligam-se por um lastro geográfico espacial, coexistência ideológica e carências materiais" (WOLKMER, 2001, p. 250). Dessa forma, a admissão de juridicidade alternativa advém de constatação da



existência de distinções desiguais capazes de caracterizar grupos de excluídos (SANTOS, 2011a, p. 299)

Parte do pressuposto, assim, de que a diversidade cultural demanda a valorização de modelos descentralizados de resolução dos conflitos, uma vez que a liberdade de autodeterminação consiste em fundamento prévio da auto-emancipação (VAZQUEZ; DELAPLACE, 2004, p. 41). Por essa razão, a defesa da justiça comunitária trabalha não só com a reapropriação da resolução dos conflitos pelos cidadãos, mas também com uma nova maneira de conceber a relação entre sociedade civil e Estado.

Envolve, dessa maneira, a compreensão de que parte essencial do exercício da política não se reduz à dimensão do Estado. Ao contrário, entende que há dimensões extraestatais da política fundamentais para a compreensão de cidadania plena, prescindindo exclusivamente da ação, consciência e responsabilidade do indivíduo (BARRY CLARKE, 2010, pp. 10-11).

Assim, a justiça comunitária apresenta-se como iniciativa importante para o empoderamento de cidadãos limitados em países periféricos e para a superação do modelo auto-centrado de compreensão do Direito e do Judiciário. Isso porque consiste em modalidade de justiça alternativa e complementar, que, desvinculada do aparato estatal e operacionalizada pelos sujeitos sociais, propõe-se a dirimir as controvérsias no interior da própria comunidade.

Através dela, cidadãos marginalizados adquirem a condição de agente ativo na administração e resolução de seus conflitos cotidianos, ao invés de aguardar os deslindes burocráticos para uma resposta do Judiciário. É, assim, mais do que uma maneira alternativa de solver os conflitos sociais, sendo também uma prática de inclusão cidadã e de formação política (FAGUNDES, 2011, p. 122).

Desse modo, a justiça comunitária contribui para a democratização da produção jurídica, feita de forma direta pelos meios, linguagem e costumes da comunidade, sendo, assim, dialógica, mais acessível e compreensível aos moradores, além de possivelmente mais sensível e familiarizada às particularidades do grupo.

Em relação a este último aspecto, faz-se aqui uma crítica às tentativas dentro da burocracia estatal de aproximar-se dessas comunidades, seja através de Juizados Especiais, de justiça itinerante ou de qualquer outro meio, uma vez que nelas os juízes continuam insensíveis, revestidos por sua “carapaça de (pré)conceitos e seu arcabouço teórico, jurisprudencial e linguístico”, segundo compreensão homogênea de cidadão e cidadania (BORGES, 2011, p. 294).

É por essa razão que Lucas Machado Fagundes (2011, p. 125) afirma que

As formas de justiça comunitária genuinamente local não apenas observam o caráter da cultura, como também pugnam por meios igualitários (materiais) no sentido de que venham beneficiar ambos os sujeitos envolvidos e também os não envolvidos diretamente na controvérsia (restante da comunidade), operando diferentemente dos mecanismos tradicionais que confeccionam e aplicam leis abstratas às realidades concretas/complexas. Nos casos de justiça comunitária, é observada a realidade concreta em que todos estão submersos e não ignorando esta; parte-se para princípios de igualdade em sentido antiformalista. Desse intercâmbio participativo e plural, nascem as condições para a emancipação social das comunidades oprimidas, rompendo com o caráter individualista, abstrato e homogeneizador da legalidade estatal.

Dessa maneira, a proposta da justiça comunitária encontra-se de acordo com a perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, voltada para a *práxis* e para uma reflexão crítica sobre os direitos tradicionais e as condições veladas de dominação impostas a cidadãos limitados.

É, portanto, uma forma imprescindível para a superação de limitações de cidadania naturalizadas em sociedades periféricas como a brasileira. Todavia, essa prática complementar à administração da Justiça tem sido inusual no país. E, quando pretensamente observada costuma ser desvirtuada, uma vez que a mais notória prática de “justiça comunitária” no Brasil é vinculada a instituição da administração da justiça tradicional<sup>63</sup>.

Assim, no país, há o reconhecimento de decisões tomadas por membros comunitários previamente selecionados, desde que tenham recebido apoio e formação estatal para o seu exercício. Essa iniciativa, também denominada de “justiça comunitária”, foi posta em prática em 2000 por uma juíza vinculada ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), sendo convertida em política pública federal no ano de 2008.

Embora receba a mesma designação, o modelo nacional afasta-se da teoria e justificativa a respeito da justiça comunitária, uma vez que é dirigido pelo Estado, não sendo propriamente um método alternativo à jurisdição deste. Apesar do próprio relatório do projeto<sup>64</sup> reconhecer que

*É evidente que o formato centrado de solução de litígios no modelo concentrado do estado-juiz, tanto no Brasil como no mundo, revela-se esgotado. O elevado índice de litigância verificado em nosso sistema não traduz a universalização dos meios e instrumentos de acesso à Justiça no Brasil. Ao contrário, os dados disponíveis*

---

63 Para mais detalhes, cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Justiça Comunitária**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

64 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal**: relatório de uma experiência. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria/justica\\_comunitaria2ed.pdf](http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria/justica_comunitaria2ed.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013. p. 10.

indicam uso excessivo da máquina do Judiciário por grandes corporações e pela Administração Pública em todos os seus níveis, ao passo que as demandas da população economicamente necessitada não chegam, de regra, às instâncias formais da Justiça. De outra banda, *a Justiça não será fortalecida apenas com reformas que visem a combater a morosidade do Poder Judiciário, mas, fundamentalmente, pela universalização do acesso, conhecimento de direitos e proximidade do sistema de justiça junto ao cidadão.* [grifos acrescentados]

Os dados narrados evidenciam que o objetivo do programa não é o verdadeiro rompimento com as estruturas de Justiça tradicional, haja vista que foi posto em prática por um órgão estadual da estrutura do Judiciário. No modelo adotado, os líderes comunitários gozam de capacidade limitada ao dirimir as questões. Não só, ao invés de efetivamente permitir o empoderamento da comunidade, converte alguns de seus membros em prolongamentos da estrutura estatal de solução de conflitos.

O fato de passarem por processo de formação oriunda do aparato do Estado já indica que não gerem efetivamente a resolução do conflito segundo a identidade e a criação do Direito da comunidade, mas de acordo com os parâmetros do Direito tradicional. Com isso, o que se tem por base não são as necessidades mais imediatas da comunidade, mas a resolução de casos individuais que contribuem para a eficiência do Judiciário brasileiro, sem grandes implicações na estrutura de poder dominante.

Sem desmerecer eventuais conquistas obtidas com o projeto de justiça comunitária iniciado pelo TJDF, ressalta-se que, diante da crise que assola o Judiciário brasileiro, o raciocínio de qualquer “homem médio” seria no sentido de reduzir as atribuições necessárias desse poder, recorrendo-se a meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a justiça comunitária extraestatais. Mas essa não é a lógica do irracional “Judiciário-Leviatã” brasileiro, autocentrado e pretensamente autosuficiente.

Para este, sua crise demanda a renovação da necessidade de o próprio Judiciário abarcar outras possibilidades de resolução de conflitos. Ao assumir novas responsabilidades e ao atuar em frentes diversificadas, o burocrático e autoritário Judiciário brasileiro imagina que estará pondo um fim em sua própria crise, legitimando-se em território nacional, oferecendo o efetivo acesso à justiça.

Como um monarca decaído que sonha atingir sua ascensão através de falsas demonstrações de opulência, a Justiça brasileira tem procurado, no excesso de atribuições, uma renovação de sua desgastada imagem. A maneira soberba, todavia, como encara o problema, não ridiculariza só a si, como obsta também a concretização efetiva do acesso à justiça e do pluralismo jurídico em território nacional.

Essa constatação é relevante uma vez que se tem em mente que o modelo socializador do Direito e do processo procura resgatar a confiança na capacidade da ordem jurídica de materializar os direitos por ela declarados. Com isso, conforme relatam Nunes e Teixeira (2013, pp. 63-64),

*Para que a Jurisdição entrasse no compasso desse novo princípio de justiça, assumindo como seu o projeto estatal distributivo, teve de se fechar à intervenção desestabilizadora das identidades plurais, com isso o paradigma materialista acabou induzindo a formação de uma Jurisdição surda, forjadora de um falso consenso ético-axiológico que não tardou em se traduzir em opressão e isolamento, portanto novamente em perda de legitimidade. [grifos acrescidos]*

Caso fosse efetivamente adotada como forma complementar do exercício da jurisdição, a justiça comunitária atuaria em consonância com a estética do oprimido proposta por Augusto Boal (2009), oferecendo espaço e voz para os valores e as verdades de grupos culturalmente distintos, seguindo o raciocínio de que é inerente à condição de cidadão ser mais do que espectador que vive em sociedade, sendo capaz de transformá-la (BOAL, 2009, p. 22).

Assim, é importante reforçar o entendimento de Benito Aláez Corral (2006, p. 221) quando este afirma que a cidadania não deve servir à conservação de uma identidade cultural ou política específica. Ao contrário, deve ser capaz de garantir a expressão multicultural no âmbito do Estado, reconhecendo e legitimando as distintas esferas de poder que emanam do pluralismo jurídico. Afinal, como reconhece Marx (2010, p. 40) “só assim, pela *via* dos elementos *particulares*, é que o Estado se constitui como universalidade”.

Nesse sentido, a democratização do processo; o Estado plurijurídico; a constatação da existência de cidadãos limitados e plenos na mesma sociedade; a valorização do pluriculturalismo; o reconhecimento de jurisdição extraestatal; e a apreensão de que o Judiciário, nos moldes instrumentais atuais, tem sido conivente com a exploração dissimulada de cidadãos oprimidos pretendem combater o mesmo obstáculo: a dominante monocultura jurídica estatal. Por essa razão, emerge a necessidade de reconhecer não mais cidadãos homogêneos, Direito estatal e processo exclusivamente judicial e sob matriz socializadora; mas o pluralismo jurídico e a complexidade social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da trajetória da compreensão dos direitos de cidadania no Brasil levou à conclusão de que por considerável período de tempo da história nacional, sequer havia a efetiva percepção da existência de cidadãos vinculados ao Estado brasileiro. Seja pela colonização e escravidão, seja pelo pertencimento e gerenciamento privado dos assuntos, adstritos aos muros da casa grande, a noção atual de cidadania no Brasil é não só recente, como também fragilizada.

A concepção inicial de cidadãos partiu de atos assistencialistas, populistas e orientados a categorias específicas, o que fragmentou as reivindicações e a compreensão dos direitos e levou ao entendimento também fragmentado e excludente da sociedade brasileira; como se não houvesse o todo, mas o somatório de parcelas menores, cada uma delas com direitos e obrigações específicos.

A cidadania, contudo, não se limitou a apresentar visão de Estado provedor e indivíduo resignado à compreensão da cidadania; influiu também na noção que ainda se tem do órgão a quem compete prioritariamente, em casos de violação ou ameaça, garantir a efetividade dos direitos de cidadania e, por consequência, dos direitos humanos.

Como decorrência, o espaço do Judiciário constituiu-se a partir de certo isolamento estrutural, com vistas a reconhecer o direito a partir dos fatos contidos nos autos, independente do que indicasse as relações e acontecimentos verificados na totalidade social. Os recorrentes governos autoritários vivenciados no país reforçaram a exclusão de grupos marginalizados e a interferência ou o enfraquecimento da Justiça nacional.

Contudo, a onda de redemocratização que culminou com o processo constituinte que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe um modelo normativo principiológico para reger o sistema jurídico e procurou refletir anseios de diferentes grupos sociais, proclamando o pluralismo político no país.

A efetivação do ideal constituinte, todavia, não será possível sem a desvinculação de outros óbices advindos da economia globalizada e do reforço de discriminações e conflitos de classes resultantes das bruscas modificações econômicas ocorridas no período de administração militar burocrática-autoritária.

Para isso, necessita-se rever a confusão de termos e, por consequência, de conteúdos em torno de pretensos universalismos, que não ultrapassam a condição de meras uniformidades. Reconhecer que o multicultural é possível e desejável mostra-se essencial para

a concretização de direitos essenciais vinculados à cidadania. Assim, o foco do exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito brasileiro deve ser no que é comum ao seu povo, não em imposições localismos globalizados a partir de homogeneização ou de alegação de pretensa universalidade forte.

No entanto, ao confundir a homogeneidade fática com necessidade, isso se torna impossível e, como resultado, constata-se a exclusão de grupos de indivíduos não hegemônicos ou que possuem reduzida condição econômica ou pouco poder dentro da sociedade. Dessa forma, essas discriminações passam a ser naturalizadas no discurso a tal ponto que permanecem camufladas ou chegam a ser atribuídas a desmérito ou desinteresse do próprio indivíduo marginalizado, implicando na opressão de minorias qualitativas essenciais à democracia.

Não tarda, desse modo, a constatação da existência de diferentes níveis de cidadãos no interior de sociedades que se autoentitulam democráticas. Isso ocorre também entre nacionais que, mesmo nas teorias mais negativas, são os indivíduos com maior grau de cidadania reconhecida pelo Estado, já que são os únicos a possuírem a totalidade dos direitos políticos, elemento substancial dos direitos de cidadania. Por essa razão, admite-se, embora camufle-se, cidadãos que, ainda que nacionais, são limitados, verdadeiros excedentes.

O Judiciário, enquanto instituição estatal a qual cabe garantir a reprodução dessa cidadania, acaba por reforçar opressões encontradas na sociedade, o que faz também por meio de distinções veladas e mesmo sob a justificativa de alcançar certa isonomia. A redemocratização do ordenamento jurídico brasileiro repercutiu em seu Judiciário e garantiu certo consenso à imprescindibilidade de adotar a teoria socializadora do processo.

Isso foi feito, contudo, sem criticar a fundo a teoria da relação jurídica processual ou mesmo sem dimensionar a imprescindibilidade do fortalecimento do poder de influência do contraditório como maneira de afastar-se da estadania e garantir cidadania e direito à diferença.

Ocorre que em seguida à promulgação da Constituição de 1988, o contexto mundial mudou substancialmente: houve a queda do muro de Berlim, a hegemonia do capitalismo, a onda de políticas neoliberais e o fortalecimento da globalização. Esses acontecimentos repercutiram no Brasil desnaturando, em grande medida, conquistas constituintes relacionadas ao bem-estar social para adequá-las às necessidades e exigências do capital internacional. O Direito passou a ser pensado, cada vez mais, em prol do mercado, e não do cidadão, o que foi feito com certa conivência estatal. Não tardou para que a supremacia do interesse público implicasse, em não raras ocasiões, em situação de estadania e autoritarismo contemporâneos.

Em tese, todo esse movimento poderia ser equilibrado pelo reconhecimento da instrumentalidade processual, uma vez que, ao negar-se ou ameaçar-se direitos dos cidadãos, estes poderiam acessar o Judiciário que, a partir de comportamento politizado do juiz, garantiria a paridade de armas e beneficiaria o cidadão hipossuficiente até equilibrar a relação jurídica.

Nesse contexto, foram criados institutos, instituições e legislações específicas com a finalidade de garantir pretensa isonomia endoprocessual nos conflitos entre cidadãos e pessoas jurídicas hipersuficientes. Entretanto, mesmo essas inovações não exigem reflexões de fundo sobre as diferenciações de condições iniciais entre cidadãos e continuaram repetindo discursos opressores naturalizados na sociedade periférica, a exemplo do argumento meritocrático e de igualdade de oportunidades.

A perspectiva instrumentalista processual não falha só nesse aspecto. Ao contrário, sua base teórica essencial está equivocada, uma vez que parte do maniqueísmo entre direito material e processo, entre aquilo que se quer e a forma de alcançá-lo. Ignora, portanto, que o processo não é só método de obtenção de algo, mas é ele mesmo um conjunto de direitos fundamentais de cidadania que, se negados, reforçarão a limitação de cidadãos.

Essa constação fica bastante clara ao analisar as consequências da politização do juiz, que implica em discriminações objetivas e na politização seletiva de assuntos e interesses. Ao politizar-se o juiz, e não o processo, confia-se que indivíduos formados segundo pensamentos de classe e grupos hegemônicos são capazes de, sozinhos, abandonar as deficiências de sua formação e compreender com primazia o que se passa com grupos marginalizados ou culturalmente distintos.

Diferente da politização processual, o engajamento do juiz acaba por basear-se em critérios subjetivos e, mais uma vez, determinar o direito de cima para baixo, sem participação do cidadão, que permanece paciente na expectativa de provimento estatal. Em sociedade excludente como a brasileira, seria irresponsável e mesmo discriminatório menosprezar a importância de ondas renovatórias de acesso à justiça e de políticas públicas nesse sentido. Entretanto, a inclusão do hipossuficiente não é, sozinhas suficiente para garantir o processo democrático e o acesso democrático e qualificado à justiça: a participação, o contraditório e o poder de influir de fato na decisão judicial tornam-se essenciais para a superação da estadia.

Também a ótica que se oferece à Justiça no país reforça esse entendimento insuficiente: baseia-se em critérios quantitativos de produtividade, como se o Judiciário fosse uma empresa a ser medida pela sua eficiência - rapidez e uniformidade de produção -, e não

necessariamente pela qualidade do que oferece. Tanto é assim que os índices que avaliam a atividade do magistrado, inclusive para fins de promoção por merecimento, tomam por base apenas o conteúdo numérico das sentenças de mérito produzidas, desconsiderando, inclusive, a execução ou provável executividade desse provimento, como se para o cidadão bastasse ouvir o direito, sem a necessidade de exercê-lo.

Outrossim, a massificação da produção jurídica na Justiça trata os conflitos sociais como uniformizáveis, como se a totalidade social fosse uma generalidade homogênea. A segurança jurídica e a celeridade tão defendidas em relatórios sobre o Judiciário feito por instituições como Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional ou mesmo, lamentavelmente, pelo Conselho Nacional de Justiça, não têm ultrapassado a exigência de decisões padronizadas e juízes de números.

Como reflexo desse pensamento, os estudos sobre a morosidade no país desconsideram as diversidades de causas que a originam e focam exclusivamente em abordar a necessidade de sua superação. Dessa forma, morosidade e congestionamento processual não passam de constatações numéricas que, para serem efetivamente combatidas, demandariam estudos mais abrangentes - e menos limitados - do que os de matemática por profissionais formados em direito.

A exatidão da ciência social tem sido tão defendida que mesmo a tentativa de importação do modelo consuetudinário não implicou num sistema jurídico misto, mas em exegetas do precedente. Aprofundou-se o conhecimento formalista dos juristas, que deixou de limitar-se só à legislação e passou a contemplar também enunciados de súmulas, orientações de jurisprudência e repetição de ementa de decisões mais recentes. A pretensa abertura resultante desse processo, todavia, não ultrapassa o discurso e o interesse em reduzir os sintomas da crise do Judiciário.

Desse modo, sob o prisma socializante, o Judiciário continua insuficientemente acessível a cidadãos excedentes, seus provimentos permanecem pouco democráticos e inefetivos e a exclusão cidadã é reforçada por meio de morosidade. A figura do juiz politizado não é capaz de resolver os problemas complexos da sociedade contemporânea, nem mesmo garante inclusão efetiva, mas, no máximo, tutela de hipossuficientes a espera de bens e serviços. Nesse sentido, a hipótese de pesquisa resta confirmada.

Por todas essas razões, torna-se manifesta a necessidade não só de modificar a legislação ou aspectos processuais, mas a própria forma como é compreendido o processo e o Judiciário no país, bem como a maneira com que este vê os cidadãos. Nesse sentido, propõe-se a adoção do paradigma democrático dialógico para reger o processo nacional, como certo



aperfeiçoamento do modelo constitucional de outrora, mas com valorização não só da relação entre processo e Constituição, como também entre estes e a totalidade social.

Com isso, pretende-se alcançar a revalorização do processo, entendido ele mesmo como direito humano e elemento fundamental da cidadania, a partir da participação de todos os interessados, afirmando sua perspectiva sobre o direito em questão e suas condições a esse respeito. Incentiva-se, assim, a participação, o diálogo e a troca de experiências entre profissionais jurídicos e jurisdicionados.

Abandona-se, desse modo, a ideia de estadania e de cidadão unicamente hipossuficiente a espera inerte de assistencialismo do Estado e procura reforçar comportamentos proativos dos cidadãos para construção das condições necessárias à efetivação de seus direitos e de superação da condição de cidadania limitada.

Para tanto, demanda-se o reforço de esforços não só de inclusão, como também de consideração efetiva da participação dos interessados no processo. Precisar, portanto, os elementos controvertidos desde o início do processo e vincular a fundamentação da decisão a pontos discutidos em juízo faria da decisão não um ato imposto de cima para baixo, mas construído participadamente, de modo democrático e com respeito ao comum e às diferenças, em detrimento de homogeneizações e paternalismos.

Além disso, propõe-se a qualificação do processo democrático - ou a democratização do processo qualificado -, passando a exigir e alcançar tempestividade, adequação, efetividade e dialogicidade no processo como única forma para concretizar direitos materiais e o próprio direito-garantia de acesso democrático à jurisdição, este também elemento de cidadania.

Para isso, defende-se o pensamento processual voltado à obtenção de seu resultado útil, congregando o máximo possível as fases de cognição e execução; o que deve ser feito não violando direitos processuais de manifestação, mas, ao contrário, reforçando as informações obtidas através da participação dialógica no processo para, assim, reconhecer em cada caso as condições de efetividade.

Esse procedimento deve ser realizado também por meio da priorização de tutelas específicas e da garantia de cautelaridade, convertendo-se a obrigação em indenização pecuniária apenas em casos em que seja impossível garantir o bem jurídico em espécie. Defende-se também a atenção a processos coletivos ou a determinações oriundas de conflitos coletivos em lides individuais.

Com a finalidade de alcançar o processo democrático qualificado, ainda, necessita-se reduzir tempos mortos e de movimentação burocrática e politizar o procedimento, por intermédio do estímulo ao diálogo, para garantir a manifestação de todos os interessados e a

obtenção de decisão e processamento condizentes com a realidade social e livre de discursos hegemônicos que discriminam através de dissimulações.

Pela mesma razão, valoriza-se o olhar do pluralista em sobreposição ao tradicional discurso jurídico estatal autocentrado e autosuficiente. Sem ignorar ou reduzir a importância do exercício do direito de jurisdição pelo Estado, defende-se a utilização de métodos alternativos e complementares de resolução de conflitos que ultrapassem a noção estatal de Justiça ou que sejam extrajudiciais, a exemplo do modelo de justiça comunitária já adotado pelo Estado Plurinacional da Bolívia.

Afinal, mesmo com a implementação do processo democrático qualificado, a crise do Judiciário, o número excessivo de processos pendentes e o reconhecimento de que o exercício político não se limita à circunscrição do Estado, reforçam a importância da superação da visão de brasileiro cordial e o atingimento de condição de cidadania plena, em que os indivíduos sentem-se capazes de reconhecer e solver lícitamente colisões de direitos existentes na sociedade.

Desse modo, acredita-se que iniciativas como a de justiça comunitária (extraestatal) possibilitam o exercício político democrático, o desenvolvimento de cidadanias plenas e a valorização do multiculturalismo. através do pluralismo jurídico, constata-se a necessidade de reconhecimento não de tipo único de Direito, cidadão e processo; mas, ao contrário, da pluralidade de Direitos, cidadãos e processos em sociedades complexas. Isso porque não se pretende isolar o Direito, mas reconhecê-lo e reafirmá-lo como parte da totalidade social.

Sem essa compreensão plural e dialógica do acesso à jurisdição, não se tem como garantir a eliminação da discriminação entre cidadãos plenos e limitados no interior de sociedades periféricas. Ao não enxergar as contribuições do Judiciário na perpetuação de cidadãos excedentes e defender genérica paridade de armas, a Justiça brasileira permanece cega; não porque busca a igualdade e a neutralidade, mas por negar-se a enxergar o que é evidente.

Na "Alegoria da Justiça" (anexo II), produzida por Matthias Gerung, em 1543, a Justiça é retratada dormindo acorrentada com a balança e a espada caídas no chão. Com certa equivalência à contemporaneidade, poder-se-ia afirmar que, independente da ordem dos fatores - se primeiro adormeceu e por isso foi acorrentada, ou se dormiu pelo tédio das correntes -, a Justiça nacional, assim como a cidadania brasileira, já nasceu presa e sonolenta. Chegou-se, entretanto, o tempo de questionar essa condição e lutar por alforria.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos:** cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008. (Pensamento Crítico, v. 10).

ALÁEZ CORRAL, Benito. **Nacionalidad, ciudadanía y democracia:** ¿A quién pertenece la Constitución? Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada:** as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In.: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. pp. 159-178.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999. Tradução de José Rubens Siqueira.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo:** Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Tradução de Roberto Raposo.

ARAÚJO, Mayara de Carvalho; OLIVEIRA, Raisia Lustosa. Da morosidade da Justiça como recurso para a manutenção do statu quo: a chicana processual e os 'castelos de fachadas'. **Revista de Direito Brasileira**, v. 4, p. 523-543, 2013.

ARAUJO, Mayara de Carvalho; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ser conivente é conveniente: uma perspectiva das conciliações judiciais como forma de dissimular a crise do Judiciário e de perpetuar a subcidadania no Brasil. In: Artur Stamford da Silva; Marcelo Pereira de Mello; Carolina Leal Pires. (Org.). **Sociologia do Direito em perspectiva:** para uma cultura de pesquisa. 1. ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2013, v. 1, p. 805-819. Disponível em: < <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/anais/anaisIVcongabrasd.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009

BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico Número 319: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma.** Nova York: s. e., 1996. Produzido por Maria Dakolias. Tradução de Sandro Eduardo Sardá.

BARRY CLARKE, Paul. **Ser ciudadano: conciencia y praxis.** Madrid: Ediciones Sequitur, 2010. Tradução de Javier Eraso Ceballos.

BOAL, Augusto. **A estética do oprimido.** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BORGES, Marina Vital. Justiça comunitária, administração de conflitos e antropologia jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. IN: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica.** São Paulo: Editorial Conceito, 2011.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOTTOMORE, Tom. Ciudadanía y clase social, cuarenta años después. in.: MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y clase social.** Buenos Aires: Losada, 1998. p. 87-152.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. 16. ed. Tradução de Fernando Tomaz.

BRANT, Sebastian. **A nau dos insensatos.** São Paulo: Octavo, 2010. 1. ed. Tradução de Karin Volobuef.

CAMPOS, Amini Haddad. Sistemas de Justiça e democracia: comparativos necessários entre o Brasil e os Estados Unidos da América. In.: \_\_\_\_\_. (Coord) **Constituição, democracia e desenvolvimento, com direitos humanos e justiça.** Curitiba: Juruá, 2009. pp. 15-82.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos.** Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2010. 8. ed. Tradução de Maurício Santana Dias.

CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos.** Madrid: Editorial Trotta, 2005. 3. ed. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho.

CARDOZO, Benjamin N.. **A natureza do processo judicial.** São Paulo: Martins fontes, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CHAVES, Luciano Athayde. Jurisdição trabalhista: bloqueios e desafios. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21 Região**, v. 15, n. 1, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.trt21.jus.br/ej/revista/2008/paginas/doutrina/Jurisdicao\\_trabalhista.html](http://www.trt21.jus.br/ej/revista/2008/paginas/doutrina/Jurisdicao_trabalhista.html)>. Acesso em: 20 jul. 2012.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 4. ed.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba v. 13, n. 13, p. 145-159, jan./jun. 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **B-32: Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif..htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm)>. Acesso em: 12 abr 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2013: ano-base 2012**. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio\\_jn2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2014.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MORAES, João Quatium de et al. (Comp.). **Filosofia política**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985. p. 9-25.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. Coleção Clássicos do Direito. Tradução de Henrique de Carvalho.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. 6. ed.

DELGADO, José Augusto. **A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.10, n. 2, p. 99-126, jul./dez. 1998.

DEZOTTI, Débora Fernandes; MARTA, Taís Nader. Marcos históricos da seguridade social. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.** Brasília, v. 5, n. 2, p. 430-459. jul./dez. 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 2. ed.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

FAGUNDES, Lucas Machado. **Pluralismo jurídico e justiça comunitária na América Latina: perspectivas de emancipação social.** 2011. 218 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/95706/299946.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

FARIA, José Eduardo. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: \_\_\_\_\_. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 11-29.

FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e método dialético: a crítica marxista ao Direito. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **Marxismo, realismo e direitos humanos.** João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012. p. 107-157.

FIGUEIREDO, Carlos Hindenburg de. A efetividade das decisões judiciais sob uma perspectiva humanista. In: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos. (Coord.) **Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT.** São Paulo: LTr, 2012. pp. 61-69.

FORTMAN, Bas de Gaay. Minority Rights: a major misconception? **Human Rights Quarterly**, v. 33, n. 12, May 2011, p. 265-303.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da Justiça: diálogo iconográfico entre Arte e Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In.: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012. p. 226-240.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. São Paulo: Global, 2006.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Tradução de Francisco Aragão.

\_\_\_\_\_. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Revan, 2001. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Cognição e execução**: uma aproximação pela instrumentalidade do processo. 2004. 170 f. Dissertação (Mestrado) - UFRN, Natal, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 2. ed.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429)>. Acesso em: 03 set. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012. v. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 26. ed.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes**. New York: Norton, 2000.

JUBILUT, Liliana Lyra. A "responsabilidade de proteger" é uma mudança real para as intervenções humanitárias? **Revista Eletrônica de Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. v. 2. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

JULLIEN, François. **De lo univeral, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre las culturas**. Madrid: Siruela, 2010.

KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. 7. ed. Tradución de Joaquín Abellán.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriz Editora, 2002.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: contribuindo para a juridicidade alternativa. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 113-136. jan./jun. 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do processo constitucional na América. In.: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direito Processual Civil Latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. pp. 15-37.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARINHO, Lindinaldo Silva. A instituição de metas nacionais do Poder Judiciário. In.: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos. (Coord.) **Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT**. São Paulo: LTr, 2012. pp. 121-129.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 50, p. 1-20, 2004.



MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

MARSILLAC, Narbal de. Multiculturalismo e a construção (axiológica) dos direitos humanos. **Verba Juris**, João Pessoa, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 49-66.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal: relatório de uma experiência**. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria/justica\\_comunitaria2ed.pdf](http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria/justica_comunitaria2ed.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2013

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-14. (8ª).

NABUCO, Joaquim. **Que é o abolicionismo?** São Paulo: Companhia das letras, 2011.

NALINI, José Renato. A democratização da administração dos tribunais. In.: BOTTINI, Pierpaolo; RABELLO, Sérgio; RENAULT, Tamm. (Coord.) **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 159-184

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. V. 79. Abr.- Jun. / 2013. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/Dierle-Nunes-e-Alexandre-Bahia-Formacao-e-aplicacao-do-Dir-Jurisprudencial-Revista-do-TST>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? In.: BALDI, César Augusto. (Org.) **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-238.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural, 1976.

\_\_\_\_\_. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. Granada: Editorial Comares, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **World Summit Outcome**. (A/RES/60/1) (2005). Disponível em: < <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf> >. Acesso em: 15 out. 2013.

RONIGER, Luís; SZNAJDER, Mario. **O legado de violações dos direitos humanos no Cone Sul**: Argentina, Chile e Uruguai. São Paulo: Perspectiva, 2004.

SADEK, Maria Tereza A. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In.: BOTTINI, Pierpaolo; RABELLO, Sérgio; RENAULT, Tamm. (Coord.) **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 271-290.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011a. vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011b.

\_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In.: BALDI, César Augusto. (Org.) **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-278.

\_\_\_\_\_. **Relatório breve do observatório permanente da Justiça portuguesa sobre bloqueios ao andamento dos processos e propostas de solução**. Disponível em: < <http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf> >. Acesso em: 01 set. 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000. Tradução de Laura Teixeira Motta.

SILVAa, Paulo Henrique Tavares da. O julgamento do valete de copas: limites à criatividade no ofício dos magistrados trabalhistas de primeira instância no Brasil. In.: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos. (Coord.) **Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico**: obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: LTr, 2012. pp. 146-162.

SILVAb, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pilares, 2004.

SORTO, Fredys Orlando. Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de Direito interno e de Direito internacional. **Verba Juris**: Anuário da pós-graduação em Direito, João Pessoa, n. 8, p. 41-64, 2009.

\_\_\_\_\_. La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho: la conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. (Comp.). **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: S. E., 2011. p. 97-122

\_\_\_\_\_. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional**, Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011b.

SOUZA, Jessé José Freire de. **A construção da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012a.

\_\_\_\_\_. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

\_\_\_\_\_. **Os batalhadores brasileiros**: nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil. In.: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord) **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 233-282.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Justiça Comunitária**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-comunitaria>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva dos direitos humanos: um campo em construção. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 35-66, jan. 2004.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Pluralismo jurídico-comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na

América Latina. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 149-186. jan./jun. 2010.

WARAT, Luis alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. 3. ed.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, Santa Catarina, n. 53, p. 113-128. dez. 2006.

## ANEXO I

*Muitas vezes é arranhado pelo rastelo aquele que briga  
como uma criança, querendo tornar cega a Verdade.<sup>425</sup>*



425. Esta estampa representa a Verdade, ou Justiça, com olhos vendados.

[71]

Albrecht Dürer, 1494.

Ilustração feita para o canto LXXI, intitulado "Brigar e levar querelas ao tribunal", do poema "A nau dos insensatos", de Sebastian Brant.

Fonte: BRANT, Sebastian. **A nau dos insensatos**. São Paulo: Octavo, 2010. p. 204.



## ANEXO II



Matthias Gerung, 1543

*"Die Allegorie der gefesselt schlafenden Gerechtigkeit"*

Especificações técnicas em:

< [http://urban.a3s.de/AMF/archived\\_nimbus/index.php?sid=50&id=214](http://urban.a3s.de/AMF/archived_nimbus/index.php?sid=50&id=214)>. Acesso em: 02 jan. 2014